

LA AMPLIACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

ANDREU OLESTI RAYO*

SUMARIO

I. LOS NUEVOS ESTADOS MIEMBROS Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES: A) LOS HIPOTÉTICOS RIESGOS DE LA ADHESIÓN EN EL ÁMBITO MIGRATORIO: 1. *Los flujos migratorios regulares*. 2. *El control de los flujos migratorios de carácter irregular*. B) LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE INFORMAN EL CONTENIDO JURÍDICO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES: 1. *El derecho de entrada y residencia en el marco de la Directiva del Consejo 68/360 de 15 de octubre de 1968*. 2. *El acceso y ejercicio a una actividad económica por cuenta ajena*: a) El acceso a una actividad económica por cuenta ajena: El alcance del título I del Reglamento del Consejo 1612/68 de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. b) El ejercicio de una actividad económica por cuenta ajena: el alcance del título II del Reglamento del Consejo 1612/68 de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. 3. *La coordinación de las medidas relativas a la Seguridad Social*.—II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES DURANTE EL PROCESO DE ADHESIÓN: LA ASOCIACIÓN CON LOS PAÍSES DE EUROPA CENTRAL Y ORIENTAL: A) LAS DISPOSICIONES DE LOS ACUERDOS DE ASOCIACIÓN RELATIVAS A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES: 1. *El acceso y ejercicio a una actividad económica por*

* Catedrático de Derecho internacional público (Derecho comunitario europeo) de la Universitat de Barcelona. Elaborado en el marco del proyecto de investigación BJ1-2001-2881 del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

cuenta ajena. 2. La coordinación de las medidas relativas a la seguridad social. B) LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.—III. EL RÉGIMEN JURÍDICO PREVISTO EN EL ACTA DE ADHESIÓN: A) EL ACCESO A UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA POR CUENTA AJENA: 1. *La regulación prevista para Malta y Chipre.* 2. *La regulación prevista para el resto de los nuevos Estados miembros:* a) El acceso a una actividad económica por cuenta ajena del nacional de un nuevo Estado miembro. b) El acceso a una actividad económica por cuenta ajena de la familia del nacional de un nuevo Estado miembro. 3. *El ejercicio de una actividad económica por cuenta ajena y la coordinación de las medidas relativas a la seguridad social.*—IV. CONSIDERACIONES Y REFLEXIONES FINALES.

La adhesión de Estados de Europa central y oriental a la Unión Europea ha generado múltiples debates sobre diversos aspectos. Desde la pertinencia de la misma ampliación, hasta las implicaciones que pudiera tener para los actuales Estados miembros y en el propio proceso de integración europea¹. Entre los aspectos sujetos a discusión, se destaca el relativo a la articulación de los movimientos de personas, y ello desde dos perspectivas: la concerniente a la migración regular, caracterizada especialmente por el movimiento de trabajadores por cuenta ajena, y la relacionada con el control de la migración irregular.

El objeto de este estudio es examinar la primera de estas dos perspectivas, centrándonos en las previsiones contempladas en el Acta de Adhesión y relacionadas con la libre circulación de trabajadores. Para ello, y con carácter previo, se contextualiza el trabajo presentando sucintamente los debates sobre los nuevos Estados miembros en el marco de la libre circulación de trabajadores.

¹ Desde una aproximación no jurídica, son interesantes los planteamientos desarrollados por Frank Schimmelfenning en cuanto a los mecanismos que han permitido la adhesión cuando la mayoría de Estados miembros no estaban inicialmente de acuerdo, y entre quienes la apoyaban pocos abogaban porque la adhesión incluyera a tantos Estados (significativamente, y según el mismo autor, se trataban de Reino Unido, Dinamarca y Suecia). En SCHIMMELFENNING, F.: «The Community trap: Liberal norma, rethorical action, and the Eastern enlargement of the European Union», *International Organization*, 2001, n.º 1, pp. 47-80.

I. LOS NUEVOS ESTADOS MIEMBROS Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

La adhesión de los nuevos Estados miembros ha comportado que desde diversas instancias se alertara sobre las consecuencias que, en el mercado laboral, podría tener la completa liberalización de la circulación de los trabajadores por cuenta ajena. Este es un elemento que no se encuentra aislado, sino que debe entenderse en un ámbito más amplio. Igualmente y a los efectos de conocer los derechos que comprenden el contenido jurídico de la libre circulación comunitaria de trabajadores, se examinará sucintamente el alcance de esta libertad y de los instrumentos jurídicos más relevantes adoptados por las instituciones de la Unión Europea.

A) LOS HIPOTÉTICOS RIESGOS DE LA ADHESIÓN EN EL ÁMBITO MIGRATORIO

En el ámbito de la adhesión de los países de Europa central y oriental, y centrándonos en la migración de carácter económico², la incidencia se puede enfocar desde dos perspectivas, la relativa a las migraciones regulares y la correspondiente a las migraciones de carácter irregular.

1. *Los flujos migratorios regulares*

El volumen de los flujos de trabajadores nacionales de los nuevos Estados miembros pretendiendo acceder y ejercer una actividad económica por cuenta ajena en el territorio de otros Estados miembros, parece ser que, en líneas generales, y según diversos estudios, va a ser reducido³.

² En el bien entendido de que en ciertos casos existe un problema en la diferenciación de los inmigrantes económicos o por otras motivaciones, y que en ocasiones se utiliza el procedimiento de asilo para entrar en un Estado cuando la finalidad última es la migración de carácter económico.

³ Vid. a título ilustrativo «Who is afraid of the big enlargement?», *CEPR Policy Paper* 7 de 14 de junio de 2002, o *Ampliación de la Unión Europea. Logros y desafíos*. Informe de Wim Kok, antiguo Primer Ministro de los Países Bajos, para la Comisión Europea de 26 marzo de 2003 (*policopiado*) En este sentido la experiencia de la adhesión de España y Portugal, países que en su momento mantenían unos diferenciales de renta relevantes con los entonces Estados miembros, es reveladora

Ello no ha obstado a que, como tendremos ocasión de examinar, se haya previsto un período transitorio de una duración máxima de siete años, que en cierta medida recuerda al que se previó en la adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas⁴.

En todo caso, se augura la posibilidad de que en determinadas zonas fronterizas de Alemania y Austria se pudieran producir fricciones en el mercado laboral⁵. Por ello también, además de las medidas transitorias respecto a la libre circulación de trabajadores, se ha contemplado específicamente la posibilidad de que estos países adopten restricciones a la libre prestación de servicios⁶. En efecto, tal y como se establece en de Acta de Adhesión, Alemania y Austria pueden adoptar medidas que restrinjan la libre prestación de servicios para hacer frente a las perturbaciones, o amenazas de perturbaciones, graves en sus mercados laborales que puedan surgir en determinadas regiones (que, según las circunstancias, podría entenderse como la totalidad del territorio nacional⁷) a causa de una prestación de servicios transnacional y en áreas particularmente sensibles del sector servicios⁸. En concreto, cuando se realicen por parte de sociedades

del escaso efecto migratorio que tuvo la adhesión (*Information Note. The Free movement of workers in the context of enlargement*, Comisión Europea, de 6 de marzo de 2001, pp. 13-17).

⁴ Cabe tener en cuenta la posible incidencia sobre los colectivos de nacionales de terceros Estados, y en algunos segmentos de los propios nacionales comunitarios; especialmente respecto a los trabajadores poco cualificados, dado que los trabajadores de los nuevos Estados, por regla general, tienen un nivel de instrucción relativamente elevado, si bien no se suele tener en cuenta sus cualificaciones con lo que tienden a trabajar en los mismo sectores que los demás trabajadores extranjeros, como es la construcción o la limpieza (*Ampliación de la Unión Europea. Logros y...*, *op.cit.*, p. 41).

⁵ *Comunicación de la Comisión sobre la incidencia de la ampliación en las regiones limítrofes de los países candidatos. Acción comunitaria a favor de las regiones fronterizas*, COM (2001) 437 de 25 de julio de 2001, p. 12.

⁶ Mientras estén en vigor las restricciones a la libre circulación de trabajadores.

⁷ Así se manifiesta en la Declaración conjunta de la República Federal de Alemania y de la República de Austria (realizada de común acuerdo con la Comisión), sobre la libre circulación de trabajadores: República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia. Es la Declaración n.º 19 adoptadas por los plenipotenciarios y adjuntadas al Acta Final del Tratado relativo a la adhesión de la Unión Europea (D.O.U.E. L 236 de 23 de septiembre de 2003, p. 978).

⁸ Se establece en cada uno de los anexos (V a XIV del Acta de Adhesión) las actividades del sector servicios sobre las que se puede aplicar la excepción. Para Alemania serían las actividades en el ámbito de la construcción relacionadas con la

establecidas en los nuevos Estados miembros que impliquen un desplazamiento temporal de trabajadores cuyo derecho a trabajar en Alemania y Austria esté sujeto a medidas nacionales⁹. Ello es aplicable para todos los nuevos Estados con la excepción de Malta y Chipre.

2. *El control de los flujos migratorios de carácter irregular*

En el ámbito de los flujos migratorios de carácter irregular, la situación se plantea respecto a la permeabilidad de las fronteras de los nuevos Estados con terceros países y por los posibles problemas sobre la capacidad administrativa y policial para hacer frente a sus compromisos en el control de la migración irregular, y especialmente en el control de las fronteras exteriores de la Unión Europea. Ello comporta que en el Acta de Adhesión la eliminación de los controles fronterizos internos entre los nuevos Estados y el resto de los países miembros se haya previsto para

realización, la restauración, el mantenimiento, la modificación o la eliminación de construcciones; las actividades industriales de limpieza y las actividades de los decoradores de interior. En Austria las actividades serían: las relacionadas con la horticultura; la industria de la piedra; fabricación de estructuras metálica y sus partes; en el sector de la construcción las relacionadas con la realización, la restauración, el mantenimiento, la modificación o la eliminación de construcciones; servicios de seguridad; actividades industriales de limpieza; atención sanitaria a domicilio y las actividades de prestación de servicios sociales sin alojamiento.

⁹ Se refiere a las perturbaciones derivadas de prestaciones de servicios transnacionales según se define en el artículo 1. 3 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 96/71, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (D.O.C.E L 18 de 21 de enero de 1997). Esto es: a) desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento; o b) desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento; o c) en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período de desplazamiento.

después de su adhesión a la Unión Europea. En efecto, en el Acta de Adhesión se establece que determinadas disposiciones del acervo Schengen, que se encuentran incluidas en el Anexo I al Acta de Adhesión, sean aplicables a los nuevos Estados desde el momento de la adhesión¹⁰. Para el resto de las disposiciones del acervo Schengen no incluidas en el anexo, o de los actos que lo desarrollan, sólo serán aplicables a un nuevo Estado miembro, cuando el Consejo lo decida, por unanimidad, y previa consulta al Parlamento Europeo, una vez evaluado el cumplimiento de las condiciones necesarias para aplicar el acervo Schengen¹¹. Entre las disposiciones no incluidas en el anexo se encuentra el artículo 2 del Convenio de Aplicación de Schengen (CAS) que dispone que las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar sin que se realice control alguno de las personas.

Junto a ello se unen algunos problemas específicos, uno de cuyos ejemplos es la relación con el enclave de la región de Kaliningrado, territorio perteneciente a la Federación Rusa pero situado entre el Mar Báltico, Lituania y Polonia¹². Si bien estamos ante una cuestión que desbordan a las meramentes migratorias, y que se enmarcan en la denominada colaboración estratégica con Rusia, se debe destacar que el movimiento de personas entre la República Rusa y Kaliningrado, no deja de ser el tránsito de

¹⁰ Se trata del Anexo I del Acta relativa a las condiciones de Adhesión relativa a la lista de las disposiciones del acervo Schengen integrado en el marco de la Unión Europea y de los actos que lo desarrollan o guardan relación con el mismo, que serán obligatorios y aplicables en los nuevos Estados miembros a partir de la adhesión (contemplados en el artículo 3 del Acta de Adhesión), (D.O.U.E L 236 de 23 de septiembre de 2003, pp. 50-52).

¹¹ En el bien entendido que el Consejo estará compuesto por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros a los que se le aplica las disposiciones del acervo Schengen, así como el representante del Gobierno del nuevo Estado miembro afectado. Irlanda y el Reino Unido participarán en la medida en que participen en dicho acto. (artículo 3 del Acta de Adhesión).

¹² La región de Kaliningrado tiene aproximadamente 15.000 Km² y un millón de habitantes de los cuales 430.000 están concentrados en la capital. Ésta era un centro militar, y tenía la sede de la flota soviética en el Báltico. Las principales industrias son el petróleo extraído del Mar Báltico, y el ámbar. De este último posee el 90 % de las reservas mundiales, y su producción es exportada de contrabando en casi su totalidad. (Comunicación de la Comisión al Consejo sobre la UE y Kaliningrado, en COM (2001) 26 final, de 17 de enero de 2001, pp. 12-13). Sobre la cuestión de Kaliningrado en general, BALLABRIGA ALEA, M.: «La política báltica de la Unión Europea. El caso de Kaliningrado», *Documents Pi i Sunyer* 17, Barcelona, 2002.

personas desde un tercer Estado hacía el territorio del mismo tercer Estado, a través del territorio de los países de la Unión Europea; situación que no se encuentra prevista por la normativa comunitaria¹³. Las negociaciones entre la Unión Europea, Rusia y Lituania, permitieron consensuar un acuerdo que fue formalizado en la reunión Unión Europea-Rusia que tuvo lugar en Bruselas el 11 de noviembre de 2002¹⁴. Como resultado de las negociaciones, se habilitó a partir del 1 de julio de 2003 un denominado Documento de Tránsito Simplificado para los nacionales rusos que se desplazan por tierra entre Kaliningrado y otras partes del territorio ruso¹⁵. Se ha de tener presente que con anterioridad a la adhesión de Lituania, se permitía el tránsito sin visado para los nacionales rusos de Kaliningrado y para ciertas categorías de nacionales rusos que transitan desde Rusia por Lituania con destino a Kalinigrado. Con la adhesión de Lituania las fronteras son consideradas como fronteras exteriores y su cruce, para los nacionales rusos, supone la previa expedición de un visado de entrada¹⁶. De

¹³ Existirían otras dimensiones aunque no exclusivas del enclave de Kaliningrado, como por ejemplo, el ejercicio de actividades económicas en las zonas fronterizas. En este sentido por ejemplo la Comisión había propuesto el desarrollo de normas sobre tráfico transfronterizo en las zonas adyacentes para evitar la interrupción de los vínculos socioeconómicos locales (Comunicación de la Comisión al Consejo sobre la UE y Kaliningrado, ..., *op. cit.*, 4-5).

¹⁴ Se trata del documento Joint Statement on Transit between the Kaliningrad Region and the rest of the Russian Federation, Tenth EU-Russia Summit, Brussels, 11 november, 2002; que se puede consultar en la siguiente dirección electrónica: http://europa.eu.int/comm/external_relations/russia/summit_11_02/js_kalin.htm.

¹⁵ Dicho documento expedido a los nacionales rusos podrá ser de dos tipos. El primero permitirá la entrada múltiple en tránsito directo en cualquier forma de transporte por tierra con destino o origen en Kaliningrado, y que deberá ser obtenido en los consulados de Lituania. Un segundo tipo, para aquellos nacionales rusos que realicen un viaje de ida y vuelta por tren a través del territorio de Lituania, que podría ser obtenido en el momento de la compra del billete de tren suministrando los datos personales del interesado. Al respecto vid. el Reglamento del Consejo n.º 693/2003 de 14 de abril de 2003, por el que se establece un específico documento de tránsito facilitado (FTD), un documento de tránsito ferroviario facilitado (FRTD) y se modifican la Instrucción consular común y el Manual común; y el Reglamento del Consejo n.º 694/2003 de 14 de abril de 2003, sobre los modelos uniformes de documentos de tránsito facilitado (FTD) y de documentos de tránsito ferroviario facilitado (FRTD) establecidos en el Reglamento del Consejo n.º 693/2003 (ambos en D.O.C.E L 99 de 17 de abril de 2003).

¹⁶ Rusia, es uno de los más de 130 Estados a cuyos nacionales se exige un visado para el cruce de las fronteras exteriores de la unión Europea, según se con-

todas formas en el Protocolo n.º 5 adjunto al Acta de Adhesión se prevé que la Comunidad ayude a Lituania a aplicar las normas sobre tránsito de personas, incluyendo la ayuda a la gestión del tránsito y especialmente sufragando los costes adicionales que la aplicación de estos Reglamentos pueda ocasionar¹⁷.

B) LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE INFORMAN EL CONTENIDO JURÍDICO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

Centrándonos en el ámbito estricto de la libre circulación de trabajadores conviene precisar que esta libertad fundamental se refiere a los nacionales de un Estado miembro que se desplacen a otro Estado miembro con la finalidad de realizar una actividad económica por cuenta ajena¹⁸. Por tanto, desde la perspectiva comunitaria la libre circulación de trabajadores hace referencia a dos tipos de medidas: la eliminación de los obstáculos a la entrada permanencia y salida de los nacionales de los Estados miembros en otro Estado miembro y las medidas que aseguran que estos nacionales pueden acceder y ejercer una actividad económica en el territorio de cualquier Estado miembro. Además, el elenco de derechos se com-

templa en el Anexo I del Reglamento del Consejo n.º 539/2001 de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esta obligación (D.O.C.E L 81 de 21 de marzo de 2001, última modificación por Reglamento del Consejo 453/2003 de 6 de marzo de 2003, D.O.C.E L 69 de 13 de marzo de 2003). El Reglamento del Consejo 539/2001 se incluye en el Anexo I del Acta de Adhesión en la que se relatan las disposiciones del acervo Schengen integrados en la Unión Europea y de los actos que lo desarrollan, que son obligatorios y aplicables a los nuevos Estados miembros desde su adhesión (D.O.U.E L 236 de 23 de septiembre de 2003).

¹⁷ Se trata del Protocolo n.º 5 relativo al tránsito de personas por vía terrestre entre la región de Kaliningrado y otras partes de la Federación Rusa, en D.O.U.E L 236, p. 946.

¹⁸ Como es conocido, los conceptos de trabajador asalariado y trabajo asalariado, así como la limitación al ámbito de aplicación material derivada del ejercicio de puesto de trabajo en la administración pública han sido objeto de una abundante de una abundante jurisprudencia por el Tribunal de Justicia. En la que esencialmente se acredita una interpretación extensiva de la noción de trabajador y trabajo asalariado, y una interpretación restrictiva de la noción de empleo en la administración pública, en la medida en que todos ellos configuran el ámbito de aplicación, personal y material, de una libertad fundamental.

pleta, tal y como expresa el artículo 42 del TCE, con el establecimiento de un sistema que permita a los trabajadores comunitarios que ejercen la libre circulación garantizar sus derechos, y no disminuir, sus prestaciones de la Seguridad Social.

1. *El derecho de entrada y residencia en el marco de la Directiva del Consejo 68/360 de 15 de octubre de 1968*¹⁹

En el ámbito de la libre circulación de trabajadores, el derecho de entrada y residencia se encuentra regulado esencialmente en el artículo 39.3 del Tratado CE. De su texto se desprende que está subordinado al hecho de que se respondan a ofertas efectivas de trabajo, o que ejerzan o hayan ejercido un trabajo asalariado en el Estado donde residen. Si bien es cierto que el derecho de entrada y residencia ha adquirido una dimensión diferente especialmente a partir de su articulación como un derecho del ciudadano europeo, y por tanto como un derecho con un contenido político y no como un derecho instrumental de carácter económico²⁰.

Este derecho se desarrollaba en la Directiva del Consejo 68/360 de 15 de octubre de 1968 sobre la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad²¹, que ha sido derogada por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/38, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros²². Precisamente, y como se expresa en la exposición de motivos de la Directiva 2004/38, la ciudadanía de la Unión debe ser la condi-

¹⁹ La Directiva está derogada con efectos a partir del 30 de abril de 2006 (Corrección de errores de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/38, de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, D.O.U.E L 229 de 29 de junio de 2004).

²⁰ ABELLÁN HONRUBIA, V.: «El derecho de libre circulación y residencia», XVI *Jornadas de estudio. La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (I)*. Volumen II, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 1525.

²¹ D.O.C.E. L 257 de 19 de octubre de 1968.

²² D.O.C.E L 158 de 30 de abril de 2004. Y que con posterioridad fue objeto de una corrección de errores «a la totalidad» publicada en D.O.U.E L 229 de 29 de junio de 2004.

ción fundamental de los nacionales de los Estados miembros que ejercen su derecho de libre circulación y residencia, y por ello para superar el enfoque sectorial y fragmentario de este derecho y con el fin de facilitar y simplificar su ejercicio, se codifica y revisan los instrumentos comunitarios existentes que trataban separadamente a las diferentes categorías²³.

En este sentido y en lo que nos interesa destacar en esta sede, se debe mencionar la nueva formulación de la noción de familia del trabajador comunitario que se beneficia del derecho de entrada y residencia. La Directiva del Consejo 68/360 se remitía a la noción prevista en el Reglamento del Consejo 1612/68 que, en su artículo 10, garantizaba que el trabajador nacional de un Estado miembro ejerciese la reagrupación familiar entendiéndola en un sentido amplio: cónyuge, descendientes (menores de 21 años o a su cargo) y ascendientes del residente y su cónyuge siempre que estén a su cargo. Se proponía además en el Reglamento que los Estados miembros favoreciesen la admisión de cualquier otro miembro de la familia que se encontrase a su cargo o viviese en el país de origen con el nacional de un Estado miembro²⁴. Esta delimitación formulada hace

²³ Esta Directiva, además de modificar el Reglamento del Consejo n.º 1612/68 y derogar la Directiva del Consejo 68/360, extingue también la siguiente normativa comunitaria: la Directiva del Consejo 64/221 de 25 de febrero de 1964 para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (D.O. 56 de 4 de abril de 1964); la Directiva del Consejo 73/148 de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (D.O.C.E L 172, de 28 de junio de 1973); la Directiva del Consejo 75/34 de 17 de diciembre de 1974 relativa al 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 propia (D.O.C.E L 14 de 20 de enero de 1975); la Directiva del Consejo 90/364 del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia (D.O.C.E L 180, de 13 de julio de 1990), la Directiva del Consejo 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional (D.O.C.E L 180, de 13 de julio de 1990), y la Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes (D.O.C.E L 317, de 18 de diciembre de 1993).

²⁴ Esta misma formulación se encontraba también en la Directiva del Consejo 73/148, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados Miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios. Sin em-

cuatro décadas contrastaba con la evolución de la sociedad europea en el ámbito de las relaciones familiares, y había sido objeto de severas críticas desde diversas instancias al no recoger determinadas situaciones. En este sentido es relevante que en el Informe sobre la libre circulación de personas, dirigido por la Sra. Simone Veil y cuyo objeto era sugerir medidas para mejorar el funcionamiento de la libre circulación de personas, se propusiera la conveniencia de articular acciones que permitieran facilitar y garantizar el derecho de desplazamiento y residencia y que se abriera la posibilidad a colectivos que podían encontrarse excluidos, como por ejemplo las parejas de hecho²⁵, o las personas divorciadas nacionales de un tercer Estado de un nacional comunitario pudieran beneficiarse de un derecho de residencia en la Comunidad²⁶. La necesidad de simplificar la ingente normativa comunitaria al respecto y de actualizar la noción de familia a la realidad social de muchos países europeos, así como recoger ciertos supuestos no previstos en la normativa anterior y que podían tener especial significación cuando la familia del trabajador comunitario no era nacional de un Estado miembro, también fueron recogidas en los sucesivos informes que emite la Comisión sobre la ciudadanía europea, de acuerdo con el artículo 22 del TCE, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social²⁷.

bargo, existían diferencias para determinar los miembros de la familia en el resto de las normas comunitarias sobre el derecho de entrada y residencia. Así, no existía la limitación de que los hijos tuvieran una edad inferior a 21 años en la Directiva del Consejo 90/364, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia y la Directiva del Consejo 90/365, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional. O el concepto de familia sólo se refería al cónyuge y los hijos a su cargo en Directiva del Consejo 93/96 de 29 de octubre de 1993 relativa al derecho de residencia de los estudiantes.

²⁵ En el bien entendido que como declaró el TJCE en el asunto Reed, de acuerdo con la normativa comunitaria, la noción de cónyuge implicaba una relación fundamentada en la institución del matrimonio; y que una persona que mantuviese una relación estable con un nacional de un Estado miembro no puede ser asimilado a la noción de cónyuge. (Sentencia del TJCE de 17 de abril de 1986, asunto 59/85, Estado neerlandés contra Ann Florence Reed, *Rec. 1986*, pp. 1283 y ss, apartados 15, 16 y 30).

²⁶ *Report of the High Level Panel on the free movement of persons chaired by Mrs. Simone Veil, presented to the Commission on 18 March 1997 (policopiado)*, pp. 74-75.

²⁷ Primer Informe de la Comisión sobre la ciudadanía europea, en COM (1993) 702 final de 21 de diciembre de 1993; Segundo Informe de la Comisión sobre la ciudadanía europea, en COM (1997) 230 final de 27 de mayo de 1997, pp. 14-17;

Con este bagaje la Directiva 2004/38 de 30 de abril de 2004 incluye, en su artículo 2, como miembro de la familia del nacional de un Estado miembro (e independientemente de la nacionalidad que ostente el miembro de la familia) los siguientes: cónyuge, la pareja de hecho que ha celebrado una unión registrada de acuerdo con la legislación de un Estado miembro, en la medida en que la legislación interna del Estado receptor concede a las uniones registradas un trato equivalente al matrimonio (y en la condiciones que el Estado receptor establezca); sus descendientes directos menores de 21 años, o a su cargo, y los del cónyuge o su pareja de hecho; y sus ascendientes directos o de su cónyuge o pareja de hecho que estén a su cargo²⁸. Facultativamente el Estado miembro receptor habría de facilitar, de acuerdo con su legislación nacional, la entrada y residencia de cualquier otro miembro de la familia del nacional comunitario que esté a su cargo o viva con él; o que cuando por motivos graves de salud sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia; asimismo se debería admitir a la pareja que mantenga una relación estable (debidamente probada), con el ciudadano de la Unión.

Más relevante son las garantías previstas para el mantenimiento del derecho de residencia para los familiares del nacional de un Estado miembro (independientemente de la nacionalidad que tengan) en el caso de fallecimiento o disolución del matrimonio o finalización de la unión registrada; así como la previsión de un derecho de residencia permanente para los nacionales de un Estado miembro y sus familias. Situaciones todas ellas que no estaban reguladas en la normativa comunitaria²⁹. Si bien el Tribu-

Tercer Informe de la Comisión sobre la ciudadanía europea, en COM (2001) 506 final de 7 de septiembre de 2001, pp. 9-16.

²⁸ La formulación era más amplia en la propuesta de modificación de Reglamento 1612/68, hoy ya retirada, presentada por la Comisión, en el que la noción de familia incluía a los siguientes: cónyuge o persona asimilada al cónyuge por la legislación del Estado miembro de acogida y sus descendientes; los ascendientes del trabajador y su cónyuge; cualquier otro miembro de la familia de trabajador o de su cónyuge, si se encuentra a cargo del trabajador o convive con éste en el Estado miembro de procedencia (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del consejo por el que se modifica el Reglamento del Consejo n.º 1612/68 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, en COM (1998) 394 final de 14 de octubre de 1998).

²⁹ En cierta medida el derecho de residencia permanente se encontraba ya recogido para el trabajador, y los miembros de su familia, que reunían los requisitos

nal de Justicia, en ocasiones, había interpretado de forma muy generosa las disposiciones de la normativa comunitaria para dar cabida a alguno de los supuestos citados³⁰.

Como únicas excepciones al ejercicio del derecho de entrada y residencia en la libre circulación de trabajadores se prevé, en el artículo 39.3 TCE, las justificadas por razón de orden público, seguridad y salud públicas. A los efectos de coordinar las medidas (tanto las condiciones materiales como las garantías procesales) que en cada Estado miembro regulaban esta situación, el Consejo adoptó el 25 de febrero de 1964, la Directiva 64/221, que también ha sido derogada por la Directiva 2004/38³¹. Se debe destacar, sintéticamente, que la Directiva 2004/38 recoge en prin-

previstos en el Reglamento de la Comisión 1251/70 de 29 de junio de 1970 relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo (D.O.C.E L 142 de 30 de junio de 1970) y en la Directiva del Consejo 75/34 de 17 de diciembre de 1974 relativa al 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 propia (D.O.C.E L 14 de 20 de enero de 1975).

³⁰ Como sería por ejemplo, el asunto Diatta, en el que el Tribunal considera que a efectos de beneficiarse del artículo 10 del Reglamento 1612/68, no se puede considerar disuelto el vínculo conyugal, hasta que no se pronuncie la autoridad competente, aún en el supuesto de que los cónyuges vivan separados o tengan la intención de divorciarse con posterioridad. (Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1985, asunto 267/83, Aissatou Diatta contra Land Berlin, *Rec.* 1985, pp. 263 y ss, apartado 20).

³¹ Su ámbito de aplicación se limitaba a los trabajadores asalariados, y posteriormente se amplió a antiguos trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que permanecen en otro Estado miembro tras haber dejado de ejercer su actividad profesional (la Directiva 72/194/CEE del Consejo, de 18 de mayo de 1972, por la que se amplía a los trabajadores que ejercen el derecho a permanecer en el territorio de un Estado Miembro después de haber ejercido en él un empleo, el campo de aplicación de la Directiva de 25 de febrero de 1964 sobre la coordinación de medidas especiales para extranjeros en materia de desplazamiento y estancia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, en D.O.C.E L 121 de 26 de mayo de 1972; y la Directiva 75/35/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, por la que se extiende el campo de aplicación de la Directiva 64/221/CEE para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad pública y salud pública, a los nacionales de cualquier Estado Miembro que ejerzan el derecho de permanecer en el territorio de otro Estado Miembro después de haber ejercido en él una actividad no asalariada, en D.O.C.E L 14 de 20 de enero de 1975). Directivas que también lógicamente han sido derogadas mediante la Directiva 2004/38.

cipio la construcción jurisprudencial que sobre esta materia había sido elaborada por el TJCE y que no se incluía en la Directiva 64/221. Ejemplos claros serían, la definición que la conducta personal del acreedor de una medida por razón de orden público y seguridad pública debe constituir una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental del Estado (artículo 27.2)³², o la referencia a que previamente a la adopción de una decisión de expulsión se tengan en cuenta los criterios que ha utilizado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la protección del derecho de toda persona a vida privada y familiar y que también han sido generosamente utilizados en la jurisprudencia del TJCE (artículo 28.1), especialmente cuando se trata de la adopción de medidas de expulsión contra miembros de la familia del nacional de un Estado miembro que ostentan la nacionalidad de un tercer Estado³³. Ello no obstante, también se debe llamar la atención sobre un incremento del margen de discrecionalidad en manos de las autoridades competentes de los Estados miembros, cuando, por ejemplo, se expresa que

³² En efecto en relación al concepto de orden público el Tribunal en una constante jurisprudencia ha manifestado que éste corresponde definirlo a los Estados miembros, ya que responde a un concepto variable e histórico en función de las circunstancias de cada Estado miembro. Sin embargo, independientemente de cuáles sean los intereses fundamentales que un Estado considere conveniente de salvaguardar, la aplicación de estas medidas debe responder a una amenaza real y suficientemente grave a un interés fundamental del Estado. (Sentencia del TJCE de 28 de octubre de 1975, asunto 36/75, *Roland Rutili contra Ministre de l'Interieur*, *Rec. 1975*, pp. 1219 y ss, apartado 28; Sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1977, asunto 30/77, *The Queen contra Pierre Bouchereau*, *Rec. 1977*, pp. 1999 y ss, apartado 35; Sentencia del TJCE de 18 de mayo de 1982, asunto conjunto 115 y 116/81, *Rezguia Adoui contra Estado belga y Villa de Liège y Dominique Cornuaille contra Estado belga*, *Rec. 1982*, pp.1665 y ss, apartado 8; Sentencia del TJCE de 19 de enero de 1999, asunto C-348/96, *Proceso penal contra Donatella Calfa*, *Rec. 1999*, pp. I-11 y ss, apartado 21).

³³ Se trata que el Estado miembro receptor adopte una medida proporcionada con la finalidad que se persigue, esto es la protección de del orden público y por ello tenga en cuenta antes de adoptar la decisión de expulsión, en particular, la duración de la residencia, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen (Sentencia del TJCE (Sala Quinta) de 29 de abril de 2004, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, *Georgios Orfanopoulos y otros, y Raffaele Oliveri contra Land Baden-Württemberg*, apartado 99. En este sentido una aplicación generosa se observa en la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 2002, *Mary Carpenter contra Secretary of State for the Home Department*, asunto C-60/00, *Rec. 2002*, pp. I-6279 y ss).

sólo se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano europeo que hubiera residido durante los diez años anteriores o fuere menor de edad, si la decisión se basa «en motivos imperiosos de seguridad pública tal que definidos por los Estados miembros» (art. 28.3)³⁴. Sobre todo porque esta previsión se encontraba ausente en la propuesta de directiva presentada por la Comisión en el año 1998³⁵.

2. *El acceso y ejercicio a una actividad económica por cuenta ajena*

En el artículo 39 del TCE se expresa la necesidad de eliminar las discriminaciones por razón de la nacionalidad que se producen en el acceso y en el ejercicio a una actividad económica por cuenta ajena. En este sentido el principio de igualdad de trato con el nacional tanto en lo que se refiere al acceso a una actividad económica asalariada, como respecto a las condiciones de ejercicio de su actividad económica asalariada, queda articulado en el Reglamento 1612/68 de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de trabajadores³⁶.

³⁴ Esta formulación recuerda a la conveniencia, manifestada en un Documento de trabajo de la Comisión, de flexibilizar y por tanto aumentar la discrecionalidad de los Estados miembros en esta materia. Se trata del Documento de trabajo de la Comisión titulado Relación entre la salvaguardia de la seguridad interior y cumplimiento de las obligaciones e instrumentos internacionales en materia de protección, (COM (2001) 743 final de 5 de diciembre de 2001) y que obedecía a la invitación que le hizo el Consejo Extraordinario de Justicia e Interior celebrado el 20 de septiembre de 2001 (vid. Sesión extraordinaria del Consejo Justicia, Asuntos de Interior y Protección Civil celebrada el 20 de septiembre de 2001, en Doc. 12019/01, apartado 29).

³⁵ En la propuesta de Directiva presentada por la Comisión en 1998 se establecía con contundencia, en el entonces artículo 26.2 que: «el Estado miembro de acogida no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública contra el ciudadano de la Unión o el miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que hubiera adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio o el miembro de la familia que sea menor» (Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (COM (2001) 257 final de 23 de mayo de 2001).

³⁶ D.O.C.E. L 257 de 19 de octubre de 1968.

- a) El acceso a una actividad económica por cuenta ajena:
El alcance del título I del Reglamento del Consejo 1612/68
de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación
de trabajadores dentro de la Comunidad

En los artículos 1 a 6 del Reglamento 1612/68 se garantiza en primer lugar que cualquier nacional, independientemente de su lugar de residencia tiene el derecho a acceder a una actividad económica por cuenta ajena y ejercerla en el territorio de otro Estado miembro de acuerdo con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que les sean aplicables a los nacionales de dicho Estado.

En segundo lugar, se establece que gozarán de las mismas prioridades en el acceso a un empleo que los propios nacionales del Estado, y en concreto se prohíben las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que subordinen a condiciones no previstas para los propios nacionales, o que siendo igualmente aplicables tengan por efecto, eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de la oferta de trabajo. Citándose a título de ejemplo los supuestos que representen un procedimiento especial de contratación para los nacionales de otros Estados miembros, subordinen el acceso al empleo a condiciones de inscripción en oficinas de colocación, dificulten su contratación nominativa o limiten su empleo por empresas, rama de actividad, región geográfica o a escala nacional. En definitiva, se garantiza el principio de igualdad de trato con el nacional en el acceso a una actividad económica por cuenta ajena, con la única salvedad de la excepción prevista en el artículo 3 del Reglamento, que habilita la posibilidad de exigir conocimientos lingüísticos en función de la naturaleza del empleo a cubrir³⁷. Este derecho a acceder a una activi-

³⁷ Excepción que ha sido objeto de matizaciones por el TJCE en su jurisprudencia. Así, en el asunto Groener relativa a una profesora de nacionalidad neerlandesa, que por haber suspendido la prueba destinada a evaluar sus conocimientos de la lengua irlandesa, se le inhabilita para ser nombrada como profesor permanente a tiempo completo en centros públicos de enseñanza profesional en Irlanda, el Tribunal declara que: la exigencia de conocimientos lingüísticos, del artículo 3 del Reglamento n.º 1612/68, es aplicable siempre y cuando la exigencia lingüística de que se trata se inscriba dentro de una política de promoción de la lengua nacional que, al mismo tiempo, sea la primera lengua oficial, y que esta exigencia se ponga en práctica respetando los principios de proporcionalidad y no discriminación (Sentencia del TJCE de 28 de noviembre de 1989, asunto 379/87, Anita Groener contra

dad económica por cuenta ajena se amplia también al cónyuge y a los hijos menores de 21 años incluso cuando no tuvieran la nacionalidad de un Estado miembro (artículo 11).

- b) El ejercicio de una actividad económica por cuenta ajena:
El alcance del título II del Reglamento del Consejo 1612/68
de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación
de trabajadores dentro de la Comunidad

El ejercicio de una actividad económica por cuenta ajena requiere que el trabajador no podrá ser tratado de forma diferente en lo que respecta a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, despido y reinserción profesional; igualmente, y junto con su familia, se beneficia de las mismas ventajas sociales y fiscales que los nacionales del Estado miembro receptor. En el bien entendido que estos derechos son interpretados extensivamente por el Tribunal de Justicia y que la evolución del ámbito de aplicación de la libre circulación de personas ha permitido aumentar estos supuestos más allá del ejercicio de una actividad económica, si bien en ocasiones esta interpretación amplia se ha realizado desbordando, en cierta medida el marco normativo existente³⁸. Baste recordar a título ilustrativo el asunto Baumbast, en el que el Tribunal garantiza el derecho de residencia, en el Estado miembro receptor, al progenitor, que independientemente de su nacionalidad, ostente la custodia de los hijos, para que, de acuerdo con el artículo 12 del Reglamento 1612/68, éstos puedan seguir cursos de enseñanza general. Y ello a los efectos de facilitar el ejercicio del derecho a sus descendientes aunque los padres se hubieren divorciado o el progenitor que fuera nacional de un Estado miembro ya no fuera trabajador migrante en el Estado receptor³⁹.

Minister for Education y City of Dublin Vocational Educational Committee, *Rec.* 1989, p. 3967).

³⁸ REICH, N.; HARBACEVICA, S.: «Citizenship and family on trial: a fairly optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons», *Common Market Law Review*, 2003, n.º 3, p. 638. Ello ha comportado que el Tribunal, como expresa Julio Baquero, en ocasiones, prefiere seguir la vía del artículo 39 TCE en vez de utilizar el Reglamento 1612/68 para ofrecer una mayor protección a los trabajadores (BAQUERO CRUZ, J.: *Entre competencia y libre circulación. El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 198-199.

³⁹ Sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99, Baumbast y R contra Secretary of State for the Home Department, *Rec.* 2002, pp. I-7091 y ss, apartado 75.

3. *La coordinación de las medidas relativas a la Seguridad Social*

En el artículo 42 del TCE se refiere a la necesidad de coordinar los diferentes sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros con la finalidad de que los trabajadores comunitarios no vean disminuidas sus prestaciones por el ejercicio de la libre circulación de trabajadores. En base a esta disposición del Tratado se han regulado a nivel comunitario la aplicación de los sistemas de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena⁴⁰. Los principios que se desprenden de la coordinación realizada por la Comunidad Europea se pueden sintetizar en los siguientes: garantizar que los trabajadores de otros Estados miembros tienen la igualdad de trato con el propio nacional en lo que se refiere al régimen de cotizaciones y prestaciones de la Seguridad Social; asegurar al trabajador de otro Estado miembro la acumulación de los periodos de cotización que hubiere realizado en distintos Estados miembros a los efectos de establecer la nacimiento, la conservación y el cálculo de las prestaciones sociales que debe percibir; y la posibilidad de realizar el pago de las prestaciones sociales a los beneficiarios que residan en el territorio de cualquier Estado miembro.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES DURANTE EL PROCESO DE ADHESIÓN: LA ASOCIACIÓN CON LOS PAÍSES DE EUROPA CENTRAL Y ORIENTAL

El régimen jurídico de la libre circulación de trabajadores durante el proceso que ha culminado en la adhesión de los nuevos Estados a la Unión Europea se examina a partir de los de los acuerdos de asociación. Inicial-

⁴⁰ Se trata esencialmente del Reglamento del Consejo 1408/71 de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad ((D.O.C.E. L 149 de 5 de julio de 1971) y el Reglamento del Consejo 574/72 de marzo de 1972 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento del Consejo 1408/71, en lo que se refiere a la armonización de los derechos y la simplificación de los procedimientos (D.O.C.E. L 74 de 27 de marzo de 1972). Actos que han sido modificados en diversas ocasiones.

mente, la Comunidad Europea conjuntamente con sus Estados miembros celebraron, durante la década de los años noventa, acuerdos de asociación, que recibían el nombre de acuerdos europeos⁴¹, con cada uno de los Estados de Europa central y oriental que han devenido miembros de la Unión Europea⁴², así como con Bulgaria y Rumanía⁴³. En la década de los años

⁴¹ La Comisión en su Comunicación al Consejo y al Parlamento sobre los acuerdos de asociación con los países de Europa central y oriental, señalaba que «la Comisión ofrece en su presente comunicación más indicaciones sobre los objetivos y el contenido de los acuerdos de asociación, a los que se podría denominar acuerdos europeos para señalar la importancia de la iniciativa política que representan», (Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Acuerdos de asociación con los países de Europa central y oriental: un esbozo general*, COM (90) 398 final de 27 de agosto de 1990).

⁴² En concreto se trata de los siguientes acuerdos: el Acuerdo Europeo estableciendo una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros de una parte, y Hungría de otra, en D.O.C.E. L 347 de 31 de diciembre de 1993 (firmado el 16 de diciembre de 1991, entró en vigor el 1 de febrero de 1994); el Acuerdo Europeo estableciendo una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros de una parte, y Polonia de otra, en D.O.C.E. L 348, de 31 de diciembre de 1993 (firmado el 16 de diciembre de 1991, entró en vigor el 1 de febrero de 1994); el Acuerdo Europeo estableciendo una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros de una parte, y la República Eslovaca de otra, en D.O.C.E. L 359 de 31 de diciembre de 1994 (firmado el 4 de octubre de 1993, entró en vigor el 1 de febrero de 1995); el Acuerdo Europeo estableciendo una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros de una parte, y la República Checa de otra, en D.O.C.E. L 360 de 31 de diciembre de 1994, firmado el 4 de octubre de 1993, entró en vigor el 1 de febrero de 1995; el Acuerdo Europeo estableciendo una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros de una parte, y Letonia de otra, en D.O.C.E. L 26 de 22 de febrero de 1998, firmado el 12 de junio de 1995, entró en vigor el 1 de febrero de 1998; el Acuerdo Europeo estableciendo una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros de una parte, y Estonia de otra, en D.O.C.E. L 68 de 9 de marzo de 1998, firmado el 12 de junio de 1995, entró en vigor el 1 de febrero de 1998; el Acuerdo Europeo estableciendo una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros de una parte, y Lituania de otra, en D.O.C.E. L 51 de 20 de febrero de 1998, firmado el 12 de junio de 1995, entró en vigor el 1 de febrero de 1998; el Acuerdo Europeo estableciendo una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros de una parte, y Eslovenia de otra, en D.O.C.E. L 51 de 26 de febrero de 1999, firmado el 10 de junio de 1996, entró en vigor el 1 de febrero de 1999.

⁴³ Se trata del Acuerdo Europeo estableciendo una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros de una parte, y Rumania de otra, en D.O.C.E. L 357, de 31 de diciembre de 1994 (firmado el 1 de febrero de 1993, entró

setenta se habían celebrado los correspondientes acuerdos de asociación con Chipre y Malta⁴⁴. Estos acuerdos inicialmente tenían como finalidad principal la creación de un marco que permitiera la existencia de las condiciones, tanto políticas como económicas, en los Estados asociados que posibilitasen en un futuro su adhesión a la Unión Europea y constituiran el instrumento jurídico de referencia en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea y los entonces Estados candidatos. Se debe destacar que la asociación tenía una duración ilimitada, cuya finalización coincide con la adhesión del Estado candidato, y se establecía un período transitorio, para facilitar la progresiva consecución de los objetivos del acuerdo, de una duración máxima de diez años, divididos en dos fases sucesivas de cinco años cada una, en la que la primera fase se iniciaba con la entrada en vigor del acuerdo⁴⁵.

De igual forma también de debe subrayar que la Comisión, en mayo de 1995, presentó el denominado libro blanco de los Países del Centro y Este de Europa para su integración en el mercado interior⁴⁶. Éste se cen-

en vigor el 1 de febrero de 1995); el Acuerdo Europeo estableciendo una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros de una parte, y Bulgaria de otra, en D.O.C.E. L 358 de 31 de diciembre de 1994, firmado el 8 de marzo de 1993, entró en vigor el 1 de febrero de 1995;

⁴⁴ Acuerdo por el que se crea una asociación entre la CEE y Malta, en D.O.C.E. L 61 de 14 de marzo de 1971; y el Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la CEE y la República de Chipre, firmado el 19 de diciembre de 1972, en D.O.C.E. L 133 de 21 de mayo de 1973.

⁴⁵ Artículo 6 del Acuerdo europeo con Polonia, el artículo 6 del Acuerdo Europeo con Hungría; artículo 7 del Acuerdo Europeo con Rumania, el artículo 7 del Acuerdo Europeo con Bulgaria, artículo 7 del Acuerdo Europeo con la República Eslovaca y el artículo 7 del Acuerdo Europeo con la República Checa. En cambio en el Acuerdo europeo con Estonia no se establece ningún período transitorio, y en los Acuerdos europeos con Letonia y Lituania, se dispone un período transitorio que finalizaba el 31 de diciembre de 1994 (artículo 3 del Acuerdo europeo con Letonia y artículo 3 del Acuerdo europeo con Lituania). En principio, en las disposiciones de los acuerdos de asociación quedaba meridianamente expresado que cada Estado asociado, en función del grado de cumplimiento de las exigencias establecidas por la Comunidad podría o no alcanzar la adhesión.

⁴⁶ COM (95) 163 final de 3 de mayo de 1995. Sus antecedentes se hallaban en dos comunicaciones presentadas por la Comisión y relativas a la elaboración de una estrategia para preparar a los países de la Europa Central y Oriental para la adhesión; cuyo objetivo era establecer un programa de cumplimiento de los requisitos para satisfacer la consecución del mercado interior que debería ser seguido por cada uno de los Estado asociados y supervisado por la Unión (*Más allá de los acuerdos*

traba en la necesidad de aproximar la legislación de los Estados asociados a la legislación comunitaria relativa al mercado interior y facilitar la integración de las economías en transición de los Estados asociados con las economías de mercado industrializadas de los países miembros de la Unión Europea. En este sentido, y para cada sector se establecía una planificación de la estrategia a seguir por los países asociados, y las condiciones necesarias para hacer efectiva la legislación. En el ámbito de la libre circulación de personas y en concreto en el ámbito de la libre circulación de trabajadores, se hacía referencia específicamente a las normas que aseguran el desarrollo armonioso del mercado laboral e impiden distorsiones a la libre competencia, y, a las reglas que establecen las condiciones en las que pueden ejercer los ciudadanos procedentes de otros Estados miembros. Por ello la mayor parte del proceso de aproximación en la libre circulación de trabajadores hacía referencia a aspectos relacionados con la política social, y con la adopción de la normativa comunitaria relativa al reconocimiento los títulos profesionales⁴⁷.

europas: una estrategia para preparar a los países de la Europa Central y Oriental para la adhesión, Comunicación de la Comisión al Consejo, COM (94) 320 final de 13 de julio de 1994; y *Seguimiento de la Comunicación de la Comisión: Más allá de los acuerdos europeos: una estrategia para preparar a los países de la Europa Central y Oriental para la adhesión*, COM (94) 361 final de 27 de julio de 1994). El Libro blanco se enmarcaba en una estrategia diseñada en el Consejo Europeo celebrado en Essen los días 9 y 10 de diciembre de 1994, y en la cual «el elemento esencial de la estrategia para la aproximación lo constituye la preparación de los Estados asociados para que se integren en el mercado interior de la Unión» (Conclusiones de la Presidencia al Consejo Europeo de Essen celebrado el 9 y 10 de diciembre de 1994, *Bol. 1994*, n.º 12, p. 13).

⁴⁷ Con posterioridad, y para reforzar la preadhesión la Comisión diseñó una estrategia, que fue refrendada por el Consejo Europeo celebrado en Luxemburgo en diciembre de 1997; y cuyo objetivo final consistía en «colocar a todos los candidatos de Europa Central y Oriental en condiciones de llegar a ser, con el tiempo miembros de la Unión Europea y, a tal efecto, alinearse en la mayor medida posible con el acervo de la Unión desde antes de la adhesión (Conclusiones de la Presidencia al Consejo Europeo celebrado en Luxemburgo el 12 y 13 de diciembre de 1997, en *Boletín de la Unión Europea*, 1997, n.º 12, punto I.5.13). La estrategia de preadhesión reforzada suponía la consecución de dos propósitos. El primero era la unificación, en un instrumento, de todas las diferentes formas de apoyo que tiene la Unión Europea para preparar la adhesión de los PECO (Acuerdos europeos, Libro Blanco sobre el mercado interior, el diálogo estructurado y el programa PHARE); el segundo objetivo era familiarizar a los candidatos con las políticas y los procedimientos de la Unión ofreciéndoles la posibilidad de participar en los programas comunita-

A) LAS DISPOSICIONES DE LOS ACUERDOS DE ASOCIACIÓN RELATIVAS
A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

Se tratará a continuación de examinar las disposiciones que en el ámbito de la libre circulación de trabajadores se encuentran en los acuerdos europeos de asociación. A título preliminar se debe destacar que no se trata estrictamente de una libre circulación de trabajadores dado que el derecho de desplazamiento y estancia no se encuentra garantizado por los acuerdos europeos, ni el principio de igualdad de trato respecto al acceso a una actividad económica por cuenta ajena. En última instancia el ámbito de aplicación personal de las disposiciones contenidas en los acuerdos se circunscribe a los trabajadores que ya se encuentren insertados de una forma legal en el mercado de trabajo, no beneficiándose de las estipulaciones del acuerdo el resto de nacionales de los países asociados.

En este sentido se debe mencionar que en los títulos IV de los acuerdos europeos (todos ellos llevan por título «circulación de trabajadores, establecimiento y servicios»), se dispone que «ninguna de las disposiciones contenidas en dicho título impedirá a las partes el aplicar su propia legislación y reglamentos relativos a la entrada y estancia, condiciones de

rios (Comunicación de la Comisión, *Agenda 2000: Por una Unión más fuerte y más amplia*, COM (97) 2000 final, en *Boletín de la Unión Europea*, Suplemento. 5/97, p. 56). El instrumento que cristalizó esta nueva estrategia de preadhesión era el denominado Asociación para la adhesión, que pivotaba sobre dos premisas: cada Estado debía responder a determinados compromisos de contenido político administrativo y económico (democracia, estabilidad macroeconómica, seguridad nuclear y un programa nacional de adopción del acervo comunitario) sujeto a un calendario preciso. La segunda premisa se refería a la financiación, que a modo de contraprestación, realizaría la Comunidad Europea, esencialmente mediante la aportación de fondos del programa PHARE, y de instrumentos financieros que se pudieran aprobar; utilizando al primero como catalizador de las operaciones de financiación con otros organismos como el Banco Europeo de Inversiones (BEI), el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) o el Banco Mundial. La concesión de esta ayuda se condicionaba al cumplimiento de los objetivos que estableciera la Comisión, mediante un calendario y sujeta a la evaluación de la Comisión (*Ibid.*, p. 57). Con estas premisas, el Consejo adoptó el 16 de marzo de 1998, el Reglamento del 622/98 relativo a la asistencia a favor de los Estados candidatos en el marco de una estrategia de preadhesión y, en particular, de la creación de asociaciones para la adhesión (en D.O.C.E. L 85 de 20 de marzo de 1998). Al respecto vid. INGLIS, K.: «The Europe Agreements compared in the light of their pre-accession reorientation», *Common Market Law Review*, 2000, n.º 5, pp. 1173-1210.

trabajo (...) siempre que no las apliquen de manera que anulen o reduzcan los beneficios que correspondan a cualquiera de las partes con arreglo a una disposición específica del presente Acuerdo»⁴⁸. De hecho el Tribunal de Justicia, en el ámbito del derecho de establecimiento, ha tenido ocasión de expresar, en relación los acuerdos europeo con la República Checa y con Polonia, que no es contraria a esta disposición, la normativa nacional en materia de inmigración del Estado miembro receptor que implica la obtención en el país de residencia, de un permiso de entrada cuya expedición está sujeta a la comprobación de ciertos requisitos materiales⁴⁹.

1. *El acceso y ejercicio a una actividad económica por cuenta ajena*

En el texto de los tratados se dispone, en relación a la libre circulación de trabajadores que el trato que se conceda a los trabajadores de la nacionalidad del país asociado, que sea contratado legalmente en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, no podrá ser discrimi-

⁴⁸ Artículo 58 del Acuerdo europeo con Polonia, el artículo 58 del Acuerdo Europeo con Hungría, el artículo 59 del Acuerdo Europeo con Rumania, el artículo 59 del Acuerdo Europeo con Bulgaria, artículo 59 del Acuerdo Europeo con la República Eslovaca, el artículo 59 del Acuerdo Europeo con la República Checa, el artículo 55 del Acuerdo europeo con Estonia, el artículo 56 del Acuerdo europeo con Letonia, el artículo 56 del Acuerdo europeo con Lituania y el artículo 57 del Acuerdo Europeo con Eslovenia.

⁴⁹ Pues no tiene por finalidad ni por efecto hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos de los nacionales checos o de los nacionales polacos (Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 2001, asunto C-257/99, Secretary of State for the Home Department, ex parte Julius Barkoci y Marcel Malik., *Rec. 2001*, pp. I-6557 y ss, apartado 83; y Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 2001, asunto C-63/99, Secretary of State for the Home Department, ex parte: Wieslaw Gloszczuk y Elzbieta Gloszczuk, *Rec. 2001*, pp. I-6369 y ss, apartado 86, Sentencia del TJCE de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, Aldona Malgorzata Jany y otras contra Staatssecretaris van Justice, *Rec. 2001*, p. 8615 y ss, apartado 28). En parecidos términos se ha pronunciado también el TJCE respecto al acuerdo europeo con Bulgaria, al permitir la supeditación del permiso de entrada y residencia para ejercer el derecho de establecimiento a determinados requisitos en el Estado miembro receptor (Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 2001, asunto C-235/99, Secretary of State for the Home Department, ex parte: Eleanora Ivanova Kondova, *Rec. 2001*, I-6427, apartados 56 y 91).

nado por razón de su nacionalidad, en lo que hace referencia a las condiciones de trabajo, remuneración o despido. Asimismo, su cónyuge e hijos podrán acceder al mercado laboral de ese Estado miembro durante la duración de estancia profesional autorizada del trabajador, sin perjuicio de las condiciones y las modalidades aplicables a cada Estado miembro⁵⁰. En el bien entendido de que como se recogía en las respectivas Declaraciones conjuntas sobre esta disposición anejas a cada Acta final de las conferencias respectivas, la «expresión hijos se definirá de acuerdo con la legislación del Estado de acogida de que se trate».

La garantía del principio de no discriminación se circunscribe únicamente a las condiciones de ejercicio de la actividad económica asalariada y en relación a los trabajadores que ya se encuentran ejerciendo en un Estado miembro; en cambio respecto al acceso al ejercicio de la actividad económica asalariada el planeamiento es diferente⁵¹. En efecto, en los preceptos de los acuerdos europeos se establece que, respetando las normas vigentes en cada Estado miembro y su situación del mercado laboral, se deberán mantener y en la medida de lo posible mejorarse las facilidades de los trabajadores de los países asociados al acceso al mercado de trabajo, ya existentes y concedidas por determinados Estados que tienen acuerdos bilaterales con dicho Estado, animando al resto de Estados a que celebren acuerdos en este sentido con cada uno de los países asociados⁵².

⁵⁰ Exceptuándose a los trabajadores estacionales y los trabajadores sujetos a los acuerdos bilaterales (el artículo 37 del Acuerdo europeo con Polonia, el artículo 37 del Acuerdo Europeo con Hungría, el artículo 38 del Acuerdo Europeo con Rumania, el artículo 38 del Acuerdo Europeo con Bulgaria, artículo 38 del Acuerdo Europeo con la República Eslovaca, el artículo 38 del Acuerdo Europeo con la República Checa, el artículo 36 del Acuerdo Europeo con Estonia, el artículo 37 del Acuerdo Europeo con Letonia y el artículo 37 del Acuerdo Europeo con Lituania, y el artículo 38 del Acuerdo Europeo con Eslovenia).

⁵¹ De hecho es un sistema que es más restrictivo que el previsto para los trabajadores de nacionalidad turca que se benefician de las disposiciones del Acuerdo de Asociación con Turquía (vid. OLESTI RAYO, A.: «El Acuerdo de Asociación con Turquía y el régimen jurídico de los trabajadores de nacionalidad turca en la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol 7, 2000, pp. 49-89).

⁵² Vid. el artículo 41 del Acuerdo europeo con Polonia, el artículo 41 del Acuerdo Europeo con Hungría, el artículo 42 del Acuerdo Europeo con Rumania, el artículo 42 del Acuerdo Europeo con Bulgaria, el artículo 42 del Acuerdo Europeo con la República Eslovaca, el artículo 42 del Acuerdo Europeo con la República Checa, el artículo 40 del Acuerdo Europeo con Estonia, el artículo 41 del Acuerdo Europeo

Es más, la mejora de las condiciones en el acceso a una actividad quedaban pospuestas en el tiempo, ya fuera a partir del año 1999 para el acuerdo europeo con Estonia⁵³, o a partir de la finalización del período transitorio (31 de diciembre de 1999) para los acuerdos europeo con Letonia y Lituania⁵⁴; o para una segunda fase del período transitorio establecido en el resto de los acuerdos europeos⁵⁵. Efectivamente en los acuerdos de asociación se disponía que el Consejo de Asociación habría de examinar nuevas maneras de mejorar la circulación de los trabajadores en el país asociado, condicionándolo a dos factores: las condiciones económicas y sociales del Estado asociado y la situación del empleo en la Comunidad⁵⁶.

En todo caso, esencialmente y de acuerdo con las disposiciones de los acuerdos europeos, los nacionales de los países asociados se beneficiaban del principio de igualdad de trato respecto al nacional de un Estado miembro en lo que se refiere a las condiciones de ejercicio de una actividad económica, pero no en relación al acceso a una actividad económica en ese mismo Estado. Tampoco se beneficiaban de la libre circulación comunitaria, esto es el derecho a desplazarse y residir en otro Estado miembro.

con Letonia y el artículo 41 del Acuerdo Europeo con Lituania, y el artículo 42 del Acuerdo Europeo con Eslovenia.

⁵³ Artículo 41 del Acuerdo europeo con Estonia.

⁵⁴ Artículo 42 de los Acuerdos europeos con Letonia y Lituania.

⁵⁵ Vid. el artículo 43 del Acuerdo europeo con Polonia, el artículo 42 del Acuerdo Europeo con Hungría, el artículo 43 del Acuerdo Europeo con Rumania, el artículo 43 del Acuerdo Europeo con Bulgaria, artículo 43 del Acuerdo Europeo con la República Eslovaca, el artículo 43 del Acuerdo Europeo con la República Chèca, y el artículo 43 del Acuerdo Europeo con Eslovenia.

⁵⁶ Ya la Comisión a la hora de esbozar el marco general de los acuerdos de asociación planteó que en relación a la libre circulación de personas: «En una primera fase y teniendo en cuenta la competencia de la Comunidad y de sus Estados miembros, se podrían poner en práctica determinadas mejoras en las condiciones que afectan a la circulación de personas. Además, se deberá facilitar asistencia técnica para el establecimiento de sistemas adecuados de seguridad social que revestirán especial importancia en el proceso de ajuste económico y en la reorganización del trabajo. En una segunda fase, una vez que las condiciones sociales y economías de los países asociados se hayan acercado a las de los Estados miembros, la Comunidad y las instituciones de asociación se plantearían la posibilidad de profundizar en la libertad de circulación de personas. (*Acuerdos de asociación con los países de Europa central y oriental: un esbozo general. Anexo, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (90) 398 final de 27 de agosto de 1990, p. 4*).

2. *La coordinación de las medidas relativas a la seguridad social*

También se preveían en los acuerdos de asociación, la coordinación de las disposiciones de los regímenes de seguridad social de los trabajadores y de los miembros de sus familias que residen en un Estado miembro. En concreto se permitía la acumulación de los períodos de seguro, empleo, residencia que hayan obtenido los trabajadores en los diferentes Estados miembros se acumulen para determinar las pensiones y las anualidades relativas a la jubilación, invalidez y muerte, así como en lo que respecta a la asistencia médica para ellos mismos y sus familias. Asimismo, se establecía la transferencia, según el porcentaje que se aplique en virtud de la ley del Estado miembro deudor, de las pensiones o las anualidades relativas a la jubilación, muerte, accidentes laborales o enfermedades profesionales e invalidez⁵⁷. En el bien entendido de que como se recogía en las respectivas Declaraciones conjuntas sobre esta disposición anejas a cada Acta final de las conferencias respectivas, la «expresión miembros de su familia» se definirá de acuerdo con la legislación del Estado de acogida de que se trate.

En todo caso, se destaca la ausencia de una cláusula de no discriminación por razón de la nacionalidad en los acuerdos europeos, mientras que en otros acuerdos de asociación como los celebrados con Turquía y los países del Maghreb, este principio si está contemplado, lo que ha sido señalado como un retroceso en comparación con el régimen aplicable a éstos últimos⁵⁸.

⁵⁷ Artículo 38 del Acuerdo europeo con Polonia, el artículo 39 del Acuerdo Europeo con Hungría, el artículo 39 del Acuerdo Europeo con Rumania, el artículo 39 del Acuerdo Europeo con Bulgaria, artículo 39 del Acuerdo Europeo con la República Eslovaca, el artículo 39 del Acuerdo Europeo con la República Checa, el artículo 37 del Acuerdo europeo con Estonia, el artículo 38 del Acuerdo europeo con Letonia, el artículo 38 del Acuerdo europeo con Lituania, y el artículo 39 del Acuerdo Europeo con Eslovenia.

⁵⁸ MARESCEAU, M.: «Les accords européens: Analyse général», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1993, n.º 369, p. 513; BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.: *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001, pp. 246-247.

B) LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de precisar en su jurisprudencia el alcance de los preceptos previstos en algunos acuerdos de asociación. Así ha considerado que las disposiciones de los acuerdos con Bulgaria, Polonia, Eslovaquia y la República Checa⁵⁹, atendiendo a la naturaleza y objeto de los acuerdos, son susceptibles de generar efecto directo y pueden ser invocadas directamente por los particulares ante las jurisdicciones internas de los Estados miembros⁶⁰. En concreto, y en esta sede, el Tribunal ha declarado el efecto directo del artículo 37 apartado 1 del Acuerdo europeo con Polonia y el artículo 37 apartado 1 del Acuerdo europeo con Eslovaquia, cuyo texto es idéntico, y que recogen el principio de no discriminación con el nacional en las condiciones de trabajo, remuneración o despido de una actividad económica por cuenta ajena, y el derecho de los miembros de la familia a poder acceder a una actividad económica. Es más, la fórmula prevista en ambos preceptos referente al ejercicio de estos derechos sin perjuicio de las condiciones y modalidades aplicables en cada Estado miembro, no puede interpretarse como la permisión a los Estados miembros de supeditar a determinados requisitos o a restringir discrecionalmente la aplicación del principio de no discriminación, dado que una interpretación en tal sentido vaciaría de contenido estas disposiciones y le privaría de su efecto útil⁶¹.

⁵⁹ Y previsiblemente el resto de los acuerdos europeos dado que la naturaleza de los acuerdos de asociación y sus finalidades son prácticamente idénticos.

⁶⁰ Siempre y cuando lógicamente las disposición en cuestión contenga una obligación clara y precisa cuya ejecución o efectos no se subordine a la adopción de un acto posterior. Especialmente el Tribunal se ha pronunciado respecto al efecto directo en el ámbito de las disposiciones de los acuerdos europeos respecto al derecho de establecimiento. Así, para el acuerdo de asociación con Bulgaria (Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 2001, asunto Kondova, *op.cit.*, apartados 31 y 91); para el acuerdo de asociación con la República Checa. (Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 2001, asunto Barkoci y Malik, *op.cit.*, apartados 39 y 83, Sentencia del TJCE de 20 de noviembre de 2001, asunto Jany y otras, *op.cit.*, apartado 28) y para el acuerdo de asociación con Polonia (Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 2001, asunto Gloszczuk, *op.cit.*, apartado 86, Sentencia del TJCE de 20 de noviembre de 2001, asunto Jany y otras, *op.cit.*, apartado 28).

⁶¹ Para el acuerdo europeo con Polonia, vid. la Sentencia del TJCE de 29 de enero de 2002, asunto C-162/00, Land Nordrhein-Westfalen contra Beata Pokrzept-

Además, el Tribunal manifiesta que, si bien las disposiciones de los Acuerdos de asociación no suponen la instauración de una libre circulación de trabajadores, entre los Estados miembros y los Estados asociados, de la finalidad y el contexto de los acuerdos europeos, se desprende que, el contenido del principio de no discriminación contenido en los preceptos de los acuerdos europeos de Polonia y Eslovaquia, no pueden tener un alcance diferente del previsto en el artículo 39.2 del Tratado CE que declara la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y demás condiciones de trabajo. Por ello, y desde el momento en que se encuentran contratados legalmente en un Estado miembro tienen un derecho a la igualdad de trato en las condiciones de trabajo equivalente al que se les garantiza en el Tratado a los trabajadores comunitarios. Así, en el asunto *Kolpak* referente a un jugador profesional de balonmano de nacionalidad eslovaca enrolado en un equipo alemán al que se le concedía una tipo de ficha deportiva que limitaba a un máximo de dos jugadores en la alineación de los partidos le es aplicable la jurisprudencia *Bosman*. El jugador de balonmano ya tenía un contrato con su equipo y la limitación de jugadores que pueden jugar un partido afecta a las condiciones de trabajo que desarrolla el Sr. *Kolpak*, y además la participación en dichos encuentros constituye el objeto esencial de su actividad profesional⁶².

De la misma forma en el asunto *Pokrzeptowicz-Meyer*, una trabajadora de nacionalidad polaca que ejercía de lectora de polaco en una universidad alemana es equiparada a los trabajadores de los Estados miembros.

wicz-Meyer, *Rec. 2002*, pp. I-1049 y ss, apartados 20 a 24. Para el Acuerdo europeo con Eslovaquia, vid. Sentencia del TJCE de 8 de mayo de 2003, asunto C-438/00, *Deutscher Handballbund eV contra Maros Kolpak*, *Rec. 2003*, pp. I-4135 y ss, apartados 29 y 30. En el asunto *Pokrzeptowicz-Meyer*, el Land Nordrhein-Westfalen había alegado la ausencia de incondicionalidad en la obligación.

⁶² Sentencia del TJCE de 8 de mayo de 2003, asunto *Kolpak*, *op.cit.*, apartados 37, 45, 50 y 58. Vid. HUICI SANCHO, L.: «Comentario a la Sentencia del TJCE de 8 de mayo de 2003, asunto C-438/00, *Deutscher Handballbund eV/Maros Kolpak*», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2004, n.º 1, pp. 287-293. El jurisprudencia *Bosman*, se refiere a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1995, C-415/93. *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contra Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contra Jean-Marc Bosman y otros y Union des associations européennes de football (UEFA) contra Jean-Marc Bosman*, *Rec. 1995*, pp. I-4921 y ss.

Le es aplicable la jurisprudencia comunitaria que declara contraria a la libre circulación de trabajadores la legislación alemana que exige a los lectores de lengua extranjera, que no suelen ser nacionales del Estado receptor, someterlos a unos contratos de trabajo de una duración determinada mientras que a los demás docentes encargados de tareas particulares deben justificarse caso por caso en base a razones objetivas⁶³.

En este contexto, y aunque no estrictamente centrado en los acuerdos europeos, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el incumplimiento de Austria por exigir la nacionalidad austríaca para ser elegible en elecciones a organismos de representación de los intereses de los trabajadores. En el asunto C-465, Comisión contra Austria, el TJCE declara, entre otras cuestiones, que el Estado afectado incumple sus obligaciones derivadas de los acuerdos celebrados entre la Comunidad y terceros países, en los que se establece el principio de no discriminación en las condiciones de trabajo que ejercen legalmente una actividad económica en un Estado miembro al negar su elegibilidad en el comité de empresa y en el pleno de las cámaras de trabajadores⁶⁴.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO PREVISTO EN EL ACTA DE ADHESIÓN

El 16 de abril de 2003 se firmó el Tratado de Adhesión entre los Estados miembros y los entonces Estados candidatos que entró en vigor el 1 de mayo de 2004⁶⁵. En virtud del artículo 2 del Acta de Adhesión las

⁶³ Sentencia del TJCE de 29 de enero de 2002, asunto Pokrzeptowicz-Meyer, *op.cit.*, apartados 34, 37 y 45. La jurisprudencia comunitaria aplicable versa sobre la misma disposición controvertida de la legislación alemana que el Tribunal de Justicia había declarado que no era aplicable a los nacionales comunitarios en la Sentencia del TJCE de 20 de octubre de 1993, asunto 272/92, Maria Chiara Spotti contra Freistaat Bayern *Rec. 1993*, pp. I-5185 y ss.

⁶⁴ Sentencia del TJCE (Sala Segunda) de 16 de septiembre de 2004, asunto C-465/01, Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria (*poli-copiado*), apartados 53 y 56.

⁶⁵ El Tratado de adhesión entre los Estados miembros y los Estados candidatos, el Acta relativa a las condiciones de adhesión, los anexos y protocolos adjuntos al Acta de Adhesión, así como el Acta Final de la Conferencia y las Declaraciones adoptadas por los plenipotenciarios se publicaron en el D.O.U.E L 236 de 23 de septiembre de 2003.

disposiciones de los Tratados originarios y de los actos que fueran adoptados por las instituciones con anterioridad a la adhesión son vinculantes para los nuevos Estados miembros en las condiciones que establecen los Tratados y el Acta. En la tercera parte del Acta de Adhesión, en su título I relativo a las adaptaciones de los actos adoptados por las instituciones y en el artículo 20, se concreta que los actos enumerados en el Anexo II son objeto de las adaptaciones allá previstas. En la Cuarta parte del Acta concerniente a las condiciones de Adhesión relativa a las disposiciones temporales se dispone en el título I dedicado a las medidas transitorias, y en su artículo 24, que determinadas disposiciones contenidas en los anexos V a XIV se aplicarán a los nuevos Estados miembros en las condiciones que se prevén en dichos anexos⁶⁶.

Con este marco jurídico se procederá a continuación a examinar cuál es la previsión establecida en el Acta de Adhesión.

A) EL ACCESO A UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA POR CUENTA AJENA

El alcance de las medidas previstas en el Acta de Adhesión es diferente en función de los Estados miembros afectados. Esencialmente se contemplan dos posibilidades; una primera respecto a la posición respecto a Malta y Chipre, y una segunda relativa al resto de los nuevos Estados miembros. En todos los casos la normativa afectada por el período transitorio se refiere al Reglamento del Consejo 1612/68 de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad durante un período de tiempo⁶⁷. En concreto se trata de la suspensión de la vigencia del título I de la primera parte relativo al acceso al empleo, en el que se dispone el principio de igualdad de trato con el nacional para los trabajadores de otros Estados miembros para acceder a una actividad económica asalariada. También resulta afectada la Direc-

⁶⁶ Cada anexos se refiere a cada uno de los nuevos Estados miembros: Anexo V: República Checa; Anexo VI: Estonia; Anexo VII: Chipre; Anexo VIII: Letonia; Anexo IX: Lituania; Anexo X: Hungría; Anexo XI: Malta; Anexo XII: Polonia; Anexo XIII: Eslovenia; Anexo XIV: Eslovaquia

⁶⁷ D.O.C.E L 257 de 19 de octubre de 1968. De hecho el 14 de octubre de 1998, la Comisión presentó una propuesta de modificación de este Reglamento (COM (1998) 394 final), que ha sido finalmente retirada (COM (2004) 542 final de 6 de agosto de 2004). Se ha de mencionar también que la Directiva 2004/38 deroga, a partir del 30 de abril de 2006, los artículos 10 y 11 del Reglamento 1612/68.

tiva del Consejo 68/360 de 15 de octubre de 1968 sobre la suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias (derogada, como hemos comentado anteriormente, a partir del 30 de abril de 2006), en la medida que sus disposiciones se relacionen con el Reglamento 1612/68⁶⁸.

1. *La regulación prevista para Malta y Chipre*

En relación a Malta y Chipre cabe destacar que no se disponen restricciones en lo que se refiere al acceso y ejercicio a una actividad económica por cuenta ajena, si bien cabe diferenciar ambas situaciones.

En efecto, respecto a Chipre ninguna medida transitoria es prevista y en consecuencia los nacionales chipriotas pueden beneficiarse del acceso y ejercicio a una actividad económica por cuenta ajena, desde la adhesión; de la misma forma que el resto de los nacionales de los Estados miembros pueden acceder y ejercer una actividad económica en Chipre.

La situación en relación a Malta es diferente dado que en principio el Reglamento 1612/68 es aplicable desde la adhesión. Sin embargo, se habilita un procedimiento para que Malta pueda, durante un período de siete años desde su adhesión, establecer medidas (a modo de cláusulas de salvaguarda) que restrinjan a los nacionales del resto de los Estados miembro, el acceso una actividad económica por cuenta ajena en su territorio. Así, en el Anexo XI al Acta de Adhesión se dispone que en caso de que Malta sufra, o prevea sufrir, graves perturbaciones en su mercado laboral que puedan poner en peligro el nivel de vida o el índice de empleo en una determinada región o profesión, podrá solicitar a la Comisión que declare la suspensión, total o parcial, de la aplicación de los artículos 1 a 6 del Reglamento 1612/68 para restablecer la normalidad en el ámbito profesional o geográfico determinado. La Comisión, en un plazo de dos semanas desde la recepción de la solicitud, emitirá una decisión sobre la suspensión, que notificará al Consejo fijando, en su caso, la duración de la suspensión y su alcance. Los Estados miembros pueden solicitar al Consejo, la modificación o la anulación de la decisión, en un plazo de dos semanas desde la fecha de la decisión; éste a su vez deberá pronunciarse, por mayoría cualificada, sobre dicha solicitud, en el mismo plazo de tiem-

⁶⁸ Esencialmente se refiere a la noción de familia.

po. En casos excepcionales y urgentes Malta podría suspender la aplicación de las disposiciones del Reglamento 1612/68 relativas al acceso a una actividad económica por cuenta ajena, y notificarlo, de forma razonada a la Comisión. A los efectos de permitir conocer previamente estar en presencia de una situación como la descrita, se prevé que durante un período máximo de siete años desde el 1 de mayo de 2004, Malta pueda mantener su sistema de permisos de trabajo para el resto de la nacionales de los Estados miembros, si bien, se entiende a título informativo, dado que éstos se deben expedir de forma automática.

2. La regulación prevista para el resto de los nuevos Estados miembros

La regulación prevista para el acceso a una actividad económica por cuenta ajena en República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia es más compleja y susceptible de crear diferentes regímenes jurídicos entre los Estados miembros. En efecto, se deja a los Estados miembros la posibilidad de establecer un período transitorio diferente para cada uno de los nuevos Estados miembros, incluyendo también que los antiguos Estados miembros apliquen, de acuerdo con su legislación interna, el pleno acceso al mercado de trabajo de los nacionales de los nuevos Estados miembros. De la misma forma los nuevos Estados miembros podrán mantener unas medidas equivalentes respecto a los nacionales de los antiguos Estados miembros que deseen acceder a una actividad económica por cuenta ajena en su territorio.

a) El acceso a una actividad económica por cuenta ajena del nacional de un nuevo Estado miembro

El período transitorio comprende un período máximo de siete años desde la fecha de adhesión. Ahora bien la suspensión de la aplicación del título I del Reglamento 1612/68 durante este plazo, que recuerda al régimen previsto en el Acta de Adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas⁶⁹, está sujeta a determinadas condiciones y procedimientos.

⁶⁹ En el artículo 56 del Acta de Adhesión de España y Portugal se contemplaba que aplicación de los artículos 1 a 6 del Reglamento 1612/68, para los nacionales

Así, en principio, los Estados que deseen pueden posponer la aplicación del título I del Reglamento 1612/68 por un período inicial de dos años, hasta el 1 de mayo de 2006⁷⁰. Durante este tiempo los Estados miembros aplicarán medidas nacionales, o medidas que resulten de la aplicación de acuerdos bilaterales que hubieren suscrito con los nuevos Estados miembros. Antes que termine dicho período, el Consejo previo informe de la Comisión revisará el funcionamiento de las medidas transitorias; cuando finalice dicha revisión, y antes de que concluya el período de dos años, los Estados miembros notificarán a la Comisión si van a continuar aplicando las medidas transitorias. De no efectuarse la notificación, se aplicarán las disposiciones suspendidas del Reglamento 1612/68.

De todas formas, si se efectúa la notificación, los Estados podrán mantener la suspensión de las disposiciones del Reglamento tres años más, que pueden ampliarse otros dos años, en el supuesto de graves perturbaciones (o riesgo de que éstas se produzcan) en el mercado de trabajo de un Estado miembro. Todo ello previa notificación a la Comisión, sin la cual se aplicaría las disposiciones en suspenso del Reglamento 1612/68.

Ahora bien, aún en el supuesto de que un Estado miembro hubiere aplicado las disposiciones del Reglamento 1612/68, podrá recurrir a un procedimiento similar a una cláusula de salvaguarda, durante un período máximo de siete años desde la fecha de adhesión. En efecto, cuando un Estado miembro sufra o prevea sufrir perturbaciones en su mercado de

españoles y comunitarios quedaba pospuesta hasta el 1 de enero de 1993, y en consecuencia podían subsistir las legislaciones nacionales y los convenios bilaterales entre los entonces Estados miembros y España que sometieran a una autorización la inmigración laboral. Este plazo se ampliaba para Luxemburgo hasta el 31 de diciembre de 1995. Si bien, a partir del 1 de enero de 1991, el Consejo podría adoptar sobre la base de los datos que aportasen la aplicación de esta norma, las disposiciones que adaptasen estas medidas. En este sentido, es conocido que el Consejo adoptó el 25 de junio de 1991 su Reglamento 2194/91 adelantando los períodos transitorios hasta el 31 de diciembre de 1991 respecto a las relaciones los Estados miembros, exceptuando Luxemburgo cuyo plazo expiraba el 31 de diciembre de 1992 (Reglamento del Consejo 2194/91 de 25 de junio de 1991 relativo al período transitorio aplicable a la libre circulación de trabajadores entre España y Portugal por una parte y los otros Estados miembros por otra, D.O.C.E L 206 de 29 de julio de 1991).

⁷⁰ Esta ha sido la opción elegida por España, según se desprende de la nota informativa de 14 de abril de 2004 sobre el régimen de entrada, permanencia y trabajo en España de los nacionales de Estados incorporados a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004. El texto de dicha nota informativa se encuentra publicado en la página web del Real colegio de Abogados de Zaragoza (www.reicaz.es).

trabajo, tanto en una determinada región como en una determinada profesión, deberá informar a la Comisión y a los demás Estados miembros. Sobre esta base podrá solicitar a la Comisión la suspensión total o parcial de la aplicación de los artículos 1 a 6 del Reglamento 1612/68 a los efectos de establecer la normalidad. En un plazo de dos semanas desde la recepción de la solicitud, la Comisión adoptará una decisión sobre la suspensión, y en su caso sobre su duración y alcance, notificándola al Consejo. En un plazo de dos semanas desde la fecha de la decisión, cualquier Estado miembro podrá solicitar al Consejo su modificación o anulación, debiendo pronunciarse el Consejo sobre dicha solicitud, por mayoría cualificada, en un plazo de dos semanas. En todo caso, si la situación fuera excepcional y urgente, los Estados miembros podrían suspender la aplicación de las disposiciones del Reglamento, que posteriormente debiera ser razonada a la Comisión.

Cabe señalar que esta cláusula de salvaguardia puede considerarse, hasta cierto punto, como una ampliación de la prevista, con carácter general, en el artículo 37 del Acta de Adhesión y específicamente respecto al mercado interior en el artículo 38 del Acta de Adhesión. En el artículo 37 se dispone que los Estados miembros, durante un período máximo de tres años desde la adhesión, podrán solicitar medidas de salvaguardia a la Comisión si surgieran dificultades graves, y con posibilidades de persistir, en un determinado sector de la actividad económica que pudiera ocasionar un deterioro importante en una región determinada. De la misma forma, en el artículo 38 se contempla que si, un nuevo Estado incumpliera los compromisos asumidos en la negociación, causando con ello una perturbación, o riesgo de perturbación, grave, al funcionamiento del mercado interior, la Comisión podrá, por iniciativa propia o a instancia de un Estado miembro, adoptar las medidas que estime adecuadas. En principio, el plazo de tiempo para poder adoptar esta medida de salvaguardia es de tres años, si bien podría aplicarse más allá de este período si no se hubieran realizado los progresos necesarios por el nuevo Estado miembro afectado. En ambos supuestos la discrecionalidad de los Estados miembros es menor que las cláusulas previstas específicamente para la libre circulación de trabajadores, en las que no necesitan la intervención de la Comisión para autorizarles, o puede soslayarse mediante el recurso al Consejo, y además el plazo de tiempo permitido para su aplicación es mayor.

Los nacionales de los nuevos Estados que estuvieran trabajando legalmente en un antiguo Estado miembro sin interrupción durante un período

mínimo de doce meses con anterioridad a la adhesión, así como los que fueran admitidos al mercado de trabajo con posterioridad al 1 de mayo de 2004 y estuvieran trabajando regularmente durante el mismo plazo de tiempo se benefician del acceso al mercado de trabajo del país en donde trabajan pero en cambio no disfrutan del derecho al acceso a una actividad económica por cuenta ajena (en los Estados que apliquen las medidas transitorias). Este derecho se pierde, o no se obtiene, se el trabajador abandona voluntariamente el antiguo Estado miembro o no ha satisfecho los plazos previstos.

En este contexto complejo y restrictivo se debe hacer mención a las Declaraciones adoptadas en el Acta Final de la Conferencia respecto a la libre circulación de trabajadores. Así, los entonces 15 Estados miembros adoptaron una serie de declaraciones conjuntas dirigidas a los Estados candidatos expresando que procurarían brindar un mayor acceso al acceso al mercado laboral con arreglo a su Derecho nacional, a fin de acelerar la aproximación a la libre circulación de trabajadores. En consecuencia las facilidades y oportunidades de empleo deberían obtener una mejora substancial respecto al régimen previo cuando se produjera la adhesión. En todo caso, los entonces Estados miembros se comprometían a utilizar el régimen previsto para avanzar con la mayor rapidez en la aplicación plena de la libre circulación de trabajadores⁷¹.

Estas medidas transitorias previstas para el acceso a una actividad económica por cuenta ajena para los nacionales de los nuevos Estados miembros se incluyen en el Espacio Económico Europeo (EEE)⁷². En efecto,

⁷¹ Así consta en la Declaraciones n.º 6, n.º 7, n.º 10, n.º 11, n.º 13, n.º 15, n.º 16, n.º 18 todas sobre la libre circulación de trabajadores sobre la libre circulación de trabajadores y relativas respectivamente a República Checa, Estonia (D.O.U.E L 236 de 23 de septiembre de 2003, p. 975), Letonia, Lituania, Hungría, (p. 976) Polonia, Eslovenia, Eslovaquia (p. 977).

⁷² Decisión del Consejo 2004/368 de 30 de marzo de 2004 relativa a la aplicación provisional del Acuerdo sobre la participación de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Hungría, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, en el Espacio Económico Europeo y a la aplicación provisional de cuatro Acuerdos conexos (D.O.U.E L 130 de 29 de abril de 2004), así como el Acuerdo sobre la participación de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Hungría, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, en el Espacio Económico Europeo firmado en Luxemburgo el 14 de octubre de 2003 (D.O.U.E L 130 de 29 de abril de 2004).

todas las modificaciones de los actos adoptados por las instituciones comunitarias incorporados en el EEE, mediante el Acta de Adhesión se incorporan al Acuerdo EEE y forman parte del mismo (artículo 3 del Acuerdo de participación en el EEE). En este sentido se añade, al Anexo V del EEE titulado libre circulación de trabajadores, y bajo un epígrafe titulado período de transición, que los acuerdos establecidos en los Anexos al Acta de Adhesión de 16 de abril de 2003 son aplicables. Además, el procedimiento de adopción y gestión de las cláusulas de salvaguardia previstas en estas disposiciones del Acta de Adhesión son remitidas al procedimiento del artículo 112 EEE que regula las medidas de salvaguardia⁷³. En esta dinámica, se emite una Declaración conjunta de los Estados de la Asociación Europea de Libre comercio sobre la libre circulación de trabajadores que, en esencia, reproduce lo manifestado por los antiguos Estados miembros de la Unión respecto de los nuevos Estados miembros, subrayándose la situación especial de Liechestein, respecto de la residencia de nacionales de otros Estados en el territorio de este país, que ya ha sido objeto de un tratamiento diferenciado en el seno del EEE⁷⁴.

b) El acceso a una actividad económica por cuenta ajena de la familia del nacional de un nuevo Estado miembro

En el artículo 11 del Reglamento 1612/68 se prevé que cuando un nacional de un Estado miembro ejerza una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro, su cónyuge y los hijos menores de 21 años a su cargo, tienen el derecho de acceder a cualquier actividad por cuenta ajena en el segundo Estado, incluso aunque no sean nacionales de un Estado miembro. Este derecho se encuentra limitado, como acontecía en el Acta de Adhesión de España y Portugal para las Comunidades Europeas⁷⁵, para aquellos Estados miembros que apliquen, y durante el

⁷³ Acuerdo sobre la participación en el EEE, D.O.U.E L 130 de 29 de abril de 2004, p. 59. A tal efecto se incorpora un Protocolo al Acuerdo sobre el EEE sobre los mecanismos de salvaguardia contenidos en el Acta de Adhesión de 16 de abril de 2003 (artículo 10 del Acuerdo sobre la participación en el EEE).

⁷⁴ Tal y como se expresa en la Decisión 191/1999 de 17 de diciembre de 1999 del Comité Mixto del EEE por la que se modifican los anexos VIII (Derecho de establecimiento) y V (Libre circulación de trabajadores) del Acuerdo EEE (D.O.C.E. L 74 de 15 de marzo de 2001).

⁷⁵ Respecto a la familia del trabajador comunitario se preveía que hasta el 31 de diciembre de 1990, la aplicación del derecho del cónyuge del trabajador y los

tiempo que apliquen, las medidas transitorias comentadas en el apartado anterior, de la siguiente forma.

Los miembros de la familia del trabajador que en el momento de la adhesión residieran en un Estado miembro, tendrán acceso inmediatamente al ejercicio de una actividad económica por cuenta ajena, siempre que el permiso del trabajador no fuera inferior a doce meses. En cambio, los miembros de la familia que residan en un Estado miembro con posterioridad a la fecha de adhesión (pero durante el período de aplicación de las medidas transitorias) tendrán acceso al mercado de trabajo, cuando hubieran residido en el territorio del segundo Estado miembro durante un período mínimo de dieciocho meses. Este derecho se garantiza plenamente a partir del tercer año de su adhesión a la Unión Europea.

En este sentido cabe señalar los siguientes aspectos. En primer lugar que la Directiva 2004/38 de 29 de abril de 2004, modifica, como hemos comentado, la noción de familia prevista en el artículo 10 del Reglamento 1612/68. En consecuencia, el derecho de acceder a una actividad económica por cuenta ajena debería ser garantizado a la pareja del ciudadano de la Unión Europea que hubiera celebrado una unión registrada de acuerdo con la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro receptor concede a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios. En todo caso debiera garantizarse a partir del 30 de abril de 2006 fecha en la que se hará efectiva la derogación del artículo 10.

A partir de la misma fecha se dispone que los miembros de la familia del ciudadano de la Unión, independientemente de su nacionalidad que se beneficien del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente en otro Estado miembro, tendrán derecho a trabajar por cuenta pro-

hijos menores de 21 años a acceder a una actividad económica por cuenta ajena quedaba, de acuerdo con el artículo 11 del Reglamento 1612/68, sujeto a las siguientes situaciones: quienes estuvieran instalados con el trabajador español en un Estado miembro antes de la firma del Acta de Adhesión tendrían derecho a acceder a una actividad asalariada desde el momento de la adhesión de España a las Comunidades Europeas; aunque este beneficio podría ser limitado si existieran acuerdos bilaterales previos en tal sentido. La segunda situación se refiere a los miembros de la familia que se instalen con posterioridad a la firma del Acta de Adhesión, en cuyo caso tendrían el derecho a acceder a una actividad económica asalariada si hubieren residido durante un período mínimo de tres años; plazo que disminuía a 18 meses a partir del 1 de enero de 1989 (artículo 57 del Acta de Adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas).

pia o por cuenta ajena en el Estado receptor⁷⁶; y además, todos los ciudadanos de la Unión Europea que residan en otro Estado miembro, y los miembros de sus familias que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, gozarán de igualdad de trato respecto a los nacionales del Estado miembro de acogida⁷⁷. Ello implica a su vez dos aspectos, uno que se refiere a la ampliación de los miembros de la familia que pueden acceder a una actividad económica, que deberá incluir la posibilidad de los ascendientes así como aquellos otros miembros de la familia a los que facultativamente un Estado pudiera conceder un derecho de residencia. El otro aspecto, sería cuestionarse la posible colisión entre las medidas transitorias previstas en el Acta de Adhesión y las disposiciones establecidas en la Directiva 2004/38 de 29 de abril⁷⁸, si bien las referencias a las disposiciones de las Directivas derogadas se entenderán hechas a la Directiva 2004/38⁷⁹.

Finalmente cabe preguntarse si la regulación prevista en el Acta de Adhesión es más restrictiva que la contemplada en los Acuerdos de Asociación celebrados con los países de Europa central y oriental. Especialmente cuando el trabajador acceda a una actividad económica en un Estado miembro después de la adhesión, ya que en los acuerdos europeos, cuyas disposiciones además tienen efecto directo, no se atribuía un período de residencia previo para ejercer tal derecho, plazo que como hemos comentado sí se impone en las medidas transitorias.

Existirían otros aspectos interesantes que escapan estrictamente de la libre circulación de trabajadores pero por su connotación pueden tener relevancia. Tal sería por ejemplo la aplicación de determinada jurisprudencia del TJCE como la que se deriva del asunto D'Hoop, en la que el estatuto de ciudadano europeo parece ser el marco de referencia para una interpretación extensiva del derecho de entrada y residencia con independencia de la situación en la que se encuentre el nacional del Estado miembro⁸⁰. En efecto, en este asunto, el Tribunal vincula el derecho de desplazamiento y

⁷⁶ Artículo 23 de la Directiva 2004/38 de 29 de abril de 2004.

⁷⁷ Artículo 24 de la Directiva 2004/38 de 29 de abril de 2004.

⁷⁸ Como lo cuestiona Kirstyn Inglis, en INGLIS, K.: «The Union's fifth accession Treaty: New means to make enlargement possible», *Common Market Law Review*, 2004, n.º 4, p. 970.

⁷⁹ Artículo 38 de la Directiva 2004/38 de 29 de abril de 2004.

⁸⁰ LIROLA DELGADO, I.: «Los derechos de libre circulación y residencia en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en RUIZ MIGUEL, C. (coord): *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, p. 180.

residencia al estatuto del ciudadano europeo excluyendo la aplicación específica de la libre circulación de trabajadores. En consecuencia el TJCE considera contrario al derecho comunitario la normativa nacional que perjudica a determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercido su libertad de circulación con el fin de cursar estudios en otro Estado miembro⁸¹.

2. El ejercicio de una actividad económica por cuenta ajena y la coordinación de las medidas relativas a la seguridad social

El ejercicio de una actividad económica por cuenta ajena se encuentra garantizado desde el 1 de mayo de 2004, ya que ninguna medida transitoria se establece para la aplicación del segundo título del Reglamento 1612/68. Y por consiguiente la interpretación que realiza el Tribunal de Justicia de sus preceptos, son lógicamente también exigibles desde la misma fecha. De la misma forma las normas comunitarias relativas a la seguridad social también son aplicables desde la fecha de la adhesión.

Ello no obstante tanto, existen ciertas normas que indirectamente pueden afectar al ejercicio efectivo de esta libertad fundamental. Tal sería el ejemplo previsto en el anexo II del Acta de Adhesión que requiere la adaptación de actos de derecho derivado que allí se contemplan. En este sentido, se deben subrayar algunos aspectos interesantes derivados del hecho que algunos nuevos Estados miembros fueran territorios de terceros Estados en la actualidad, especialmente significativo es en relación a Letonia, Lituania, Estonia y Eslovenia. Ello ha supuesto, por ejemplo que, en el ámbito de las directivas sobre reconocimiento de títulos profesionales se habilitan aquéllos que se hubieran obtenido en la antigua Unión Soviética con anterioridad al 20 de agosto de 1991, únicamente si Estonia, Lituania y Letonia dan fe que estos títulos tienen la misma validez legal que los expedidos en estos países y siempre que el beneficiario acredite el ejercicio efecto y lícito de la profesión durante al menos tres años consecutivos en el transcurso de los cinco años anteriores a la expedición del cer-

⁸¹ Se trata de una nacional belga, que habiendo realizado sus estudios secundarios en Francia, solicita en Bélgica una ayuda asistencial (un subsidio de espera) diseñado para los jóvenes que han acabado sus estudios y buscan empleo, la Oficina Nacional de Empleo le niega la asistencia porque el diploma obtenido no es belga (Sentencia del TJCE de 11 de julio de 2002, asunto C-224/98, Marie-Nathalie D'Hoop contra Office national de l'emploi. *Rec.2002*, pp. I-06191 y ss).

tificado. El mismo procedimiento se utiliza para Eslovenia respecto a los títulos profesionales de la antigua Yugoslavia con fecha anterior al 25 de junio de 1991, y a la República Checa y la República Eslovaca con referencia a los obtenidos en la antigua Checoslovaquia, con anterioridad al 1 de enero de 1993.

Respecto a la coordinación de las medidas relativas a la seguridad social, no se prevé derogaciones transitorias respecto a las normas adoptadas por las instituciones comunitarias. En todo caso, en el Anexo II del Acta de Adhesión se perfilan adaptaciones de los reglamentos comunitarios en relación a las normas internas de los nuevos Estados miembros.

IV. CONSIDERACIONES Y REFLEXIONES FINALES

De lo comentado anteriormente se pueden desprender las siguientes reflexiones y consideraciones finales.

En primer lugar, la compleja regulación prevista en el Acta de Adhesión parece obedecer a una necesidad de los antiguos Estados miembros de acaparar el elenco de posibilidades que abarque cualquier contingencia que le permitan hacer frente a una hipotética situación de deterioro de su mercado de trabajo. La posibilidad de aplicar, y suspender la aplicación, del título I del Reglamento, durante un período de siete años acreditan la desconfianza a que existan, en un futuro mediano, situaciones que puedan ocasionar fricciones importantes en el mercado de trabajo de algunos Estados miembros. Ello sin obviar la multiplicidad de regímenes jurídicos de la libre circulación de trabajadores que se podrán contabilizar entre los veinticinco Estados miembros.

En segundo lugar, y con matizaciones, se puede decir que el espejo en donde se reflejan las medidas transitorias es el Acta de Adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas. Sorprende de todas formas la reproducción de estas medidas si las previsiones pesimistas en aquel momento no se tradujeron en un flujo de trabajadores ibéricos a los países comunitarios.

En tercer lugar, y en líneas generales, el régimen contemplado en las medidas transitorias para la libre circulación de trabajadores no difiere demasiado del previsto en los acuerdos europeos. Por ello, y durante el período transitorio, pueden reproducirse las reticencias de algún Estado miembro en aplicar correctamente la diferenciación entre acceso a una

actividad económica y condiciones de ejercicio de la misma. Las dificultades en aplicar correctamente la jurisprudencia Kolpak respecto a los deportistas profesionales así lo atestigua.

Finalmente, conviene señalar, hasta qué punto el régimen jurídico referente a la libre circulación de trabajadores, no puede quedar desbordado por la jurisprudencia comunitaria. Baste recordar por ejemplo, la amplia interpretación de la noción de trabajador asalariado desde la perspectiva del derecho comunitario que, no requiere necesariamente que el trabajo esté debidamente regularizado en el Estado miembro receptor. Este concepto es independiente del precisado en la legislación interna de los Estados miembros y depende exclusivamente del cumplimiento de los criterios explicitados por el TJCE. De la misma forma, el TJCE está concediendo una amplia interpretación de los derechos de entrada y residencia, y demás derechos conexos, que gozan los nacionales de los Estados miembros en tanto que ciudadanos de la Unión. Y ello se produce, en ocasiones, obviando la referencia al régimen específico previsto para la libre circulación de trabajadores.

ACCESION TO THE EUROPEAN UNION AND FREE MOVEMENT OF WORKERS

ABSTRACT: Free movement of workers has been one of the fields that has generated more discussion within the accession process of countries from Central and Eastern Europe that ended on 1 May 2004. This field was already partially regulated by the association agreements concluded during the Nineties with those same countries and has been the object of some recent jurisprudence from the Court of Justice.

In the Act of Accession, a complex regime, lasting for up to seven years, has been established. Basically, the legal regime allows for the suspension in the implementation of Title I of Regulation 1612/68 relating to the free movement of workers for a period of seven years, maximum. The possibility of prorogating such suspension in the implementation in different phases, together with the establishment of certain specific measures of safeguard that allow for the suspension of the implementation of the Regulation once it comes into force, may have as a result the heterogeneous implementation of this freedom among the Member States during a long period of time. Nonetheless, there are doubts about the goals of such regime, taking into account the case-law of the ECJ and the experience of the Act of Accession of Spain and Portugal which have some similarities with the current regime in the field of the free movement of workers.

L'ÉLARGISSEMENT DE L'UNION EUROPÉENNE ET LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

RÉSUMÉ: La libre circulation des travailleurs a été un des aspects le plus débattus au cours de l'adhésion des pays de l'Europe Centrale et Orientale qui s'est achevé le 1er mai 2004. Cette question était déjà partialement traitée aux Accords d'Association conclus avec ces pays pendant les années quatre-vingt dix et elle a été l'objet de jurisprudence de la Cour de Justice.

L'Acte d'adhésion établit un régime complexe qui peut durer, au maximum, sept années dès la date de l'adhésion. Essentiellement, le régime juridique comporte la possibilité de suspendre l'application du Titre I du Règlement 1612/68, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, pendant une période maximale de sept années. L'éventualité de prolonger la suspension de l'application, selon différentes phases, et d'adopter des mesures de sauvegarde spécifiques, qui consentent de suspendre l'application du Règlement après son entrée en vigueur, permet l'application hétérogène de cette liberté entre les Etats membres pour une longue période de temps. Ceci dit, la finalité du régime prévu reste douteuse, spécialement si l'on prend compte de la jurisprudence de la CJCE et de l'expérience préalable de l'Acte d'Adhésion de l'Espagne et le Portugal aux Communautés Européennes dont la régulation de la libre circulation des travailleurs était similaire.