

Capítulo 6

ÁMBITO OBJETIVO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES (I). CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO: IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD

Victoria Rodríguez-Rico Roldán
Universidad de Granada

1. APUNTES INTRODUCTORIOS SOBRE LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA

En la ya clásica diferenciación doctrinal entre el contenido esencial y el instrumental de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea, el primero, que dota de contenido al presente capítulo, implica la prohibición de toda discriminación “por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo” –art. 45.2 TFUE–. Es éste un principio que informa con carácter general al conjunto de las libertades comunitarias¹⁹¹. En el ámbito concreto de la libre circulación de trabajadores, constituye la garantía que dota de efectividad dicha movilidad –a su vez corolario del derecho a trabajar que consagra el art. 15 CDFUE–, al exigir la eliminación de cuantas trabas pudieran imponerse en su articulación. De ahí que constituya uno de los pilares básicos de las políticas sociales y laborales. No en vano, de conformidad con los datos de la Comisión Europea¹⁹², más de dieciséis millones de ciudadanos de la UE viven y trabajan en otro Estado miembro de la Unión Europea, mientras que hace diez años la cifra se reducía a la mitad.

Se trata, en suma, de facilitar a los ciudadanos de la Unión el ejercicio de actividades profesionales en cualquier Estado miembro a través de la prohibición de las medidas que pudieran colocarles en una posición menos favorable. Lo que está en clara conexión con la vocación misma del estatuto de ciudadano de la Unión, esto es, permitir a los nacionales de los Estados miembros que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico.

En este sentido, se ha apuntado que la libre circulación de trabajadores encuentra particulares dificultades, no en cuanto a su reconocimiento en términos jurídicos, para lo que se dispone de instrumentos jurídicos aquilatados y efectivos, pero sí en cuanto a su funcionamiento efectivo, para que los trabajadores realmente circulen por un mercado de trabajo cuyos límites territoriales se han ampliado, y con éstos las oportunidades de ocupación¹⁹³. Desde luego que esa libertad de circulación pasa necesariamente por la garantía de una movilidad sin obstáculos en el territorio de la Unión con el objeto de desempeñar un trabajo. De esta forma, los derechos nacidos de la relación laboral son –deben ser– iguales para todos los ciudadanos de la Unión que presten servicios en un Estado miembro, con independencia de que sean nacionales o no del mismo. Y es que el establecimiento de condiciones desfavorables para los nacionales de otros países de la Unión Europea en relación con las que se aplican a los trabajadores nacionales del país de acogida supondría un determinante factor de disuasión a la movilidad intracomunitaria.

¹⁹¹ El art. 18 TFUE preceptúa que “en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”. Se ha llegado a afirmar que este precepto es el ejemplo de las competencias de la Unión que suponen más una limitación del poder de los Estados que la imposición de un deber de colaboración. MIRANDA BOTO, J. M.: “Las competencias de la Unión Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 92, 2011, p. 83.

¹⁹² *Documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa*, 16 de abril de 2017.

¹⁹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La libre circulación de los trabajadores en el espacio europeo: del Tratado de Roma a la Directiva *Bolkenstein*”, *Relaciones Laborales*, n. 2, 2009, pp. 161-164.

El art. 45 TFUE se opone a cualquier medida que, aunque se aplique sin discriminación por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio por los nacionales de la Unión de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado –STJUE de 6 de octubre de 2016, asunto C-466/15, *Adrien y otros*, ap. 26–. De ahí que toda restricción a la libre circulación de las personas, incluso de escaso alcance o de importancia menor, se entienda comprendida en la prohibición del precepto señalado¹⁹⁴. Aunque, por su tenor literal, las disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores tengan por objeto, en particular, garantizar el derecho al trato nacional en el Estado de acogida, se oponen también a que el Estado de origen obstaculice la libre aceptación y el ejercicio de un empleo por uno de sus nacionales en otro Estado miembro –STJUE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-385/00, *de Groot*, ap. 79–.

La noción de disuasión es clave en la articulación de la libre circulación de trabajadores como principio comunitario. Y ello porque las disposiciones que impiden a un ciudadano de la UE abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen, por definición, un obstáculo a dicha libertad. Se trata, precisamente, de evitar que las medidas nacionales disuadan a los ciudadanos de la Unión de desplazarse a otro Estado miembro para ejercer en él una actividad económica. Así por ejemplo, la STJUE de 21 de enero de 2016, asunto C-673/16, *Comisión c. Chipre*, concluyó que la normativa chipriota sobre pensiones y, en particular, el criterio de la edad en ella contenido *disuadía* a los trabajadores de abandonar su Estado miembro de origen para ejercer una actividad profesional en otro Estado miembro, al perder la posibilidad de percibir, en virtud del régimen nacional de Seguridad Social, una prestación de vejez a la que se tendría derecho si no hubieran aceptado dicho empleo. Ello generaba una desigualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los funcionarios que hubiesen ejercido su actividad en Chipre. El obstáculo a la libre circulación de estos trabajadores era evidente, pues el funcionario menor de cuarenta y cinco años que renunciara a su empleo en la función pública chipriota para ejercer una actividad profesional en un Estado miembro distinto de Chipre percibiría únicamente una cantidad a tanto alzado y perdería sus futuros derechos a pensión, mientras que el funcionario que continuara ejerciendo una actividad profesional en Chipre conservaría tales derechos.

Como puede advertirse, las normas en esta materia se caracterizan por ser principalmente normas de negación, en el sentido de que prohíben cualquier forma de discriminación al objeto de garantizar el acceso al mercado de trabajo y al empleo en igualdad de condiciones. En este sentido, el TJUE ha insistido en la idea de que el conjunto de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación tiene por objeto facilitar a los nacionales de la Unión Europea el ejercicio de todo tipo de actividad profesional en el territorio de la Unión, oponiéndose a las medidas que pudieran colocarles en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad en un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen¹⁹⁵.

Los ciudadanos de la Unión disfrutan, así, del derecho a abandonar su Estado miembro para desplazarse a otro y permanecer en él con el fin de ejercer una actividad profesional en igualdad de condiciones que los nacionales del Estado de acogida. Ahora bien, la igualdad no debe entenderse en términos absolutos, pues cada mercado de trabajo cuenta con sus propias especificidades nacionales, lo que genera una dispersión de los marcos regulatorios del contrato de trabajo por diferenciales de tasas de actividad, ocupación y desempleo entre mercados¹⁹⁶.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha advertido reiteradamente que el Derecho primario de la Unión no puede garantizar a un trabajador que su desplazamiento a un Estado miembro distinto de su Estado de origen sea neutro en materia social, puesto que, habida

¹⁹⁴ A título ilustrativo, la STJUE de 31 de mayo de 2017, asunto C-420/15, *U*, determinó la vulneración del principio por parte de Bélgica cuya legislación sancionaba poner en circulación en la vía pública un automóvil no matriculado en el país. El Tribunal de Luxemburgo entendió que, al obligar a un trabajador residente a matricular en dicho Estado miembro un vehículo del que es propietario pero que ya está matriculado en otro Estado miembro y destinado esencialmente a ser utilizado en el territorio de este último, se imponía un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores.

¹⁹⁵ Entre otras, SSTJUE de 22 de junio de 2017, asunto C-20/16, *Bechtel*, ap. 37; de 13 de julio de 2016, asunto C-187/15, *Pöpperl*, ap. 23; y de 10 de marzo de 2011, asunto C-379/09, *Casteels*, ap. 21.

¹⁹⁶ GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: "La libre circulación de trabajadores: retrospectiva y evoluciones en el contexto europeo actual", en AA. VV.: *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión*, GORELLI HERNÁNDEZ, J. (coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2017, p. 24.

cuenta de las disparidades existentes entre las legislaciones de los Estados miembros, tal desplazamiento puede ser, según los casos, más o menos ventajoso en este aspecto para la persona de que se trate¹⁹⁷. Téngase en cuenta que el principio de no discriminación no solo exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables, sino que también impone que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica.

Lo cierto es que la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad destaca por su amplitud, entiéndase en clave subjetiva y objetiva. De un lado, y así lo ha precisado el Tribunal de Luxemburgo, se halla formulada en unos términos generales, pues no está dirigida específicamente ni a los Estados miembros ni tampoco a los organismos de Derecho público. En la Sentencia de 17 de julio de 2008, asunto C-94/07, *Raccanelli*, ap. 45, el TJUE ha estimado que la prohibición de las discriminaciones por razón de nacionalidad no sólo se impone a la actuación de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a las normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y los contratos entre particulares. Y ello porque la eliminación entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera verse neutralizada por los obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones u organismos que no están sometidos al Derecho público. A modo de ejemplo, la STJUE de 16 de septiembre de 2004, asunto C-400/02, *Merida*, concluyó la vulneración de la libertad fundamental por un convenio colectivo alemán, según el cual el importe de una prestación social como la ayuda económica transitoria, abonada por el Estado miembro de empleo, se calculaba de modo que el impuesto sobre los salarios devengado en dicho Estado era deducido de manera ficticia al determinar la base de cálculo de la ayuda, cuando, de acuerdo con un convenio para evitar la doble imposición, los sueldos, salarios y retribuciones análogas abonadas a los trabajadores que no residían en el Estado miembro de empleo sólo estaban sujetos a imposición en el Estado miembro de residencia de estos últimos.

De otro lado, el principio de no discriminación abarca en su articulación desde el mismo acceso al empleo, hasta aquellas ventajas vinculadas, directa o indirectamente, a la prestación laboral, pasando obviamente por las condiciones de trabajo en sentido estricto. No deja de ser llamativo que el art. 45.2 TFUE destaque de entre todas las condiciones de trabajo las propiamente retributivas, seguramente por tratarse de una materia particularmente sensible frente a los tratos discriminatorios¹⁹⁸.

Los términos que utiliza dicho artículo apenas varían respecto del precepto que originariamente estableció la libre circulación de trabajadores como una de las cuatro libertades sobre las que se basaba el proyecto europeo, en concreto, el art. 48.2 del Tratado de Roma. Por razones obvias, aquella incipiente regulación estaba inserta en la lógica económica que caracterizó los primeros años de integración europea, dedicados a la creación y consolidación de un mercado común en régimen de libre competencia capaz de permitir la circulación de todos los factores económicos y, entre ellos, el trabajo¹⁹⁹. Como se ha recordado, la libre circulación de trabajadores y su fundamento antidiscriminatorio ha estado presente en el Derecho europeo desde sus orígenes, primero como elemento auxiliar o secundario, cuya funcionalidad se limitaba a posibilitar la consecución del primordial objetivo de la cohesión económica, y posteriormente, y cada vez de manera más firme, como principio con sustantividad propia que, en sí mismo considerado, constituye un objetivo²⁰⁰. En todo caso, no puede considerarse que haya abandonado del todo el sentido económico, más bien cuenta con una doble dimensión social y económica. Y es que el principio de no discriminación ha permitido crear las condiciones jurídicas para la

¹⁹⁷ SSTJUE de 13 de julio de 2016, asunto C-187/15, *Pöpperl*, ap. 24 y de 26 de abril de 2007, asunto C-392/05, *Alevizos*, ap. 76.

¹⁹⁸ También es éste el parecer de DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.: "Libre circulación de trabajadores", en AA. VV.: *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. Y MIRANDA BOTO, J. M. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 170.

¹⁹⁹ Aquí radica el germen de la amplia política antidiscriminatoria desarrollada desde el Derecho derivado, desde los Programas o Planes de acción social y también, de manera muy especial, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. SEMPERE NAVARRO, A. V. Y CANO GALÁN, Y.: "Igualdad y no discriminación en la Constitución Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 57, p. 121.

²⁰⁰ BALLESTER PASTOR, I. Y MIÑARRO YANINI, M.: "El derecho a la libre circulación de trabajadores en la Constitución Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 57, 2005, p. 248.

constitución del mercado interno, en el cual la libertad de circulación de los trabajadores se encuentre asegurada. De este modo, se ha tratado de evitar que en el mercado común existiesen distorsiones competenciales y fenómenos de dumping social²⁰¹.

La propia condición de núcleo esencial de la libre circulación de trabajadores que reviste la prohibición de discriminación, funcional a la protección de los derechos de los trabajadores, explica que los escuetos términos del Tratado fundacional sean desarrollados en el Capítulo I del Reglamento (UE) n° 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión²⁰². En concreto, el art. 7.1 de la norma dispone que “en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo”.

La prohibición no sólo afecta a la regulación que pudieran proveer las fuentes heterónomas, pues también la autonomía ya colectiva ya individual queda vinculada por el principio de no discriminación. De hecho, el siguiente apartado del mismo precepto prescribe que “toda cláusula de convenio colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente al acceso al empleo, a la retribución y a las demás condiciones de trabajo y despido, será nula de pleno derecho en la medida en que prevea o autorice condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros”. Como consecuencia de esa nulidad de pleno derecho, el Juez nacional está obligado, sin pedir o esperar a la previa eliminación de la cláusula mediante la negociación colectiva o cualquier otro procedimiento, a aplicar a los miembros del grupo perjudicado por dicha discriminación el mismo régimen que se aplica a los demás trabajadores²⁰³.

2. EL ACCESO IGUALITARIO AL EMPLEO

En las consideraciones anteriores ya se ha apuntado que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad se proclama ampliamente no sólo en relación con las condiciones de trabajo, sino también con el mismo acceso al empleo, ya sea privado o público, en un Estado miembro distinto del de origen. Pues bien, el artículo 45.3 TFUE confiere a los nacionales de los Estados miembros el derecho a circular libremente en el territorio de los demás Estados miembros y a residir en ellos con objeto de buscar empleo. De este modo, los ciudadanos de la Unión que buscan trabajo en otro Estado miembro están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, por consiguiente, tienen derecho a la igualdad de trato regulada en el apartado 2 de dicha disposición. Por su parte, el artículo 1.2 del Reglamento 492/2011 dispone que todo nacional de un Estado miembro de la Unión “se beneficiará en el territorio de otro Estado miembro de las mismas prioridades de los nacionales de dicho Estado en el acceso a los empleos disponibles”, luego las personas que buscan empleo pueden acceder a los servicios públicos de empleo y a las prestaciones financieras de ayuda destinadas a facilitar el acceso al mercado laboral del Estado miembro de acogida²⁰⁴.

No es casual que el Derecho de la Unión haga referencia expresa a la prohibición de discriminación en el ámbito del acceso al empleo, de especial vulnerabilidad desde luego si se tiene en cuenta que el mismo tiende a atestiguar las más frecuentes prácticas discriminatorias. Hay que recordar que los procesos de contratación no son sino manifestación del derecho a la

²⁰¹ LOI, P.: “La movilidad de los trabajadores y del trabajo en el mercado comunitario: entre prohibiciones de discriminación y prohibiciones de restricción de las libertades fundamentales”, *Relaciones Laborales*, n. 15, 2009.

²⁰² A su vez, el art. 4 de la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores, encomienda a cada Estado miembro la designación de una o más estructuras como responsables del fomento, el análisis, la supervisión y el apoyo en el ámbito de la igualdad de trato de los trabajadores de la Unión y los miembros de sus familias, sin discriminación por razón de la nacionalidad ni restricciones y obstáculos injustificados de su derecho a la libre circulación.

²⁰³ STJUE de 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05, *Palacios de la Villa*, ap. 38

²⁰⁴ Comunicación de la Comisión Europea de 13 de julio de 2010: *Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes*.

libertad de empresa, de forma que el empleador cuenta con un amplio margen de decisión. Y, paradójicamente, esta fase previa a la relación laboral se revela como una de las de más difícil control y aplicación de la prohibición de discriminación²⁰⁵.

La libre circulación exige, por tanto, que las condiciones de empleabilidad establecidas para los ciudadanos de la Unión no sean distintas de las previstas para los nacionales del Estado de acogida²⁰⁶, a lo que cabe extender igualmente los incentivos a la contratación²⁰⁷. De ahí que el Reglamento comunitario prohíba la aplicación de las disposiciones legales, reglamentarias o las prácticas administrativas de un Estado miembro que limiten o subordinen a condiciones no previstas para los nacionales la oferta y la demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio por los extranjeros²⁰⁸, o que tengan por finalidad o efecto exclusivo o principal eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de la oferta de empleo. No resulta extraño, pues, que el art. 4 de la norma europea establezca que los ciudadanos de la Unión quedan excluidos de cualquier clase de cupo o porcentaje, de modo que “las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limiten el empleo de extranjeros en número o porcentaje, por empresa, rama de actividad, región o a escala nacional, no serán aplicables a los nacionales de los otros Estados miembros”.

El tema de los cupos ha resultado especialmente problemático en el ámbito del deporte profesional. Fue en el asunto *Bosman* donde por primera vez el TJUE se pronunció sobre las “cláusulas de nacionalidad” aplicadas a todos los encuentros oficiales entre clubes y, por consiguiente, a la parte esencial de la actividad ejercida por los jugadores profesionales. A partir de esta importante Sentencia de 15 de diciembre de 1995, las restricciones hasta entonces referidas a los extranjeros en general deben entenderse circunscritas a los nacionales de Estados no miembros de la Unión –ni del Espacio Económico Europeo–, siendo así que la libre circulación de jugadores en la Unión Europea no tendría más límites que los marcados por el principio de libertad contractual y libertad de empresa que caracterizan el funcionamiento y organización de los clubes deportivos²⁰⁹.

Cabe concluir, pues, que las normas adoptadas por asociaciones deportivas según las cuales, en los partidos de las competiciones por ellas organizadas, los clubes de fútbol sólo pueden alinear un número limitado de jugadores profesionales nacionales de otros Estados miembros resultan contrarias al principio de la libre circulación de trabajadores. En el mismo sentido, se considera que obstaculizan la libertad de circulación las normas dictadas por asociaciones deportivas que prohíben a un club de baloncesto alinear, en los partidos del campeonato nacional, a jugadores procedentes de otros Estados miembros que hayan sido transferidos después de una fecha determinada –STJUE de 13 de abril de 2000, asunto C-176/96, *Lehtonen y Castors Braine*–.

La lógica es la misma que inspira la libertad comunitaria, pues resulta evidente que la existencia de disposiciones nacionales que impidan o disuadan a un trabajador nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen y desplazarse a otro constituyen obstáculos a la libre circulación. Por tanto, la garantía de la libertad comunitaria precisa necesariamente de la inaplicación de cuantas normas nacionales, por discriminatorias, supongan trabas a la movilidad intracomunitaria. No hay que olvidar que el conjunto de disposiciones del TFUE relativas a la libre circulación, así como del Reglamento 492/2011, tienen por objeto facilitar a los nacionales

²⁰⁵ CHARRO BAENA, P. Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, p. 85.

²⁰⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Empleo en la Unión Europea: libre circulación de trabajadores y servicios de empleo", en AA.VV.: *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (dir.), DURÁN BERNARDINO, M. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 223.

²⁰⁷ La STJUE de 13 de diciembre de 2012, asunto C-379/11, *Caves Krier Frères*, declaró contraria al art. 45 TFUE la normativa luxemburguesa que supeditaba la concesión de una ayuda a la contratación de desempleados mayores de cuarenta y cinco años al requisito de que el contratado estuviese inscrito como demandante de empleo en Luxemburgo.

²⁰⁸ Se entienden incluidas aquellas disposiciones que hagan obligatorio el recurso a procedimientos especiales de contratación de mano de obra para los extranjeros, las que limiten o subordinen a condiciones distintas de las que son aplicables a los empresarios que ejercen en el territorio de dicho Estado, la oferta de empleo por medio de la prensa o de cualquier otro modo, así como aquellas que subordinen el acceso al empleo a condiciones de inscripción en las oficinas de empleo u obstaculicen la contratación nominativa de trabajadores, cuando se trate de personas que no residan en el territorio de dicho Estado.

²⁰⁹ MOLINA NAVARRETE, C.: "La ilegalidad sobrevenida de las cláusulas de nacionalidad en el acceso al empleo: los casos del deporte profesional y de la función pública", *La Ley*, 2002, LA LEY 177/2002.

de los Estados miembros el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Unión, al tiempo que se oponen a las medidas nacionales que pudieran colocarles en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro.

En efecto, sería incompatible con el derecho a la libre circulación el que a un trabajador o a un demandante de empleo pudiese aplicársele en el Estado miembro del que no es nacional un trato menos favorable del que disfrutaría si no hubiera hecho uso de las facilidades concedidas por el Tratado en materia de libre circulación. Y es que los ciudadanos de la Unión son titulares del derecho, fundado directamente en el Tratado, de abandonar su país de origen para desplazarse al territorio de otro Estado miembro y permanecer en éste con el fin de ejercer una actividad económica. Ahora bien, el derecho de los trabajadores a ser contratados sin sufrir discriminación debe tener necesariamente como complemento el derecho de los empresarios a contratarlos con arreglo a las normas que rigen en materia de libre circulación de los trabajadores –STJUE de 7 de mayo de 1998, asunto C-350/96, *Clean Car Autoservice*, ap. 20–. No resultaría difícil que estas normas quedaran desvirtuadas si, para escapar de lo dispuesto en ellas, a los Estados miembros les bastara con imponer a los empresarios, para la contratación de un trabajador, requisitos que debería cumplir éste y que, si se le hubieran impuesto directamente, constituirían restricciones al ejercicio del derecho a la libre circulación de trabajadores.

El principio de no discriminación por razón de nacionalidad, como puede advertirse, está configurado para ser invocado respecto a los demandantes de empleo²¹⁰, y no sólo a los trabajadores ya empleados, de forma que les otorga relevancia en términos de protección. Como se ha señalado el reconocimiento de los derechos en el mercado de trabajo supone un decidido avance en la construcción de un estatuto jurídico del demandante de empleo, del ciudadano frente a este mercado, una operación en la que se encuentran inmersos los ordenamientos laborales europeos desde hace algunos años, y que constituye uno de los aspectos más relevantes del desarrollo del Derecho del empleo. Frente a ordenamientos nacionales elaborados para definir el régimen jurídico del trabajador asalariado en el seno del contrato de trabajo, el Derecho europeo presenta ciertas particularidades que le han hecho más sensible hacia este sujeto²¹¹. De ahí que, de conformidad con el art. 5 del Reglamento comunitario, aquellos nacionales de un Estado miembro que busquen empleo en el territorio de otro deben recibir la misma asistencia que la concedida por las oficinas de empleo de aquel Estado a sus propios nacionales demandantes de empleo. En este sentido, el siguiente precepto dispone que la contratación y el reclutamiento de un nacional de un Estado miembro para un empleo en otro no podrá depender de criterios médicos, profesionales u otros discriminatorios en razón de la nacionalidad, con respecto a los aplicados a los nacionales de otro Estado miembro que deseen ejercer la misma actividad²¹². No obstante, el nacional que posea una oferta nominativa hecha por un empresario de un Estado miembro que no sea el suyo propio puede ser sometido a un examen profesional si el empresario lo solicita expresamente en el momento de presentar su oferta.

A título ilustrativo, el TJUE invocó la libre circulación de trabajadores como libertad fundamental y la prohibición de discriminación basada en la nacionalidad para rechazar la práctica del proceso de selección de personal de la Cassa di Risparmio italiana, que sólo permitía que los conocimientos lingüísticos se acreditaran mediante certificado obtenible únicamente en Bolzano, imposibilitando la presentación de cualquier otro medio de prueba equivalente. Las personas que no residían en esta provincia contaban con escasas posibilidades de obtener el diploma, por lo que les resultaba difícil, si no imposible, acceder al empleo en cuestión. Esta conclusión no se vio desmentida por el hecho de que la obligación controvertida afectase tanto a

²¹⁰ La STJUE de 11 de enero de 2007, asunto C-208/05, *ITC*, consideró que la organización del mercado de trabajo o la aptitud del sistema alemán de bonos de intermediación para disminuir el desempleo en Alemania no eran suficientes para justificar la normativa alemana por la que el pago a una agencia privada de colocación de la remuneración que un demandante de empleo adeudaba a la misma quedaba supeditado al requisito de que el empleo procurado estuviese sujeto a cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social en el territorio de dicho Estado

²¹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *op. cit.*

²¹² El Tribunal de Luxemburgo estimó contraria al principio de libre circulación la normativa francesa que reservaba a sus nacionales el nombramiento y la titularización en empleos permanentes de enfermero o enfermera en hospitales públicos. STJUE de 3 de junio de 1986, asunto C-307/84, *Comisión c. Francia*.

los ciudadanos italianos residentes en otras partes del territorio nacional como a los nacionales de los demás Estados miembros, ya que para que una medida pueda calificarse como discriminatoria por razón de la nacionalidad no es necesario que favorezca a la totalidad de los trabajadores nacionales o que perjudique sólo a los trabajadores procedentes de los demás Estados miembros y no a los trabajadores nacionales²¹³.

3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Tras referirse expresamente al empleo y la retribución, el art. 45.2 TFUE prohíbe toda discriminación también con respecto a “las demás condiciones de trabajo”, con una vocación claramente más genérica. Los trabajadores que desarrollan una actividad profesional en un Estado miembro distinto del de origen no pueden recibir, por razón de su nacionalidad, un trato diferente del que se dispensa a los trabajadores nacionales en el territorio del Estado acogida. Es evidente que el Derecho de la Unión no otorga a dichos trabajadores el derecho a reivindicar en el Estado al que se desplazan las condiciones de trabajo de las que disfrutaban en el Estado de origen con arreglo a la legislación nacional de este último. Al no existir en esta materia medidas de armonización a nivel de la Unión, los Estados miembros siguen siendo libres, en principio, para determinar los criterios de aplicación de su legislación, siempre que tales criterios no resulten discriminatorios.

El art. 7.1 del Reglamento comunitario establece que, en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales “en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo”. Por su parte, el apartado cuarto del precepto prescribe coherentemente la nulidad de “toda cláusula de convenio colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente al acceso al empleo, a la retribución y a las demás condiciones de trabajo y despido”, en la medida en que prevea o autorice condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros.

El objetivo del principio de no discriminación no sólo reside en la protección de los trabajadores en otros Estados miembros, sino también en la de los propios trabajadores nacionales del Estado de acogida. Con razón, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha apuntado que el carácter absoluto de esta prohibición tiene por efecto tanto permitir en cada Estado a los nacionales de otros Estados miembros un acceso igualitario al empleo, como garantizar a los nacionales que no sufrirán las consecuencias desfavorables que podrían resultar de la oferta o de la aceptación, por nacionales de otros Estados miembros, de condiciones de empleo o de retribución menos ventajosas que las que están en vigor en el Derecho nacional, por estar prohibida tal oferta o tal aceptación²¹⁴. Se trata de evitar situaciones de dumping interno, esto es, eludir distorsiones competenciales por la existencia, en el mismo mercado de trabajo nacional, de trabajadores tratados de modo diferente, tendencialmente peor²¹⁵.

Cualquier repaso de la jurisprudencia del TJUE permite constatar que el salario o el reconocimiento de los servicios prestados en otro Estado miembro son los motivos que más frecuentemente suscitan controversias en el ámbito de la igualdad de trato y no discriminación. Con respecto a este último, en la STJUE de 15 de octubre de 1969, asunto C-15/69, *Ugliola*, el Tribunal consideró discriminatorio que no fuese computado para los nacionales de otros Estados miembros el tiempo de prestación del servicio militar a efectos de antigüedad en la empresa cuando los mismos períodos satisfechos en el país de empleo sí eran tomados en consideración en beneficio de los trabajadores nacionales. Asimismo, en la STJUE de 23 de febrero de 2006, asunto C-205/04, *Comisión c. España*, el Tribunal estimó que España incumplía las obligaciones del art. 45.2 TFUE al no haber adoptado disposiciones legales en las que se estableciese de forma explícita en la función pública española el reconocimiento a efectos económicos de los servicios prestados en la función pública de otro Estado miembro.

²¹³ STJUE de 6 de junio de 2000, asunto C-281/98, *Angonese*, ap. 41.

²¹⁴ STJUE de 4 de abril de 1974, asunto C-167/73, *Comisión c. República francesa*, ap. 45.

²¹⁵ Loi, P., *op. cit.*

Por otra parte, estimando el recurso de la Comisión, la sentencia del TJUE de 26 de octubre de 2006, asunto C-371/04, declaró que Italia había incumplido las obligaciones derivadas de la libre circulación de los trabajadores al no haber tomado en consideración la experiencia profesional y la antigüedad adquiridas en otro Estado miembro por el trabajador comunitario empleado en la función pública italiana. También es digna de mención la STJUE de 12 de mayo de 2005, asunto C-278/03, *Comisión c. Italia*, en la que se declaró que el Estado italiano había incumplido las obligaciones derivadas de las disposiciones propias de la libre circulación de los trabajadores, al no tener en cuenta o, al menos, al no tener en cuenta de manera idéntica, a efectos de la participación de los ciudadanos de la Unión en los procesos de selección de personal docente para la escuela pública italiana, la experiencia profesional adquirida en actividades docentes según que éstas se hubiesen ejercido en el territorio nacional o en otros Estados miembros.

En síntesis, el principio de igualdad de trato de los trabajadores comunitarios se opone a que los períodos de empleo, en un ámbito de actividad comparable, realizados por uno de dichos trabajadores en un Estado miembro no sean tomados en consideración por la administración de otro Estado miembro a la hora de determinar las condiciones de ejercicio profesional, tales como la retribución, el grado o la carrera, mientras que se tiene en cuenta la experiencia adquirida en la función pública de este último Estado. Por lo tanto, cuando un organismo público de un Estado miembro se propone tomar en consideración las actividades profesionales anteriores ejercidas por los candidatos en una administración pública, dicho organismo no puede efectuar distinciones, respecto a los nacionales comunitarios, en función de que tales actividades hayan sido ejercidas en el Estado miembro al que pertenece dicho organismo o en otro²¹⁶. De manera que sería inadmisibles que un Estado miembro se negase a reconocer la experiencia profesional y la antigüedad adquiridas por ciudadanos de la Unión en el ejercicio de una actividad comparable en una administración pública de otro Estado miembro, sobre la base de que dichos ciudadanos no hubiesen superado un concurso público antes de ejercer su actividad en el sector público de ese otro Estado.

Por lo que respecta al salario, del que forman parte, según la línea extensiva propia del TJUE en este ámbito²¹⁷, no sólo los conceptos legales o convencionales del mismo²¹⁸, sino también las mejoras unilaterales concedidas por el empresario²¹⁹, es lugar común afirmar que el reconocimiento de mejoras retributivas por parte del empresario, en función de ciertos requisitos objetivos, debe extenderse a todos los trabajadores que cumplan los mismos con independencia de su nacionalidad²²⁰.

En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo ha sostenido que el incremento que se paga en concepto de complemento de la retribución atribuida a los trabajadores en régimen de trabajo a

²¹⁶ Téngase en cuenta que, desde la Sentencia de 23 de febrero de 1994, asunto C-419/92, *Ingetraut Scholz*, es consolidada jurisprudencia la que considera que un organismo público de un Estado miembro no puede, cuando va a contratar personal para cubrir puestos que no están reservados a nacionales, tomar en consideración las actividades profesionales anteriores ejercidas por los candidatos en la Administración pública de ese mismo Estado miembro, sin hacerlo también respecto a las actividades desempeñadas por un candidato en la Administración de otro Estado miembro.

²¹⁷ El Tribunal de Luxemburgo ha declarado que el principio de igualdad de trato en materia retributiva quedaría sin efecto si pudiera ser quebrantado por disposiciones nacionales discriminatorias en materia del impuesto sobre la renta. STJUE de 24 de febrero de 2015, asunto C-512/13, *Sopora*, apartado 22.

²¹⁸ Según resolvió la STJUE de 28 de junio de 2012, asunto C-172/11, *Erny*, el art. 45 TFUE se opone a las cláusulas de convenios colectivos y acuerdos individuales por las que un incremento salarial, que el empleador paga en el contexto de un régimen de trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación, debe calcularse de modo que el impuesto sobre los salarios a abonar en el Estado miembro de empleo se deduce de manera ficticia al determinar la base de cálculo de ese incremento, en tanto que, conforme a un Convenio para evitar la doble imposición fiscal, los salarios, retribuciones y percepciones análogas pagados a los trabajadores que no residen en el Estado miembro de empleo están sujetos a imposición en el Estado miembro de residencia de esos trabajadores. La Sentencia concluyó, en definitiva, que el cómputo del impuesto alemán sobre los salarios tenía una incidencia desfavorable en la situación de los trabajadores fronterizos, ya que la deducción ficticia del impuesto al determinar la base de cálculo del incremento desfavorecía a las personas que residían y estaban sujetas a imposición en un Estado miembro distinto de Alemania, en relación con los trabajadores residentes y sujetos a imposición en este Estado.

²¹⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "La libre circulación de los trabajadores comunitarios", *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, n. 1, 1993, p. 133.

²²⁰ Es ya clásica al respecto la STJUE de 12 de febrero de 1974, asunto C-152/73, *Sotgiu*, relativa a una compensación por desplazamiento temporal que el Tribunal de Justicia considera como complemento retributivo.

tiempo parcial previo a la jubilación entra, como componente de la retribución, en el campo de aplicación de las disposiciones relativas a la prohibición de discriminación basada en la nacionalidad –STJUE de 28 de junio de 2012, asunto C-172/11, *Erny*, ap. 38–. Igualmente, la STJUE de 30 de septiembre de 2003, asunto C-224/01, *Köbler*, se pronunció sobre los complementos especiales austriacos por antigüedad, considerándolos contrarios al Derecho de la Unión al constituir una prima de fidelidad. Según el razonamiento esgrimido por el Tribunal de Justicia de la Unión, ese régimen perjudicaba a los trabajadores migrantes nacionales de otros Estados miembros, dado que se les denegaba el reconocimiento de los períodos de servicio que hubiesen cumplido como profesores universitarios en dichos Estados, por la sola razón de que esos períodos no se cubrieron en una Universidad austriaca. Dicha negativa absoluta a reconocer los períodos cumplidos como profesor de Universidad en un Estado miembro distinto de Austria obstaculiza, por tanto, la libre circulación de los trabajadores establecidos en el país, en la medida en que puede disuadirles de abandonarlo para ejercer tal libertad.

En cualquier caso, y como ha matizado el Tribunal de Luxemburgo, el Derecho de la Unión no impide que se produzcan consecuencias desfavorables para la libre circulación de los trabajadores derivadas de las disparidades entre los baremos impositivos de los Estados miembros. Luego habida cuenta de las desemejanzas normativas entre ellos en esta materia, la decisión de un trabajador de invocar su libertad de circulación de acuerdo, en particular, con el artículo 45 TFUE puede, según los casos, resultar más o menos ventajosa o desfavorable para dicho trabajador en el ámbito fiscal²²¹. Así, la STJUE de 15 de septiembre de 2011, asunto C-240/10, *Schulz-Delzers y Schulz*, tras aseverar que “el Tratado no garantiza a un ciudadano de la Unión que el traslado de sus actividades a un Estado miembro que no sea aquel en el que residía hasta entonces sea neutro en materia de tributación”, declara la conformidad con el principio de la igualdad de trato de una disposición de la Ley alemana del impuesto sobre la renta por la que determinados complementos salariales abonados a un funcionario de un Estado miembro que trabaja en otro Estado miembro para compensar una pérdida de poder adquisitivo en el lugar de destino no se tienen en cuenta para determinar el tipo impositivo aplicable en el primer Estado miembro al resto de rendimientos del contribuyente o de su cónyuge, mientras que complementos salariales equivalentes, abonados a un funcionario de ese otro Estado miembro que trabaja en territorio del primer Estado miembro, se toman en consideración para determinar dicho tipo impositivo –aps. 42 y 43–.

4. EL ACCESO A LAS VENTAJAS SOCIALES: LA –AMPLIA– INTERPRETACIÓN DE SU CONTENIDO Y SUS BENEFICIARIOS

Según el art. 7.2 del Reglamento 492/2011, el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro tiene derecho a beneficiarse de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales²²², incluyendo los derechos en materia de alojamiento y, en particular, el acceso a la propiedad de la vivienda que necesite. A tales efectos, podrá, con el mismo derecho que los nacionales, inscribirse en las listas de solicitantes de viviendas en la región en la que esté empleado y donde se realicen tales listas –art. 9 del Reglamento–.

Lo cierto es que el acceso al mercado laboral de un Estado miembro, como ha insistido el Tribunal de Luxemburgo²²³, crea el vínculo de integración suficiente en la sociedad de dicho Estado para poder disfrutar del principio de igualdad de trato en el ámbito de las ventajas sociales

²²¹ En la STJUE de 2 de marzo de 2017, asunto C-496/15, *Eschenbrenner*, se concluyó la conformidad con el derecho de la Unión del hecho de que el importe de la indemnización por insolvencia, concedida por un Estado miembro a un trabajador fronterizo que no es sujeto pasivo del impuesto en dicho Estado sobre la renta ni debe tributar por dicha indemnización por insolvencia, se determine deduciendo de la remuneración que sirve de base para calcular la indemnización el impuesto sobre la renta, tal como se aplica en dicho Estado, con el resultado de que ese trabajador fronterizo no reciba, contrariamente a las personas que residen y trabajan en ese mismo Estado, una indemnización que corresponda a su remuneración neta anterior.

²²² Téngase en cuenta que este precepto es aplicable indistintamente tanto a los trabajadores migrantes que residen en un Estado miembro de acogida como a los trabajadores transfronterizos que, pese a ejercer su actividad asalariada en este último Estado miembro, residen en otro. SSTJUE de 15 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-401/15 a C-403/15, *Depesme y Kerrou*, ap. 37, y de 20 de junio de 2013, asunto C-20/12, *Giersch y otros*, ap. 37.

²²³ STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-542/09, *Comisión c. Países Bajos*, ap. 65.

y fiscales. Tal y como se asevera en la STJUE de 18 de junio de 2015, asunto C-9/14, *Kieback*, el hecho de que un Estado miembro no permita a un no residente acogerse a determinadas ventajas fiscales que concede a un residente no es, por regla general, discriminatorio, habida cuenta de las diferencias objetivas entre la situación de los residentes y la de los no residentes, tanto desde el punto de vista de la fuente de los ingresos como de la capacidad contributiva individual o de la situación personal y familiar. Luego sólo podría existir discriminación si, pese a su residencia en Estados miembros diferentes, se comprobara que, respecto al objeto y al contenido de las disposiciones nacionales controvertidas, ambas categorías de sujetos pasivos se hallan en una situación comparable. Ese es el caso, en particular, cuando un sujeto pasivo no residente no obtiene ingresos significativos en su Estado miembro de residencia y percibe la mayor parte de sus ingresos imponibles de una actividad ejercida en el Estado miembro de empleo, de manera que el Estado miembro de residencia no puede concederle las ventajas resultantes de tener en cuenta su situación personal y familiar.

El vínculo de integración señalado líneas arriba resulta, en particular, de la contribución de los trabajadores migrantes a la financiación de las políticas sociales del Estado miembro de acogida a través de las cotizaciones que abonan en virtud de la actividad laboral que en él ejercen. Luego si participan en el sostenimiento financiero de las políticas sociales de dicho Estado, deben igualmente poder beneficiarse de ellas en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales. Converge en este mismo razonamiento el cuarto considerando del Reglamento 492/2011, según el cual, la movilidad de la mano de obra en la Unión ha de ser para el trabajador uno de los medios que le garanticen la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo y facilitar su promoción social, contribuyendo al mismo tiempo a "satisfacer las necesidades de la economía de los Estados miembros".

El Tribunal de Justicia de la Unión, rechazando cualquier interpretación restrictiva²²⁴, ha defendido un concepto amplio de ventajas sociales al sostener que la prohibición de discriminación rige en relación con todas las ventajas que, vinculadas o no a un contrato de trabajo, se reconocen a los trabajadores nacionales por razón de su condición objetiva de trabajadores o por el mero hecho de que tienen su residencia habitual en territorio nacional, por lo que su extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros permite facilitar la movilidad de éstos en el interior de la Unión. En este sentido, se han considerado incluidas en el concepto de ventajas sociales, entre otras, la prestación alemana de crianza²²⁵, los ingresos garantizados a las personas de edad avanzada²²⁶, los subsidios de espera²²⁷, la prestación de ingresos mínimos garantizados²²⁸, o la financiación portátil de Países Bajos²²⁹.

²²⁴ STJUE de 27 de noviembre de 1997, asunto C-57/96, *Meints*, ap. 39.

²²⁵ La STJUE de 18 de julio de 2007, asunto C-213/05, *Geven*, concluyó la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la normativa alemana que excluye a una nacional de otro Estado miembro que reside en este Estado y ejerce una actividad profesional menor -entre tres y catorce horas semanales- en el primer Estado de una ventaja social con las características de la prestación alemana de crianza, basándose dicha exclusión en que dicha persona no tiene en el primer Estado ni su domicilio ni su residencia habitual.

²²⁶ La STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-269/07, *Comisión c. Alemania*, estima que la concesión de la ayuda para ahorro-pensión responde a consideraciones sociales, en concreto, se creó para compensar la disminución futura del nivel de jubilación legal y, a tal fin, se concibe como una ayuda financiera destinada a incentivar a los interesados a constituirse una pensión complementaria durante su vida profesional.

²²⁷ En la STJUE de 15 de septiembre de 2005, asunto C-258/04, *Ioannidis*, se consideró discriminatoria la decisión belga que denegó el subsidio de espera a un nacional griego que buscaba su primer empleo sin estar, como hijo, a cargo de un trabajador migrante residente en Bélgica, por el solo motivo de que el interesado había terminado sus estudios de enseñanza secundaria en Grecia. Según el Tribunal de Justicia, un requisito único relativo al lugar de obtención del diploma de fin de estudios secundarios tiene un carácter "demasiado general y exclusivo", sin que sea "representativo del grado real y efectivo de vinculación entre el solicitante de los subsidios de espera y el mercado geográfico laboral". En el mismo sentido, la STJUE de 25 de octubre de 2012, asunto C-367/11, *Prete*, concluyó la vulneración por parte de la normativa belga del principio de no discriminación, ya que supeditaba el derecho al subsidio de espera a favor de jóvenes que buscan su primer empleo al requisito de que el interesado hubiese cursado al menos seis años de estudios en un centro docente del Estado miembro de acogida. Según el pronunciamiento, dicho requisito impedía tener en cuenta otros datos representativos para demostrar la existencia de un vínculo real entre el solicitante del subsidio y el mercado geográfico laboral en cuestión y, por este motivo, se consideró que iba más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de dicha normativa, a saber, garantizar la existencia de ese vínculo.

²²⁸ STJUE de 20 de junio de 2002, asunto C-299/01, *Comisión c. Luxemburgo*.

²²⁹ STJUE 14 de junio de 2012, asunto C-542/09, *Comisión c. Países Bajos*.

Asimismo, los miembros de la familia de un trabajador migrante son beneficiarios indirectos de la igualdad de trato del art. 7.2 del Reglamento comunitario –STJUE de 14 de junio de 2012, C-542/09, *Comisión c. Países Bajos*–. Dado que la concesión de la financiación de los estudios al hijo de un trabajador migrante constituye para este último una ventaja social, el hijo puede invocar por sí mismo dicho precepto para obtener esta financiación si, conforme al Derecho nacional, la misma se concede directamente al estudiante. No obstante, este beneficio sólo constituye una ventaja social para el trabajador migrante en la medida en que dicho trabajador continúe sufragando los gastos de manutención de su descendiente –STJUE de 20 de junio de 2013, asunto C-20/12, *Giersch y otros*, ap. 39–. Según se colige, el principio de igualdad de trato también está destinado a impedir las discriminaciones efectuadas en perjuicio de los hijos que están a cargo del trabajador, de forma que éstos pueden acogerse al art. 7.2 del Reglamento para obtener una financiación de sus estudios en las mismas condiciones que las que se aplican a los hijos de los trabajadores nacionales. A título ilustrativo, para el TJUE, la supeditación de la concesión de una ayuda económica para estudios superiores a los estudiantes no residentes al cumplimiento del requisito de que su progenitor haya trabajado en Luxemburgo durante un período mínimo e ininterrumpido de cinco años en el momento de solicitar la ayuda económica supone “una restricción que va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo de incrementar el número de titulados superiores dentro de la población residente, en la medida en que esas interrupciones no tienen la entidad suficiente para romper el vínculo de conexión entre el solicitante de la ayuda económica y el Gran Ducado de Luxemburgo” –STJUE de 14 de diciembre de 2016, asunto C-238/15, *Bragança Linares Verruga y otros*, ap. 69–.

Por otra parte, también se ha afirmado que el hijo a cargo de un nacional de un Estado miembro que ejerce una actividad por cuenta ajena en otro, si bien conservando su residencia en el Estado del que es nacional, puede invocar el apartado 2 del art. 7 del Reglamento 492/2011 para obtener una financiación de sus estudios en las mismas condiciones que las que se aplican a los hijos de los nacionales del Estado de empleo y, en particular, sin que se pueda exigir un requisito suplementario relativo a la residencia del hijo²³⁰.

En esta interpretación amplia de los beneficiarios de las ventajas sociales en igualdad de trato respecto a los nacionales del país donde el trabajador presta sus servicios, la Sentencia de 15 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-401/15 y C-403/15, *Depesme y Kerrou*, supuso un paso más. En concreto, se encarga de precisar que pueden resultar amparados por la cláusula de no discriminación del art. 7.2 del Reglamento 492/2011 los hijos del cónyuge del trabajador o de su pareja reconocida por el Derecho nacional, cuando éste asume la manutención del hijo. También se incluyen en aquel principio de forma automática los menores de veintiún años, así como los que, pese a tener más edad, “estén a cargo” de su progenitor. De hecho, el TJUE deja claro en el pronunciamiento recién citado que, superado aquel límite de edad, los hijos del trabajador también pueden gozar de los beneficios sociales que en el Estado de empleo se deriven de la prestación laboral del padre si éste aún los mantiene. Así pues, al concepto de familia que se recoge en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, es al que deben vincularse los miembros que pueden beneficiarse indirectamente de la igualdad de trato con arreglo al Reglamento 492/2011²³¹.

No conviene olvidar que se asiste asimismo a una interpretación extensiva en la misma figura del trabajador que disfruta de las ventajas sociales, ya que se ha reconocido que determinados derechos vinculados a la condición de trabajador se han de garantizar a los trabajadores migrantes

²³⁰ El Tribunal de Justicia de la Unión ha declarado que, en el supuesto de que una legislación nacional no imponga un requisito de residencia a los hijos de los trabajadores nacionales para la financiación de sus estudios, tal requisito debe considerarse como discriminatorio si se exige a los hijos de los trabajadores nacionales de otros Estados miembros. Y ello porque un requisito de esta índole perjudica en particular a los trabajadores fronterizos que, por definición, tienen su residencia en otro Estado miembro en el que residen asimismo por regla general los miembros de su familia. STJUE de 8 de junio de 1999, asunto C-337/97, *Meeusen*.

²³¹ Véase CAMAS RODA, F.: “La prohibición de discriminación en la obtención de ventajas sociales a los familiares de trabajadores que han ejercido su derecho a la libre circulación”, *Trabajo y Derecho*, n. 30, 2017, pp. 74-81.

aunque éstos ya no estén vinculados por un contrato de trabajo –STJUE de 24 de septiembre de 1998, asunto C-35/97, *Comisión c. Francia*, ap. 41–.

En el ámbito de la ayuda a la enseñanza universitaria, se ha considerado por el Tribunal de Luxemburgo que un nacional de un Estado miembro distinto del Estado miembro de acogida que haya ejercido en este último actividades profesionales y que posteriormente emprenda en él estudios universitarios que culminen en una titulación profesional, conserva su condición de trabajador y puede, como tal, invocar el art. 7.2 del Reglamento 492/2011 siempre que exista una relación de continuidad entre la actividad profesional anteriormente ejercida y los estudios cursados. Sin embargo, no se puede exigir el cumplimiento de este requisito a un trabajador migrante que se encuentra en una situación de desempleo involuntario y al que la situación en el mercado de trabajo obliga a someterse a una reconversión profesional –STJUE de 6 de noviembre de 2003, asunto C-413/01, *Ninni-Orasche*, ap. 14–.

5. LA INCIDENCIA DE LOS CONOCIMIENTOS LINGÜÍSTICOS

5.1. MOVILIDAD LABORAL Y CAPACITACIÓN LINGÜÍSTICA

Por razones obvias, la existencia de veinticuatro lenguas oficiales en la Unión –y otro buen número de lenguas regionales y minoritarias– tiene un papel relevante en el ámbito de la libre circulación de trabajadores. No resulta infrecuente que las elevadas tasas de desempleo fueren a muchos jóvenes a salir a otros mercados laborales que demandan conocimientos lingüísticos específicos. Como se ha apuntado²³², los desplazamientos de personas allá donde existe oferta de trabajo supone un aumento en la demanda de las denominadas competencias “portables”, entre las que destaca señaladamente la capacitación lingüística. No parece, pues, casual que el 61 por ciento de los europeos encuestados consideren precisamente que una de las principales ventajas asociadas al aprendizaje de un nuevo idioma radica en la posibilidad de prestar servicios en el extranjero²³³.

El trabajo en escenarios internacionales demanda estas competencias que implican no solo comunicación con personas de diferentes países, sino también flexibilidad y adaptación a otros contextos culturales. Como corolario de la estrecha relación entre multilingüismo y multiculturalismo, la adaptación a nuevas culturas conlleva la asunción de nuevas reglas de comunicación²³⁴.

El dominio de la lengua del país de acogida participa como un factor decisivo en la integración social de la persona, en general²³⁵, pero también en su propia empleabilidad. En este sentido, no faltan estudios que apuntan las menores probabilidades de lograr un empleo con que se topan los trabajadores sin conocimientos del idioma del país al que se desplazan, dada la tendencia de los empleadores a preferir candidatos con los que no median diferencias lingüísticas o culturales²³⁶. Los trabajadores carentes de dichas competencias lingüísticas ven reducidas, así, sus oportunidades en el mercado laboral. Además, se ha denunciado que los problemas lingüísticos afectan en mayor medida a las mujeres que a los hombres²³⁷.

Las competencias en idiomas extranjeros son, pues, de indudable relevancia para acceder a un mercado como el comunitario, en el que se abren numerosas opciones profesionales para los titulados²³⁸. Para los europeos, más que la idea de una gran nación multilingüe y multicultural, el

²³² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Anticipating and matching skills and Jobs*, Ginebra, 2015.

²³³ Eurobarómetro “Los europeos y sus lenguas”, 2012.

²³⁴ MADANI ALAOUI, S.: “Promoting multilingual communicative competence for the labor market”, *European Scientific Journal*, vol. 13, n. 7, 2017, p. 203.

²³⁵ DI PAOLO, A. Y TANSEL, A.: “English skills, labour market status and earnings of Turkish women”, *GLO Discussion Paper Series 319*, Global Labor Organization, 2019, p. 2.

²³⁶ PIERONI, L.; D’AGOSTINO, G. Y LANARI, D.: “The effects of language skills on immigrant employment and wages in Italy”, *MPRA Paper 91725*, University Library of Munich, 2019, pp. 3 y 8.

²³⁷ YAO, Y. Y VAN OURS, J. C.: “Language Skills and Labor Market Performance of Immigrants in the Netherlands”, *CentER Discussion Paper*, Vol. 2015-010, Tilburg, Economics, 2015, p. 14.

²³⁸ COMISIÓN EUROPEA: *Documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa*, COM(2017) 206, de 26 de abril de 2017.

concepto de Unión Europea representa la libertad de viajar, estudiar y trabajar en algunos de los Estados Miembros. Dicha perspectiva de movilidad puede representar la causa por la cual la actitud de los jóvenes europeos es más positiva que la de los adultos tratándose del aprendizaje y uso de lenguas distintas de la materna²³⁹.

No extraña, así, que se haya afirmado que la promoción del plurilingüismo en el sistema educativo constituye una herramienta esencial para el desarrollo de las finalidades de la Unión Europea²⁴⁰, la cual no se comprendería sin su diversidad lingüística y cultural. Desde la Comisión se proyecta una visión para 2025 de una Europa en la que las fronteras no supongan obstáculo para aprender, estudiar e investigar y en la que hablar dos idiomas, además de la lengua materna, sea lo normal. Un continente en el que la gente sienta intensamente su identidad europea, el patrimonio cultural de Europa y su diversidad²⁴¹.

El nivel de conocimientos lingüísticos debe resultar, claro está, proporcional a los cometidos del empleo y ser razonablemente necesario para poder desempeñarlos de manera adecuada. En más y más casos, dichos conocimientos resultan relevantes para una actividad laboral fructífera, fundamentalmente de cara al contacto con clientes, proveedores o autoridades de otro país; a una mayor y mejor comprensión de otras culturas; así como al desplazamiento a otros países. *A sensu contrario*, la insuficiencia o la falta de capacitación lingüística puede llegar a repercutir negativamente en la prestación de servicios. De ahí la relevancia que está asumiendo su acreditación en nuestro tiempo. Según se ha apuntado²⁴², las competencias lingüísticas favorecen un desempeño profesional más experto, completo, colaborativo y básicamente de mayor nivel, al incidir en diversas características del desempeño profesional, tales como la habilidad para realizar actividades especializadas, la habilidad para transferir competencias de un contexto de trabajo a otro, la habilidad para organizar y planificar el trabajo o la habilidad para supervisar a otros.

Las empresas, por tanto, demandan estos conocimientos al operar en sociedades multilingüísticas y competir en mercados globales. De hecho, cuando han sido preguntados sobre las competencias más importantes para futuros graduados –en un plazo de cinco a diez años–, el 40 por ciento de los empleadores del sector industrial se han referido expresamente al conocimiento de idiomas extranjeros²⁴³.

Detrás de las demandas empresariales de conocimiento de otras lenguas, no solo radica la búsqueda de la capacidad de comunicarse en idiomas distintos del propio, sino también la capacidad de desenvolverse en equipos multiculturales –cada vez más frecuentes por otra parte–, así como la adaptación a nuevos contextos. Tal y como se ha expresado con gran acierto²⁴⁴, en el actual panorama europeo de creciente movilidad de ciudadanos para estudiar y trabajar en los países de la Unión, el dominio de idiomas otorga un poder simbólico cada vez más comprobado pues el que presenta dichas competencias tiene la posibilidad de acceder a mejores perspectivas laborales y sociales. No obstante, el conocimiento de lenguas extranjeras aporta otra naturaleza de poder, a saber, el de ver y comprender el mundo bajo distintas miradas. La capacitación lingüística en la vida de un individuo es un camino de apertura hacia los demás, así como al deseo de conocer mejor aquellas personas cuya lengua se está practicando, de comprender su cultura, de intercambiar ideas y establecer vínculos con ellas.

La diversidad lingüística y las habilidades interculturales representan, en definitiva, una importante baza desde el punto de vista de la competitividad y empleabilidad profesional. Y es que las personas que estudian o trabajan fuera de sus países no solo llegan a conocer otro idioma y cultura, sino que además refuerzan competencias transversales altamente valoradas por los empleadores, como pueden ser la adaptación a nuevas situaciones o contextos, así como la

²³⁹ PINHEIRO, J. D.: “El perfil del multilingüismo en la Unión Europea (UE) y la promoción del plurilingüismo”, *Rev. Humanidades*, v. 23, n. 1, 2008, p. 49.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 54.

²⁴¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Reforzar la identidad europea mediante la Educación y la Cultura*, 2017.

²⁴² VEZ, J. M.: “Las lenguas y los sectores productivos en la UE: propuestas en España y Francia”, *Glosas Didácticas*, n. 14, 2005, p. 85.

²⁴³ Eurobarómetro “Percepción empresarial sobre la empleabilidad de los titulados”, 2010.

²⁴⁴ PINHEIRO, J. D., *op. cit.*, p. 51.

resolución de problemas. De ahí que los titulados con experiencia internacional tengan más opciones de prosperar en el mercado de trabajo²⁴⁵.

En el ámbito de la Unión Europea se ha desempeñado una labor encomiable para lograr una mayor conciencia de la importancia de los idiomas en el desarrollo personal y profesional de todo individuo. Desde los años noventa se están desarrollando políticas tendentes a enfatizar esta relevancia como estrategia para lograr más y mejor empleo e impulsar la inclusión social y el crecimiento económico²⁴⁶. En efecto, las instituciones de la Unión no dejan de insistir en la conexión apuntada entre capacitación lingüística y empleabilidad. Señaladamente, la Comunicación de la Comisión Europea “Multilingüismo: una ventaja para Europa y un compromiso compartido” destaca que las competencias lingüísticas e interculturales multiplican las oportunidades de obtener un empleo mejor²⁴⁷. Por su parte, ya en la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente, se consideró la comunicación en lenguas extranjeras como una de las ocho competencias necesarias para la realización y desarrollo personal de toda persona, la ciudadanía activa, la inclusión social y el empleo. En efecto, se ha demostrado que las oportunidades de empleo aumentan con el dominio de al menos una lengua extranjera, señaladamente el inglés²⁴⁸. En todo caso, y siendo cierto que el conocimiento de una segunda lengua es fundamental en el ámbito de las competencias profesionales, no lo es menos que el manejo del inglés está dejando de ser un mérito para convertirse en un requisito básico, imprescindible²⁴⁹. Junto a las competencias lingüísticas en dicho idioma, cada día adquiere mayor valor añadido la formación en un tercer idioma –en el ámbito de la Unión Europea, el alemán parece emerger en la segunda *lingua franca*²⁵⁰–. En este sentido, deviene necesario impulsar una mayor oferta formativa en idiomas, asumido que, si bien el inglés es extremadamente importante, el conocimiento de otras lenguas representa una ventaja competitiva para el candidato que lo acredite²⁵¹. Como es de suponer, las competencias en varios idiomas amplían las posibilidades de comunicación y facilitan el acceso a nueva información, lo que se traduce a la postre en un aumento y mejora de las opciones de empleabilidad.

Es patente, pues, el avance hacia el multilingüismo. Una tendencia ésta trazada desde hace años, pues ya en el Libro Blanco “*Enseñar y aprender. Hacia la sociedad del conocimiento*” de 1995 o en el Consejo Europeo de Barcelona del año 2002, por citar algunos ejemplos, se incidía en el carácter prioritario que ostenta el dominio de un mínimo de dos lenguas distintas de la materna mediante la enseñanza desde una edad muy temprana. En la diferenciación entre el concepto de multilingüismo y el de plurilingüismo se ha apuntado que el primero se aborda como hecho social mientras que el segundo como un hecho personal individual²⁵². De esta forma, el multilingüismo, a cuyo fomento insta el Proyecto Europa 2030²⁵³, es el conocimiento de varias

²⁴⁵ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT: Analytical underpinning for a New Skills Agenda for Europe, 2016.

²⁴⁶ ARAÚJO, L.; DINIS DA COSTA, P.; FLISI, S. Y SOTO CALVO, E.: *Languages and Employability*, Joint Research Centre (European Commission), Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2015, p. 15.

²⁴⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Multilingüismo: una ventaja para Europa y un compromiso compartido*, 2008.

²⁴⁸ ARAÚJO, L.; DINIS DA COSTA, P.; FLISI, S. Y SOTO CALVO, E.: *Languages and Employability*, Joint Research Centre (European Commission), Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2015, pp. 69 y 87.

²⁴⁹ Según el Eurobarómetro “Los europeos y sus lenguas” (2012), el inglés sigue siendo el idioma extranjero más hablado en Europa. El 38 por ciento de los ciudadanos de la Unión afirma tener suficientes competencias en inglés como para mantener una conversación. El 14 por ciento de los europeos afirma conocer el francés o el alemán además de su lengua materna. El español y el ruso completan el grupo de las cinco lenguas más conocidas además de la lengua materna, con un porcentaje del 6 por ciento cada una. Respecto al objetivo de que cada ciudadano de la UE tenga conocimientos de dos idiomas además de su lengua materna, el 28 por ciento de los encuestados afirman hablar dos idiomas extranjeros lo suficientemente bien como para intervenir en una conversación.

²⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA: *Effects on the European Economy of Shortages of Foreign Language Skills in Enterprise (ELAN)*, 2006, p. 11.

²⁵¹ COMISIÓN EUROPEA: *Languages for Jobs. Providing multilingual communication skills for the labour market*, Brussels, 2011. Se llega a concluir la necesidad de valorizar y usar estratégicamente las lenguas de origen de las personas que migran de un país a otro, recalcando la importancia de asegurar opciones de enseñanza de dichas lenguas por parte de las propias personas inmigrantes.

²⁵² PINHEIRO, J. D., op. cit., p. 53.

²⁵³ *Proyecto Europa 2030. Retos y oportunidades*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2010, p. 17.

lenguas o la coexistencia de distintas lenguas en una sociedad determinada, mientras que el enfoque plurilingüe enfatiza el hecho de que conforme se expande la experiencia lingüística de un individuo en los entornos culturales de una lengua, el individuo no guarda estas lenguas y culturas en compartimentos mentales estrictamente separados, sino que desarrolla una competencia comunicativa a la que contribuyen todos los conocimientos y las experiencias lingüísticas y en la que las lenguas se relacionan entre sí e interactúan²⁵⁴.

En todo caso, pese a que la capacitación lingüística supone un importante factor de integración en la sociedad del conocimiento y pese a la correlación positiva entre la adquisición de competencias en idiomas extranjeros y la empleabilidad profesional, lo cierto es que se asiste a un llamativo déficit. Es cierto que los ciudadanos europeos en general muestran una valoración muy positiva del multilingüismo y, en concreto, el 88 por ciento estima muy útil el conocimiento de otras lenguas distintas de la materna, elevándose al 98 por ciento la proporción de europeos que considera que la capacidad de dominar lenguas extranjeras resulta útil para el futuro de sus hijos. Sin embargo, no es menos cierto que tan solo un 54 por ciento de europeos admite poder mantener una conversación en un idioma distinto de su primera lengua²⁵⁵. Esta brecha entre –buenos– propósitos y realidad llama a la reflexión y a la necesidad de impulsar estrategias de formación efectiva al respecto, asumidos los beneficios que la capacitación lingüística despliega no solo en la empleabilidad, sino también, como se verá seguidamente, en el crecimiento económico.

5.2. LA EXIGENCIA DE REQUISITOS LINGÜÍSTICOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

A pesar de todas las bondades recién destacadas, lo cierto es que, en ocasiones, es posible que la cuestión lingüística termine configurándose como un obstáculo a la libre movilidad, ya que la falta de capacitación lingüística del trabajador puede proporcionar al empleador una oportunidad para legitimar una discriminación basada en la nacionalidad en el acceso al empleo²⁵⁶. El propio Reglamento 492/2011, tras disponer que “no serán aplicables las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, ni las prácticas administrativas de un Estado miembro que limiten o subordinen a condiciones no previstas para los nacionales la oferta y la demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio por los extranjeros”, matiza en el art. 3.1 *in fine* que dicha regla no resulta de aplicación a las condiciones relativas a los conocimientos lingüísticos exigidos en razón de la naturaleza del empleo a cubrir. Lo que está en consonancia con el hecho de que las disposiciones del Derecho de la Unión no se oponen a la adopción de una política destinada a defender y promover una o varias de las lenguas oficiales de un Estado miembro –STJUE de 12 de mayo de 2011, asunto C-391/09, *Runevič-Vardyn y Wardyn*, ap. 85–. En efecto, a tenor del art. 3 TUE, apartado 3, párrafo cuarto, y del artículo 22 CDFUE, la Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística. Y de conformidad con el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea, esta ha de respetar la identidad nacional de sus Estados miembros, de la que también forma parte la protección de las lenguas oficiales de estos últimos.

Sin embargo, lo que podría parecer una suerte de puerta entreabierta a la introducción de posibles obstáculos a la libertad comunitaria ha sido matizado por el TJUE a fin de aclarar que el derecho a exigir un determinado nivel de conocimiento de una lengua en función de la naturaleza del puesto de trabajo no puede menoscabar la libre circulación de trabajadores, es decir, en ningún caso puede suponer discriminación en detrimento de nacionales de otros Estados miembros –STJUE de 28 de noviembre de 1989, C-379/87, *Groener*, ap. 19–.

Los requisitos lingüísticos, por tanto, no pueden ir más allá de lo razonable y necesario para el puesto en cuestión, de forma que las exigencias derivadas de las medidas dirigidas a ejercerlo no deben ser desproporcionadas en relación con el fin perseguido. La STJUE de 16 de abril de

²⁵⁴ Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas: aprendizaje, enseñanza, evaluación, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2002.

²⁵⁵ Eurobarómetro “Los europeos y sus lenguas”, 2012.

²⁵⁶ CURRIE, S.: *Migration, Work and Citizenship in the Enlarged European Union*, Routledge, Oxford, 2016, p. 83.

2013, asunto C-202/11, *Las*, determinó que el art. 45 TFUE se opone a una normativa de una entidad federada de un Estado miembro que obliga a todo empresario que tenga su centro de explotación en el territorio de esa entidad –en el caso concreto, región lingüística neerlandesa– a redactar los contratos laborales de carácter transfronterizo exclusivamente en la lengua oficial de dicha entidad federada. Según argumenta el Tribunal de Justicia, tal normativa puede producir un efecto disuasorio en los trabajadores y empresarios que no hablen neerlandés procedentes de otros Estados miembros y constituye, por tanto, una restricción a la libre circulación de los trabajadores. Las partes de un contrato laboral de carácter transfronterizo no dominan necesariamente la lengua oficial del Estado miembro de que se trata, de ahí que la formación de un consentimiento libre e informado entre las partes exige que éstas puedan redactar su contrato en una lengua que no sea la lengua oficial de dicho Estado miembro.

Mientras que el Tribunal de Luxemburgo estimó en la Sentencia de 6 de junio de 2000, asunto C-281/98, *Angonese*²⁵⁷, que la posesión de un título que acredite la superación de un examen de lengua puede constituir un criterio que permite evaluar los conocimientos lingüísticos exigidos, concluyó en cambio en la STJUE de 5 de febrero de 2015, asunto C-317/14, *Comisión c. Bélgica*, que el hecho de exigir que un candidato en un proceso de selección acredite sus conocimientos lingüísticos mediante la presentación de un único tipo de certificado, que sólo expide un determinado organismo belga encargado de organizar los exámenes de lengua en Bélgica, resulta a todas luces desproporcionado.

Por razones obvias, dicha exigencia excluye cualquier toma en consideración del nivel de conocimientos que un título obtenido en otro Estado miembro permite presumir de su titular. Además, aunque se aplica indistintamente a los propios nacionales belgas y a los nacionales de otros Estados miembros, perjudica en realidad a estos últimos si desean presentar su candidatura a un puesto en un servicio local en Bélgica, pues estarían obligados a trasladarse al territorio belga con el único fin de que se evalúen sus conocimientos en el marco de un examen indispensable para la emisión del certificado requerido para la presentación de su candidatura. En definitiva, si bien un empleador puede requerir a un candidato que acredite su conocimiento de idiomas, no puede exigir que dicha certificación sea exclusivamente un único diploma expedido en una sola provincia de un Estado miembro, puesto que dicha práctica resulta discriminatoria.

6. LA DICOTOMÍA DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

A diferencia de lo que la normativa europea prevé en relación a las discriminaciones por razón de sexo, llama la atención que ni el art. 45.2 TFUE ni el Reglamento 492/2011 –más allá de la implícita referencia del art. 3.1– incorporen ninguna categorización sobre los tipos de discriminación por razón de la nacionalidad del trabajador²⁵⁸. No obstante, y así lo ha entendido también el TJUE, no existe óbice para extender a este terreno la prohibición de las discriminaciones denominadas indirectas²⁵⁹. El principio de igualdad de trato del art. 45.2 TFUE veta no sólo las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier otra forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado –entre otras, SSTJUE de 2 de marzo de 2017, asunto C-496/15, *Eschenbrenner*, ap. 35; y de 14 de diciembre de 2016, asunto C-238/15, *Bragança Linares Verruga y otros*, ap. 41–.

²⁵⁷ En el ap. 44 del pronunciamiento, el Tribunal de Justicia sostiene que, si bien puede ser legítimo exigir al candidato conocimientos lingüísticos de un determinado nivel y aun cuando la posesión de un diploma como el certificado puede constituir un criterio que permita evaluar tales conocimientos, "la imposibilidad de acreditarlos de cualquier otro modo y, especialmente, mediante una capacitación equivalente obtenida en otros Estados miembros debe considerarse desproporcionada en relación con el objetivo perseguido".

²⁵⁸ DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.: "La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 92, 2011, p. 272.

²⁵⁹ El precepto prescribe la inaplicación de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, así como de las prácticas administrativas de un Estado miembro que limiten o subordinen a condiciones no previstas para los nacionales la oferta y la demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio por los extranjeros o que, aun siendo aplicables sin acepción de nacionalidad, tengan por finalidad o efecto exclusivo o principal, eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de la oferta de empleo.

Ciertamente, si se tratara de prohibir sin más las manifestaciones directamente discriminatorias fundadas en la nacionalidad, la igualdad de trato quedaría privada de gran parte de su eficacia. A nadie se le escapa que los Estados miembros pueden eludir la prohibición de discriminación condicionando el disfrute de derechos a criterios como la lengua, certificados u otros requisitos que suelen resultar de más difícil cumplimiento para los trabajadores no nacionales.

Así pues, una disposición nacional que exigiera una determinada cualificación sólo obtenible a nivel interno tendría los mismos efectos discriminatorios que una regla que excluyera directamente a los nacionales de cualquier otro Estado miembro, aunque formalmente la primera no incorpora ninguna referencia expresa a la nacionalidad. Lo mismo cabría concluir en relación a cualquier normativa nacional que beneficiase a los trabajadores residentes en el Estado miembro y pusiese, por tanto, en una situación desfavorable a quienes vivieran fuera de sus fronteras. Éstos tendrían altas probabilidades de ser nacionales de otros Estados miembros y, por tanto, a la postre la norma en cuestión daría un trato jurídico distinto según la nacionalidad de los sujetos. En ambos supuestos, se estaría ante normas aparentemente neutras que, sin embargo, colocan a determinadas personas -no nacionales- en una situación de desventaja frente a otras -nacionales-²⁶⁰.

Por tanto, una disposición de Derecho nacional o una cláusula convencional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales e implique, por tanto, el riesgo de perjudicar en particular a los primeros²⁶¹. Algunos ejemplos comunes de discriminación indirecta se encuentran en las situaciones en las que un subsidio concreto está supeditado a un requisito de residencia o los propios requisitos lingüísticos para determinados puestos que, por definición, pueden ser cumplidos más fácilmente por los nacionales que por los no nacionales²⁶².

Con todo, para que una medida pueda calificarse como indirectamente discriminatoria, no es necesario comprobar o indagar la voluntad del sujeto discriminador, sino el resultado producido por la medida discriminatoria, ya que si éste resulta desfavorable para el colectivo tutelado por la norma poco importa que el sujeto que aplique la medida no tuviese intención de producir tal resultado perjudicial²⁶³. En este sentido, no es necesario que favorezca a la totalidad de los nacionales o que perjudique sólo a los nacionales de los demás Estados miembros y no a los propios nacionales -STJUE de 16 de enero de 2003, C-388/01, *Comisión c. Italia*, ap. 14-, como tampoco es preciso comprobar si la disposición controvertida afecta, en la práctica, a un porcentaje considerablemente mayor de trabajadores migrantes. Basta con que se constate que dicha disposición puede producir tal efecto -STJUE de 18 de enero de 2007, asunto C-332/05, *Celozzi*, ap. 27-²⁶⁴.

Según se advierte, el TJUE ha mantenido una interpretación considerablemente amplia de la noción de discriminación indirecta. No adquiere relevancia si un Estado miembro tiene la intención de discriminar a los que no son nacionales, sino que lo decisivo es el efecto de la aplicación de un determinado criterio, bien porque puede ser más fácilmente cumplido por los nacionales, bien porque afecta sustancialmente a los no nacionales²⁶⁵. Los motivos por los que un

²⁶⁰ DAVIES, G.: *Nationality discrimination in the European internal market*, Kluwer Law International, La Haya, 2003, p. 11.

²⁶¹ STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-523/13, *Larcher*.

²⁶² Comunicación de la Comisión Europea de 13 de julio de 2010: *Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes*.

²⁶³ HERVÁS ORTIZ, J. J.: "Contenido sustantivo de la libre circulación de trabajadores: la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el acceso al empleo, las retribuciones y demás condiciones de trabajo", en AA.VV.: *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro*, HERVÁS ORTIZ, J. J. (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 110 y 111.

²⁶⁴ A título ilustrativo, la STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-542/09, *Comisión c. Países Bajos*, concluye la discriminación indirecta que supone la normativa neerlandesa al supeditar la financiación portátil al requisito de que el interesado haya residido en los Países Bajos durante al menos tres de los seis años anteriores a su matriculación para cursar estudios superiores fuera de dicho Estado miembro. Según argumenta el Tribunal de Justicia, el requisito de residencia instaura una desigualdad de trato entre los trabajadores neerlandeses y los trabajadores migrantes que residen en los Países Bajos o que desarrollan su actividad asalariada en este Estado miembro.

²⁶⁵ VAN DER MEI, A. P.: *Free movement of persons within the European Community. Cross-border access to public benefits*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 74 y 75.

trabajador migrante decide hacer uso de su libertad de circulación en la Unión no pueden ser tomados en consideración para apreciar el carácter discriminatorio de una disposición nacional. En efecto, la posibilidad de invocar una libertad tan fundamental como la libertad de circulación de las personas no puede ser limitada por tales consideraciones, de carácter puramente subjetivo –STJUE de 23 de mayo de 1996, asunto C-237/94, *O’Flynn*, ap. 21–.

La prohibición de discriminación indirecta no resulta tan estricta como en el caso de la discriminación directa. Y ello porque tolera una serie de excepciones, en el sentido de que las disposiciones nacionales que afectan fundamentalmente a los no nacionales a menudo persiguen intereses legítimos que merecen protección en el ámbito de la Unión Europea. En concreto, y con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, una medida nacional que puede obstaculizar la libre circulación de los trabajadores –lo cual está, en principio, prohibido por el artículo 45 TFUE–, solo puede justificarse si persigue alguno de los objetivos legítimos establecidos en el Tratado o se justifica por razones imperiosas de interés general. En tal caso, debe ser adecuada para garantizar la consecución del objetivo legítimo y no debe ir más allá de lo que es necesario para alcanzarlo –STJUE de 5 de diciembre de 2013, asunto C-514/12, *Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken*, ap. 36–. Por tanto, la legitimidad del fin perseguido por la medida nacional, la protección del interés general, la adecuación, en el sentido de idoneidad, así como la proporcionalidad aparecen como componentes esenciales en la determinación del carácter justificado de una medida acusada de discriminatoria.

Se desprende de una reiterada jurisprudencia que los motivos de carácter meramente económico no pueden constituir razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado –STJUE de 27 de marzo de 2014, asunto C-322/13, *Grauel Rüffer*, ap. 25–. Sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo ha reconocido que la protección social de los trabajadores y la facilitación de los controles administrativos relacionados con ella constituyen objetivos que forman parte de las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales –STJUE de 7 de octubre de 2010, asunto C-515/08, *dos Santos Palhota y otros*, ap. 47–. Por el contrario, la jurisprudencia comunitaria ha considerado, en el contexto de la justificación basada en las cargas adicionales que derivan de la inaplicación del requisito de residencia, que aunque las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección social que éste desea adoptar, tales consideraciones no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por esta política y, por tanto, no pueden justificar una discriminación en detrimento de los trabajadores migrantes –STJUE de 20 de junio de 2013, asunto C-20/12, *Giersch y otros*, ap. 51–.

La STJUE de 14 de diciembre de 2016, en el asunto C-238/15, *Bragança Linares Verruga y otros*, estimó la discriminación indirecta por razón de nacionalidad que suponía la normativa luxemburguesa en la concesión de ventajas sociales a los estudiantes, no residentes, hijos de trabajadores transfronterizos, no en relación al establecimiento de una duración mínima de trabajo en el país sino a la exigencia de que ese período tuviese que ser ininterrumpido. En concreto, la legislación controvertida supeditaba la ayuda económica para estudios superiores, bien a un requisito de residencia del estudiante en territorio luxemburgués, bien, respecto de los estudiantes no residentes, al requisito de que al menos uno de sus progenitores hubiese trabajado en Luxemburgo durante un período ininterrumpido de al menos cinco años. A criterio del Tribunal de Justicia, la condición exigida para obtener la beca de estudios de que los progenitores de los solicitantes acreditaran un período de carencia para trabajar de carácter ininterrumpido no suponía de forma directa una diferencia de trato entre nacionales luxemburgueses y los que no lo eran, ya que aquella cláusula sólo se aplicaba a los estudiantes no residentes cualquiera que fuese su nacionalidad. La desigualdad se daba propiamente entre los estudiantes residentes y los que no residían en Luxemburgo, lo que podía redundar en un perjuicio para los nacionales de otros Estados miembros en la medida en que los no residentes son, en la mayor parte de los casos, no nacionales.

Como es de suponer, la determinación del carácter indirectamente discriminatorio de las distintas medidas nacionales precisa en todo caso de un análisis *case by case*, valorando las circunstancias de cada supuesto para determinar si la disposición o práctica en cuestión incurre o

no en discriminación indirecta o si, haciéndolo, se da igualmente alguna de las justificaciones permitidas. Precisamente, a la hora de valorar las posibles excepciones de la discriminación indirecta por razón de nacionalidad en el supuesto recién expuesto, si bien el TJUE estima la existencia de un objetivo legítimo -garantizar un elevado nivel de formación de su población residente al estimular el aumento de la proporción de residentes con un título de enseñanza superior-, rechaza sin embargo que el requisito de cinco años ininterrumpidos de trabajo en el momento de solicitud de la ayuda resulte adecuado y necesario para alcanzar dicho objetivo. Según el Tribunal, “una norma como la establecida por la legislación nacional controvertida en el litigio principal, que supedita la concesión de una ayuda económica para estudios superiores a los estudiantes no residentes al cumplimiento del requisito de tener un progenitor que haya trabajado en Luxemburgo durante un período mínimo e ininterrumpido de cinco años en el momento de solicitar la ayuda económica y que no permite que las autoridades competentes concedan esa ayuda cuando, como sucede en el litigio principal, los padres hayan trabajado en Luxemburgo, con solamente unas breves interrupciones, durante un período de tiempo significativo, casi ocho en el caso de autos, anterior al momento en que se formuló esa solicitud, representa una restricción que va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo de incrementar el número de titulados superiores dentro de la población residente, en la medida en que esas interrupciones no tienen la entidad suficiente para romper el vínculo de conexión entre el solicitante de la ayuda económica y el Gran Ducado de Luxemburgo”.

7. CONCLUSIONES

La igualdad de trato constituye una exigencia necesaria en la garantía del derecho a la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Así lo avala su propia consideración ya clásica como núcleo básico de la libertad comunitaria. Según dicho principio, los ciudadanos de la Unión que se desplazan para trabajar en otro Estado miembro deben recibir de este último el mismo trato que dispensa a sus trabajadores nacionales.

Los ciudadanos de la Unión disfrutan, así, del derecho a abandonar su Estado miembro para desplazarse a otro y permanecer en él con el fin de ejercer una actividad profesional en igualdad de condiciones que los nacionales del Estado de acogida. Ahora bien, esta igualdad no debe entenderse en términos absolutos, como consecuencia de las propias particularidades nacionales que presenta el mercado de trabajo de cada Estado miembro. Luego el Derecho de la Unión no garantiza –no puede hacerlo– a un trabajador que su desplazamiento a un Estado miembro distinto de su Estado de origen sea neutro en materia social, puesto que, habida cuenta de las disparidades existentes entre las legislaciones de los Estados miembros, tal desplazamiento puede ser, según los casos, más o menos ventajoso en este aspecto para la persona de que se trate.

La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se articula ampliamente en relación con el acceso al empleo y la fijación de las condiciones de trabajo, al tiempo que implica la participación de las mismas ventajas sociales que los trabajadores nacionales del Estado de acogida. El objetivo es claro, se trata de facilitar a los ciudadanos de la Unión el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la UE, lo que supone la remoción de cuantas medidas nacionales pudieran colocarles en una situación desfavorable en comparación con la disfrutada por los trabajadores nacionales. El Derecho de la Unión se opone, pues, a cualquier medida nacional que pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales. De ahí que toda restricción a la libre circulación de las personas se entienda comprendida en la prohibición del art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Aunque, por su tenor literal, el precepto tiene por objeto garantizar el derecho al trato nacional en el Estado de acogida, se opone también a que el Estado de origen obstaculice la libre aceptación y el ejercicio de un empleo por uno de sus nacionales en otro Estado miembro.

La consolidación de una Europa social pasa, desde luego, por la lucha contra todas las formas de discriminación y, con ella, la promoción de la movilidad y de la inclusión social, en la garantía de sociedades verdaderamente democráticas, cohesionadas y culturalmente diversas. El contenido esencial de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea, relacionado directamente con la protección de los derechos vinculados a la movilidad laboral, ha sido tradicional objeto de atención por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sobre la base de la amplitud objetiva

del principio, son muy numerosos los pronunciamientos relativos a la interdicción de toda discriminación por motivos de nacionalidad, ya sea en su acepción directa o indirecta. En efecto, y pese a la ausencia de categorización normativa expresa al respecto por razón de nacionalidad, se entiende que el principio de igualdad de trato del art. 45.2 TFUE prohíbe no sólo las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier otra forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado.