CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 14 de marzo de 1996 *

1. En el presente recurso la Comisión imputa al Reino de Bélgica el incumplimiento del artículo 48 del Tratado y de los artículos 3 y 7 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad [1] (en lo sucesivo, «Reglamento»).

2. El Reino de Bélgica habría incurrido en dicho incumplimiento al mantener en vigor determinadas normas nacionales que subsidian y favorecen el acceso al empleo de los jóvenes que hayan acabado sus estudios de enseñanza secundaria en un centro docente organizado, subvencionado o reconocido por el Estado belga o por alguna de sus Comunidades. A juicio de la Comisión, ello implica una discriminación encubierta a favor de los jóvenes belgas, pues son quienes mayoritariamente cumplen aquel requisito, y en contra del resto de jóvenes comunitarios a la búsqueda de su primer empleo.

3. En concreto, la demanda solicita al Tribunal que «declare que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 48 del Tratado y de los artículos 3 y 7 del Reglamento nº 1612/68

— al exigir, de una parte, en el artículo 124 del Real Decreto de 20 de diciembre de 1963, reemplazado por el artículo 36 del Real Decreto de 25 de noviembre de 1991 sobre el régimen de desempleo, que los jóvenes trabajadores en busca de su primer empleo hayan terminado sus estudios secundarios en un centro docente subvencionado o reconocido por el Estado belga (o por una de sus Comunidades) para ser beneficiarios de los subsidios de espera, y,

— de otra parte, al incitar, simultáneamente, a los empleadores a que contraten a los beneficiarios de dichos subsidios de desempleo, disponiendo mediante los artículos 81 a 84 de la Ley de 22 de diciembre de 1977 y 2 a 9 del Real Decreto nº 123, de 30 de diciembre de 1982, que el Estado tomará a su cargo, en tales casos, los salarios y cotizaciones sociales correspondientes a aquellos trabajadores, si son parados completos subsidiados».

Las normas nacionales controvertidas

4. Las normas nacionales cuya aplicación simultánea determinaría el incumplimiento

* Lengua original: español.

1 — DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77.

alegado pueden agruparse en dos categorías: las que se refieren al subsidio de espera («allocation d'attente») y las que se refieren a los programas especiales de reabsorción del desempleo.

5. Entre las primeras, el artículo 124 del Real Decreto de 20 de diciembre de 1963 dispuso:

«[...] para poder ser beneficiarios de los subsidios por desempleo, los jóvenes trabajadores en busca de su primer empleo deben necesariamente haber terminado sus estudios del ciclo secundario superior, o del ciclo secundario inferior de formación técnica o profesional, en un centro organizado, reconocido o subvencionado por el Estado».

6. El artículo 36 del Real Decreto de 25 de noviembre de 1991, sobre desempleo, reemplazó al artículo 124 del Real Decreto antes citado, sustituyendo, para aquel tipo de jóvenes, el antiguo «subsidio de desempleo» por el nuevo «subsidio de espera». El texto modificado dispuso:

«1° . Para ser beneficiario de los subsidios de espera, el joven trabajador debe cumplir las siguientes condiciones:

1ª) no estar sujeto a obligaciones escolares;

2ª) a) o bien haber terminado sus estudios del ciclo secundario superior, o del ciclo secundario inferior de formación técnica o profesional, en un centro docente organizado, reconocido o subvencionado por una Comunidad;

b) o bien haber obtenido ante el órgano competente de una Comunidad el diploma, o certificado de estudios, correspondiente a los estudios citados en la letra a);

[...]»

7. En lo que se refiere a la política de desempleo, la Ley de 22 de diciembre de 1977, sobre presupuestos para 1977-1978, incluyó un capítulo titulado «programa de reabsor-

ción del paro» y, bajo la rúbrica de «cuadro especial temporal», dispuso en su artículo 81:

«1. El Estado puede asumir la remuneración y las cotizaciones sociales de los trabajadores que sean contratados por determinados promotores [2] de proyectos que tengan por finalidad tareas de interés colectivo, y que sean reclutados entre los siguientes demandantes de empleo:

1°) los parados completos [3] subsidiados;

2°) los parados completos a quienes se refiere el apartado 5 del artículo 123 del Real Decreto de 20 de diciembre de 1963, sobre el empleo y el paro.

[...]»

8. Según el artículo 87 de la citada Ley, el Office national de l'emploi (Instituto Nacional de Empleo) se encarga del pago de los salarios a este tipo de trabajadores.

9. El Office national de l'emploi es, asimismo, considerado por la Ley como empleador a efectos de la aplicación de las normas fiscales y de seguridad social concernientes a este tipo de trabajadores. El cumplimiento de tales normas —comprendidas las relativas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales— así como de los deberes de afiliación y de cotización, y de las obligaciones fiscales concernientes al Impuesto sobre la Renta, corren, pues, a cargo del Office national de l'emploi, en lo que se refiere a los trabajadores contratados por determinados promotores de proyectos, [4] en el marco del «cuadro especial temporal».

10. Finalmente, el Real Decreto n° 123, de 30 de diciembre de 1982, sobre contratación de parados afectados a determinados proyectos de expansión económica en beneficio de las pequeñas y medianas empresas, dispuso lo siguiente:

«Artículo 2. 1°. El Estado puede asumir, dentro de los límites de los créditos presupuestarios, durante un máximo de dos años, y en la medida precisada por el apartado 2 del artículo 3, las remuneraciones y cotizaciones

2 — Según el Real Decreto de 8 de diciembre de 1978, modificado por el Real Decreto n° 472, de 28 de octubre de 1986, los «promotores de proyectos» podían ser el Estado, las provincias, las aglomeraciones, las federaciones o agrupaciones de municipios, los municipios, los establecimientos públicos que dependen de todos ellos, los organismos de interés público y las asociaciones sin fines lucrativos.

3 — Por «parado completo» hay que entender, según la normativa belga, el desempleado que no está vinculado por ningún contrato de trabajo. Si media tal vinculación, pero la ejecución del contrato laboral se encuentra total o parcialmente suspendida (por razones de fuerza mayor, accidente técnico, cierre patronal, etc.) el afectado será sólo «parado temporal».

4 — Tales promotores, pues, no asumen en realidad todas las obligaciones características de los empresarios propiamente dichos.

sociales [5] de los trabajadores a que se refiere el artículo 5, contratados para la realización de un proyecto.

[...]

Artículo 5. Los empleos a que se refiere el presente Real Decreto sólo podrán ser ocupados por los parados completos subsidiados.

A tal efecto se consideran como tales los parados ocupados por los poderes públicos, los trabajadores ocupados en el cuadro especial temporal y los trabajadores contratados en el tercer circuito de trabajo.»

Las normas de derecho comunitario supuestamente vulneradas

11. El artículo 48 del Tratado asegura la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. Su apartado 2 dispone que la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

12. En desarrollo de este principio general, el artículo 1 del Reglamento dispone:

«1. Todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado.

2. En particular se beneficiará en el territorio de otro Estado miembro de las mismas prioridades que los nacionales de dicho Estado en el acceso a los empleos disponibles.»

13. El artículo 3 del Reglamento dispone:

«1. En el marco del presente Reglamento, 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

5 — El porcentaje de salario y cotizaciones sociales que corre a cargo del Estado varía en función de diversos criterios, que el propio Real Decreto, y otros Reales Decretos ulteriores, se encargan de precisar. El porcentaje oscila entre el 50, el 75 y el 100 por ciento, según los casos.

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.

[...]»

14. Finalmente, el artículo 7 del Reglamento dispone:

«1. En el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo.

2. Se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.

[...]»

Consideraciones preliminares sobre la postura de la Comisión

15. Ni el dictamen motivado ni la demanda por incumplimiento permitían deducir con seguridad si la Comisión limitaba el alcance de su recurso tan sólo a los hijos de los trabajadores migrantes; la lectura de la argumentación, puesta en relación con el tenor literal de las peticiones finalmente deducidas, tampoco despejaba totalmente la ambigüedad.

16. La Comisión, en efecto, hacía una referencia expresa a los hijos de los trabajadores migrantes, como categoría de personas bien identificada, cuando impugnaba el juego simultáneo de las leyes belgas que, de una parte, exigen un título de enseñanza secundaria obtenido en un centro docente de Bélgica, como condición para obtener el subsidio de espera, y, de otra parte, dispensan un trato de favor, en materia de acceso al empleo, a los jóvenes beneficiarios de dicho subsidio.

17. En su contestación a la demanda el Gobierno belga insistió sobre «el carácter indisociable del acceso al empleo y del derecho a los subsidios de espera», estos últimos, a su juicio, similares a los subsidios de desempleo. Precisamente sobre este «estrecho vínculo» afirmaría más tarde, en el escrito de dúplica, que había basado su defensa.

18. La réplica de la Comisión a la contestación a la demanda introdujo en el debate procesal una cierta clarificación, al afirmar que consideraba «extremadamente importante no mezclar los dos motivos de impugnación, sino, por el contrario, diferenciarlos en lo que se refiere a su contenido, fundamento jurídico y personas afectadas».

19. En este mismo sentido, en respuesta a la pregunta escrita [6] que el Tribunal de Justicia formuló, para mejor proveer, la Comisión repite que «es de la máxima importancia [...] distinguir los dos motivos de impugnación, especialmente en lo que se refiere a la categoría de personas afectadas».

20. La Comisión precisa, por tanto, que sólo el segundo motivo de impugnación (subsidio de espera) se refiere a los hijos de trabajadores migrantes, mientras que el primero de dichos motivos (prioridad en el acceso al empleo) afecta a «todo trabajador, nacional de cualquier Estado miembro en busca de su primer empleo».

21. Me propongo seguir ese mismo esquema argumental, si bien invirtiendo el orden de exposición. Examinaré, pues, en primer lugar, si el subsidio de espera constituye una ventaja social que deba ser reconocida a los hijos de los trabajadores migrantes, con independencia del país donde hubieren finalizado sus estudios de enseñanza secundaria. En segundo lugar, y ya bajo un enfoque más general, como es el propugnado por la Comisión, analizaré el régimen belga de reabsorción del paro juvenil, en relación con los eventuales beneficiarios de aquel subsidio y con la libertad de circulación de los trabajadores.

El subsidio de espera como «ventaja social»

22. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [7] «debe entenderse por "ventajas sociales" todas las ventajas que, con independencia de que estén vinculadas a un contrato de trabajo o no, se reconozcan con carácter general a los trabajadores nacionales en virtud de su condición objetiva de trabajadores o por el solo hecho de residir en el territorio nacional, y cuya extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros parezca, en consecuencia, apropiada para facilitar su movilidad dentro de la Comunidad».

23. A lo largo de los años el Tribunal ha interpretado que tenían la consideración de ventajas sociales a los efectos del apartado

6 — El Tribunal requirió a la Comisión que precisara «si el alcance de los dos motivos de impugnación debe entenderse limitado a los hijos a cargo de los trabajadores migrantes comunitarios establecidos en el territorio belga, siempre que dichos descendientes se hallen a la búsqueda de su primer empleo».

7 — Véanse, entre otras, las sentencias de 27 de mayo de 1993, Schmid (C-310/91, Rec. p. I-3011), y de 27 de marzo de 1985, Hoeckx (249/83, Rec. p. 973).

2 del artículo 7 del Reglamento, por ejemplo, los préstamos sin interés concedidos, con ocasión del nacimiento de un hijo, por una institución crediticia de derecho público, sobre la base de directrices dadas por el Estado y con la ayuda financiera de éste, a familias de ingresos reducidos para favorecer la natalidad; [8] una prestación social que garantiza unos ingresos mínimos a las personas mayores; [9] una prestación social que garantiza, de modo general, un nivel mínimo de subsistencia a aquellos cuyos ingresos son insuficientes y no pueden aumentarlos; [10] la posibilidad para un trabajador migrante de conseguir que la persona con la que convive sin estar casado, y que no posee la nacionalidad del país de acogida, sea autorizada a instalarse con él; [11] una beca para la manutención y la formación destinada a la realización de estudios universitarios que culminen en la obtención de un título de capacitación profesional; [12] las prestaciones en metálico por nacimiento y de maternidad, [13] y las asignaciones para minusválidos. [14]

24. El subsidio de espera que la legislación belga concede a los jóvenes en busca de su primer empleo es, igualmente, una ventaja social, en el sentido que a estos términos da el apartado 2 del artículo 7 del Reglamento. Así lo confirmó, de modo expreso, el Tribunal de Justicia en la sentencia Deak, de 20 de junio de 1985. [15]

25. La cuestión prejudicial suscitada por la Cour de travail de Liège (Bélgica) en el asunto Deak versaba sobre este mismo subsidio, entonces denegado por el Office national de l'emploi al Sr. Deak, joven de nacionalidad húngara e hijo de madre italiana, a su vez trabajadora migrante y residente en Bélgica. El motivo de la denegación del subsidio fue, precisamente, la nacionalidad no comunitaria del joven en busca de su primer empleo.

26. El Tribunal de Justicia, siguiendo las alegaciones de la Comisión, estimó que la negativa de la administración belga a conceder el subsidio no resultaba contraria al Reglamento nº 1408/71 [16] (norma comunitaria sobre la que interrogaba el tribunal belga), pero que, por el contrario, aquel subsidio constituía una ventaja social, según los términos del Reglamento nº 1612/68.

27. El razonamiento mediante el cual la sentencia Deak llegaba a esta conclusión era el siguiente:

— tal como resulta de una jurisprudencia constante, la noción de «ventaja social», prevista por el apartado 2 del artículo 7 del Reglamento nº 1612/68, se refiere a todas aquellas ventajas que, vinculadas o

8 — Sentencia de 14 de enero de 1982, Reina (65/81, Rec. p. 33).

9 — Sentencias de 12 de julio de 1984, Castelli (261/83, Rec. p. 3199), y de 6 de junio de 1985, Frascogna (157/84, Rec. p. 1739).

10 — Sentencias de 27 de marzo de 1985, Hoeckx, citada en la nota 7 *supra*, y Scrivner (122/84, Rec. p. 1027).

11 — Sentencia de 17 de abril de 1986, Reed (59/85, Rec. p. 1283).

12 — Sentencia de 21 de junio de 1988, Lair (39/86, Rec. p. 3161).

13 — Sentencia de 10 de marzo de 1993, Comisión/Luxemburgo (C-111/91, Rec. p. I-817).

14 — Sentencia Schmid, citada en la nota 7 supra.

15 — Asunto 94/84, Rec. p. 1873.

16 — Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98).

no a un contrato de trabajo, se atribuyen a los trabajadores nacionales en virtud de su condición objetiva de tales, o por el solo hecho de residir en el territorio nacional;

— es asimismo jurisprudencia constante [17] que el principio de igualdad de trato en el disfrute de las ventajas sociales, enunciado por el artículo 7 del mismo Reglamento, impide también las discriminaciones en detrimento de los descendientes que estén a cargo de un trabajador;

— un trabajador que desee asegurar a sus hijos los beneficios de las prestaciones sociales previstas en las legislaciones de los Estados miembros para ayudar a los jóvenes en busca de empleo se vería incitado a abandonar el Estado en el que se ha establecido y en el que ha encontrado trabajo, si dicho Estado pudiera denegar a sus hijos, debido a la nacionalidad extranjera de éstos, tales prestaciones.

28. En consecuencia, añadía la sentencia Deak, «según el artículo 7 del Reglamento nº 1612/68, un Estado miembro no puede denegar a los hijos a cargo de un trabajador nacional de otro Estado miembro, y por razón de su nacionalidad extranjera, los subsidios previstos por su legislación en favor de los jóvenes en busca de empleo».

29. Es cierto, como alega el Gobierno belga, que la sentencia Deak no llegó a examinar la exigencia de que los jóvenes en busca de empleo hubieran terminado sus estudios en un centro docente de este país, condición necesaria para gozar del subsidio en cuestión. Tal análisis no era pertinente en el seno de aquel litigio, pues el señor Deak sí había terminado sus estudios secundarios en Bélgica, en un centro docente de aquellas características, y sólo su condición de nacional no comunitario fue, entonces, el motivo de la denegación del subsidio.

30. Lo importante, a mi juicio, es que de la sentencia Deak pueden extraerse dos consecuencias relevantes para el presente recurso:

a) que, sin duda, el subsidio en cuestión es una ventaja social, en el sentido del artículo 7 del Reglamento;

b) que la concesión o la denegación de dicha ventaja a los jóvenes en busca de su primer empleo, descendientes de trabajado-

17 — Sentencias de 30 de septiembre de 1975, Cristini (32/75, Rec. p. 1085), y de 16 de diciembre de 1976, Inzirillo (63/76, Rec. p. 2057).

res comunitarios migrantes, [18] no puede resultar afectada por cuestiones relativas a su nacionalidad.

Sobre la discriminación por razón de nacionalidad en el disfrute de este subsidio

31. Examinadas literalmente, no parecería, en principio, que las normas belgas reguladoras del subsidio de espera contuvieran elementos de discriminación vinculados a la nacionalidad de sus beneficiarios. La designación de éstos se hace por referencia a un factor que, en términos abstractos, resultaría ajeno a la nacionalidad, como es el hecho de que hayan acabado sus estudios en un centro docente organizado, subvencionado o reconocido por el Estado belga o por cualquiera de sus Comunidades.

32. La calificación jurídica de semejantes normas y su contraste con el derecho comunitario exigen, sin embargo, analizar si, bajo esta apariencia de neutralidad, se esconde una discriminación encubierta, por razón de nacionalidad, que perjudique a los trabajadores migrantes y a sus descendientes.

33. Es bien conocida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las discriminaciones por razón de nacionalidad, derivadas de las diferentes normas o prácticas administrativas de los diversos Estados miembros. En síntesis, dicha jurisprudencia reitera que las normas sobre igualdad de trato no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado. [19]

34. En lo que se refiere al objeto del presente recurso, por restricciones objeto de interdicción han de entenderse tanto las directas como las indirectas o encubiertas, esto es, aquellas que, bajo apariencia de neutralidad, favorecen a los jóvenes nacionales en busca de empleo, en tanto que perjudican, correlativamente, a los extranjeros descendientes de trabajadores migrantes, situados en idénticas condiciones de exclusión del mercado de trabajo.

35. Entre los criterios de diferenciación que, aparentemente, prescinden del factor «nacionalidad», pero que en realidad producen efectos discriminatorios para los trabajadores

18 — Es irrelevante que los hijos sean mayores de edad, pues tal como afirma la sentencia de 18 de junio de 1987, Lebon (316/85, Rec. p. 2811), apartado 13, y recuerda la sentencia Schmid, ya citada, los descendientes mayores de edad de un trabajador, que estén a su cargo, pueden ampararse en el derecho a la igualdad de trato garantizada por el apartado 2 del artículo 7, para pretender el beneficio de una prestación social prevista por la legislación del Estado miembro de acogida.

19 — Véase, por todas, la sentencia de 12 de febrero de 1974, Sotgiu (152/73, Rec. p. 153), apartado 11.

migrantes o, en general, para los nacionales de otros Estados miembros, se encuentra el de exigir la residencia de los hijos en el Estado de acogida, como condición necesaria para el disfrute de determinadas ventajas sociales.

36. Semejante condición es contraria al derecho comunitario, razón por la cual el Tribunal de Justicia hubo, incluso, de declarar inválido el apartado 2 del artículo 73 del Reglamento nº 1408/71, que incluía la residencia de los hijos como criterio para determinar la legislación aplicable en materia de ayudas familiares. [20]

37. En el presente caso, si los hijos de los trabajadores migrantes han de terminar sus estudios de enseñanza secundaria en Bélgica, como condición necesaria para el disfrute del subsidio de espera, ello significa que se les está imponiendo, en realidad, una previa obligación de residencia para tener derecho a una ventaja social ulterior.

38. Dicha condición de residencia, además, no sólo se extenderá al último curso de los estudios secundarios —al que de modo directo se refieren las normas belgas en cuestión— sino también, normalmente, a los años académicos precedentes. Pues, por lo general, sólo tendrán posibilidades reales de culminar el ciclo educativo secundario belga los jóvenes que hayan seguido varios cursos previos en un centro docente de dicho país. [21]

39. Según el Gobierno belga, corresponde a la Comisión la carga de la prueba, de modo que ha de demostrar, y no sólo afirmar, que el número de jóvenes belgas que cumplen aquella exigencia es «proporcionalmente mucho más elevado» que el de jóvenes no belgas nacionales de otros Estados miembros.

40. No comparto semejante argumento. Creo, por el contrario, que no hacen falta demasiadas explicaciones, ni demasiados datos estadísticos, para deducir que los estudiantes que acaban sus estudios de enseñanza secundaria en centros docentes situados en Bélgica son, en proporciones mayoritarias, precisamente jóvenes belgas. [22]

41. Si bien es cierto que, en ocasiones, el Tribunal de Justicia ha resuelto litigios sobre

20 — Sentencia de 15 de enero de 1986, Pinna (41/84, Rec. p. 1).

21 — El hecho de que determinados estudiantes en centros docentes belgas sean transfronterizos es, por su propia entidad, prácticamente irrelevante.

22 — Por lo demás, el apartado 1 del artículo 43 del Real Decreto de 25 de noviembre de 1991, relativo a los «trabajadores extranjeros y apátridas» dispone que el artículo 36 (regulador del subsidio de espera) se aplica a los extranjeros sólo en el marco de una convención internacional, además de a los nacionales de los países enumerados en la Ley de 13 de diciembre de 1976, sobre aprobación de acuerdos bilaterales en materia de empleo de trabajadores extranjeros en Bélgica.

supuestas discriminaciones por razón de nacionalidad comparando proporciones de trabajadores nacionales y trabajadores migrantes afectados, [23] o incluso admitiendo pruebas estadísticas, [24] lo habitual es centrarse en el impacto potencialmente desfavorable que las medidas nacionales, en sí mismas consideradas, tengan sobre los no nacionales.

42. A estos efectos se pueden aplicar, por analogía, las mismas consideraciones que el Tribunal de Justicia ha hecho en la sentencia Schumacker, de 14 de febrero de 1995, [25] en relación con otra discriminación también por razón de nacionalidad, encubierta bajo el criterio de la residencia, [26] afirmando que «los no residentes son con mayor frecuencia no nacionales».

43. En estas condiciones, los hijos de trabajadores migrantes que, por razones idiomáticas, familiares o de otra especie, hayan realizado los estudios secundarios en sus respectivos países de origen, y se encuentren a la búsqueda de su primer empleo, verán obstaculizada la reintegración a su familia en el país de acogida de ésta: las posibilidades de obtener trabajo en este último país se reducen considerablemente para ellos, dada la preferencia que, a la hora de obtener puestos de trabajo, ostentan los jóvenes (mayoritariamente belgas) que hayan acabado sus estudios en un centro docente belga y disfruten, por esa razón, del subsidio de espera.

44. El efecto disuasorio respecto de los hijos revierte, como es lógico, hacia sus padres, trabajadores migrantes, que se verán privados de una de las ventajas sociales normalmente dispensadas a las familias belgas en favor de sus hijos. [27] Aquellos trabajadores, cuyos hijos hayan acabado los estudios secundarios en su país de origen y se encuentren a la búsqueda de empleo, tendrán más dificultades para desplazarse a un Estado miembro que niegue a sus descendientes lo que reconoce a los hijos de los trabajadores nacionales: un subsidio de espera que, además, lleva consigo la preferencia cualificada para el acceso a ciertos empleos.

45. Por consiguiente, el contenido de las normas debatidas supone un obstáculo a la libertad de circulación de los trabajadores migrantes en el seno de la Comunidad,

23 — Sentencia de 17 de noviembre de 1992, Comisión/Reino Unido (C-279/89, Rec. p. I-5785), apartado 42.

24 — Sentencia de 7 de julio de 1988, Stanton (143/87, Rec. p. 3877), apartado 9.

25 — Asunto C-279/93, Rec. p. I-225. En el mismo sentido, pero en relación con la exigencia de que las cotizaciones sociales deducibles hubieran sido satisfechas en Bélgica, véanse las sentencias de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249) y Comisión/Bélgica (C-300/90, Rec. p. I-305).

26 — Se trataba de una normativa nacional que establecía una distinción basada en el criterio de la residencia, en el sentido de que negaba a los no residentes determinadas ventajas fiscales que, por el contrario, se conceden a los residentes en el territorio nacional.

27 — El hecho de que parte de los hijos de los trabajadores migrantes puedan haber acabado sus estudios secundarios en Bélgica, por residir allí con sus padres, no afecta a la existencia de la discriminación. Tal como afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1988, Roviello (C-20/85, Rec. p. 2805) la discriminación no queda compensada o eliminada por la circunstancia de que afecte negativamente a algunos, y no a todos, de los trabajadores migrantes.

ya que, bajo una condición aparentemente neutra u objetiva, las normas belgas objeto del recurso vienen a configurar una discriminación por razón de nacionalidad, indirecta o disimulada, primando a sus propios nacionales en detrimento de los hijos de trabajadores migrantes que no hubieren acabado sus estudios de enseñanza secundaria en Bélgica.

Las repercusiones de la sentencia Kuyken sobre este recurso

46. El Gobierno belga ha alegado, desde un principio, que la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de diciembre de 1977, Kuyken, [28] demuestra la adecuación al derecho comunitario de las normas internas impugnadas y la consiguiente ausencia de efectos discriminatorios.

47. El subsidio de desempleo al que se refería la cuestión prejudicial origen de dicha sentencia era el regulado por el artículo 124 del mismo Real Decreto belga de 20 de diciembre de 1963, anteriormente citado. En aquel caso, la denegación del subsidio solicitado por el Sr. Kuyken, súbdito belga que había terminado sus estudios secundarios en Bélgica, fue debida al transcurso de cinco años entre la fecha de la obtención del diploma correspondiente (1971) y la fecha de solicitud del subsidio (1976), período que sobrepasaba el de un año previsto al efecto por la normativa belga.

48. El problema que se planteaba en aquel proceso era saber si los estudios realizados por el Sr Kuyken en Holanda, después de conseguir su diploma belga de enseñanza secundaria, podían asimilarse a los realizados en un centro docente belga y ser tomados en cuenta para el cálculo del plazo exigido por el Decreto de 20 de diciembre de 1963, a efectos de la concesión del subsidio de paro.

49. La sentencia del Tribunal de Justicia declaró, en síntesis, [29] que ni el Tratado ni las disposiciones del Reglamento nº 1408/71 obligan a que los Estados miembros asimilen, a efectos del subsidio de paro en favor de antiguos estudiantes que nunca han realizado trabajo alguno, los estudios terminados en un Estado miembro a los terminados en un centro docente organizado, reconocido o subvencionado por el Estado competente.

50. La sentencia Kuyken enfocó el problema desde la óptica del Reglamento nº 1408/71, a la luz de sus disposiciones en materia de desempleo (artículos 67, 69 y 71). Partiendo de la base de que un estudiante parado, que jamás ha ejercido una actividad salarial, o

28 — Asunto 66/77, Rec. p. 2311.

29 — Véase especialmente su apartado 23.

asimilada, no tiene derecho a las prestaciones por desempleo en su propio país, declara que tampoco puede beneficiarse de los derechos que el Reglamento nº 1408/71 concede.

51. La sentencia, finalmente, niega la aplicación de los artículos 48 a 51 del Tratado a la situación de una persona que, durante su período de estudios en el extranjero, no ha estado afiliada a un régimen de seguridad social organizado en favor de los trabajadores asalariados. [30]

52. Considero que las circunstancias singulares del asunto Kuyken, que determinaron el sentido de la sentencia, no permiten dar por zanjado el presente recurso a favor del Reino de Bélgica.

53. En primer lugar, el Tribunal de Justicia no pudo entonces examinar la cuestión desde la óptica de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus descendientes, pues el Sr. Kuyken no reunía ninguna de ambas condiciones. Es precisamente este último enfoque bajo el cual pretende la Comisión que se examine su actual demanda.

54. En segundo lugar, el Reglamento entonces analizado era el relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores asalariados que se desplacen en el interior de la Comunidad. En este recurso, por el contrario (en lo que se refiere al subsidio en cuanto tal), no se debate la aplicación de una prestación clásica de seguridad social, sino de una «ventaja social», que afectaría sólo a los descendientes a cargo de los trabajadores migrantes.

55. En tercer lugar, no se trata ahora de verificar si la realización de estudios en un Estado miembro debe ser asimilada, o no, a la realización de los estudios en otro Estado miembro, a efectos de determinadas prestaciones por desempleo. Sólo a esta asimilación se refería, precisamente, la parte dispositiva de la sentencia Kuyken.

56. Finalmente, es preciso dejar constancia de que la sentencia Deak, dictada ocho años después de la sentencia Kuyken, amplió el enfoque restringido que en esta última se percibe. Ya he recordado cómo la sentencia Deak no se limitó —a diferencia de la sentencia Kuyken— a negar que el Reglamento nº 1408/71, único sobre el que interrogaba el juez nacional, afectara al demandante, lo que forzaba necesariamente la respuesta negativa a la cuestión prejudicial.

57. Por el contrario, la sentencia Deak avanzó en el análisis de la discriminación por razón de la nacionalidad y declaró que, bajo esta perspectiva, el subsidio de espera belga constituía una «ventaja social» que debía estar abierta a todos los trabajadores y a sus

30 — Apartado 22.

descendientes, sin restricciones basadas en la nacionalidad.

58. Es cierto que el Tribunal de Justicia, en la sentencia Kuyken, había afirmado que «según se deduce de los autos, la condición de haber efectuado un período de estudios en un establecimiento organizado, reconocido o subvencionado por el Estado belga se aplica indistintamente a los nacionales belgas y a los nacionales de los demás Estados miembros». [31]

59. Creo, sin embargo, que, si dicha afirmación se entiende —como pudiera ser razonable— en el sentido de que excluye la existencia de discriminación por razón de la nacionalidad, semejante interpretación debe considerarse corregida ulteriormente por la sentencia Deak. En último extremo, si no se entendiera así, sugiero que el Tribunal de Justicia aproveche este recurso para afirmar de modo expreso que una condición de aquellas características, impuesta a los trabajadores migrantes como condición para obtener una ayuda o ventaja social a favor de sus hijos en busca de empleo, es discriminatoria.

Sobre los programas de reabsorción del desempleo

60. La Comisión, actuando como garante de la libre circulación de los trabajadores, estima que las normas belgas impugnadas, en lo que se refieren a los programas de empleo (esto es, los artículos 81 a 84 de la Ley de 22 de diciembre de 1977, en relación con los artículos 2 a 9 del Real Decreto nº 123, de 30 de diciembre de 1982), resultan contrarias a aquella libertad, pues incitan a los empleadores a contratar preferentemente a beneficiarios de los subsidios previstos en el artículo 36 del Real Decreto de 25 de noviembre de 1991 (subsidios de espera), [32] mayoritariamente ciudadanos belgas.

61. Debo recordar, en este momento, que el objeto del segundo motivo de impugnación se refiere no ya a los hijos de los trabajadores migrantes, sino a todos los jóvenes nacionales de cualquier Estado miembro que se encuentren en busca de trabajo. Así lo ha reiterado con toda claridad la Comisión.

62. Como ya he expuesto al analizar el primer motivo de impugnación, la Comisión en ningún momento pretende que los subsidios de espera belgas estén abiertos a los jóvenes nacionales de todos los Estados miembros: por el contrario, limita su pretensión a los hijos de trabajadores migrantes establecidos en Bélgica. Resulta, sin embargo, que el programa de empleo cuestionado por la Comisión vincula los incentivos estatales al hecho de que las empresas empleen, precisamente, a perceptores de dichos subsidios de espera.

31 — Apartado 21.

32 — La demanda de la Comisión se refiere a estos subsidios con la denominación de «allocations de chômage» (subsidios de desempleo). Así se observa en el apartado 1 y en la formulación final de su pretensión, que coincide con el tenor literal de la petición efectuada en el dictamen motivado.

63. La conjunción de esos dos factores desemboca en una cierta paradoja, pues la Comisión admite que los jóvenes comunitarios (a excepción de los hijos de trabajadores migrantes) queden excluidos del subsidio de espera, pero no de su consecuencia inmediata, que consiste, según la legislación belga, en gozar de determinados incentivos para ser contratados.

64. Si lo que se pretende es evitar un obstáculo general a la libre circulación de quienes no tienen trabajo, parecería más coherente pedir que el subsidio se extendiera a todo tipo de jóvenes en busca de su primer empleo, sean o no hijos de trabajadores migrantes, pues sólo en tal caso tendrían derecho, según la legislación belga, a acceder a los programas especiales de empleo.

65. En otras palabras, si a los beneficiarios del subsidio de espera se les favorece con un determinado incentivo para su contratación, y la Comisión considera este incentivo contrario al derecho comunitario, pero a la vez no quiere que el subsidio se extienda a todo joven comunitario en busca de empleo, quizás lo más coherente sería requerir del Reino de Bélgica un cambio en su legislación, de modo que desvinculara totalmente la concesión del subsidio, de un lado, y los programas especiales de empleo para determinadas empresas o proyectos, de otro.

66. Hay otra paradoja en la tesis de la Comisión, cuando no impugna en bloque la política belga de incentivos a la contratación de los «parados completos subsidiados», sino exclusivamente en la medida en que una categoría de dichos parados está formada por beneficiarios del subsidio de espera, mayoritariamente jóvenes nacionales belgas.

67. La Comisión, insisto, en ningún momento ha sostenido que los incentivos del Estado belga a las empresas para que contraten parados subsidiados, en general, sean contrarios al artículo 48 del Tratado. En el acto de la vista admitió, de modo expreso, la validez del sistema belga de incentivos a la contratación de los «parados completos subsidiados».

68. A partir de esta premisa, y tal como subraya el Gobierno demandado en sus alegaciones, esta segunda paradoja consiste en que los trabajadores comunitarios que hayan acudido a Bélgica para encontrar trabajo, después de haber ejercido una actividad laboral en su propio país, sólo tendrán derecho a las prestaciones inherentes al régimen belga de los «parados completos subsidiados» en la medida en que:

a) o bien cumplan los requisitos temporales de dicho régimen belga, a cuyo efecto la totalización prevista en el artículo 67 del

Reglamento nº 1408/71 les exige que hayan realizado en Bélgica, como último lugar, un previo período de empleo o de aseguramiento; [33]

b) o bien tengan en su propio país un régimen de prestaciones por desempleo similar al belga, y conserven el derecho a éstas en las condiciones y límites restringidos que para la «exportación» de prestaciones prevé el artículo 69 del Reglamento nº 1408/71.

69. De no ser así, como resultará frecuente, tales trabajadores no entran en la categoría de beneficiarios del subsidio por desempleo en Bélgica, y en esa misma medida, al no tratarse de «parados completos subsidiados» según las leyes belgas, su contratación no resulta incentivada. La Comisión, sin embargo, parece admitir esta consecuencia derivada de la aplicación de la normativa interna belga.

70. A mi juicio, la Comisión no ha tenido suficientemente en cuenta que las normas belgas en materia de reabsorción del desempleo, comprendidas en el epígrafe «cuadro especial temporal», de la Ley presupuestaria de 1977-1978, [34] pertenecen a un ámbito como el de la política social y de empleo que, en el estado actual del derecho comunitario, corresponde a la competencia de los Estados miembros, y sobre el que éstos disponen de un amplio margen de apreciación. [35]

71. Cuando una legislación nacional en materia de paro diseña un instrumento normativo específicamente dirigido a la reabsorción de un determinado tipo de desempleo, es lógico que concrete su campo de aplicación personal, circunscribiéndolo al sector profesional o social más necesitado. La elección de esta finalidad y de los medios jurídicos o presupuestarios correspondientes, así como la elección de los sectores beneficiados, corresponde a cada Estado miembro, no existiendo reglas comunitarias que traten de armonizar las disposiciones nacionales sobre esta materia.

72. Existiría una discriminación por razón de nacionalidad, contraria al Tratado, si la legislación belga excluyera de los programas especiales de reabsorción del desempleo a aquellos «parados completos subsidiados» que, establecidos en Bélgica y habiendo cumplido los requisitos necesarios para ser considerados como tales por dicha legislación, fueran extranjeros. Este no es el caso que se plantea en el presente litigio. [36]

33 — No es necesario examinar ahora las dos posibles excepciones a esta regla que contiene el apartado 3 del artículo 67 del Reglamento nº 1408/71, citado en la nota 16.

34 — Véase el apartado 7 *supra*.

35 — Véanse las sentencias de 7 de mayo de 1991, Comisión/Bélgica (C-229/89, Rec. p. I-2205, apartado 22) y de 14 de diciembre de 1995, Megner (C-444/93, Rec. p. I-4741) y Nolte (C-317/93, Rec. p. I-4625).

36 — El Gobierno belga reconoce en su contestación a la demanda (apartado II) que los ciudadanos CEE que hayan ejercido una actividad asalariada en Bélgica son beneficiarios de los subsidios por desempleo, en las mismas condiciones que los nacionales belgas.

73. No creo, sin embargo, que en la actual situación del derecho comunitario, el Gobierno belga esté obligado a «abrir» sus programas especiales de reabsorción del desempleo a cualquier parado, procedente de cualquier Estado miembro, que pretenda encontrar trabajo, si no cumple con los requisitos específicos [37] que la legislación belga impone para definir el concepto de «desempleado» o para establecer las condiciones generales exigibles a los potenciales beneficiarios de aquellos programas.

74. En otras palabras, considero que una legislación nacional puede incentivar, en el marco de programas especiales de reabsorción del desempleo, la contratación preferente de parados pertenecientes a diversas categorías (de larga duración, mayores de una cierta edad, procedentes de procesos de reconversión industrial, etc.) y puede, asimismo, limitar la concesión de tales incentivos a aquellos parados que reúnan unas condiciones objetivas, entre las que cabe la de ser, previamente, beneficiario de unas determinadas prestaciones por desempleo. En la medida en que, para tener acceso a estas últimas, la legislación nacional respete las pautas del Reglamento nº 1408/71, la exclusión resultante no debería reputarse contraria al derecho comunitario.

75. A mi juicio, si los Estados miembros pueden limitar sus prestaciones por desempleo, concediéndolas sólo a aquellos parados que cumplan con los requisitos de los artículos 67 y 69 del Reglamento nº 1408/71, por los mismos motivos (que, en el fondo, afectan al reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros) podrán circunscribir a dicha categoría de parados la concesión de unos beneficios que, en el caso de autos, no son sino una modalidad más de tales prestaciones por desempleo. [38]

76. Esta política social parte del principio de que es preferible utilizar de un modo activo los fondos públicos (incluidos los de la Seguridad Social), aplicándolos a la creación de empleo, en vez de limitarse a su distribución pasiva bajo la forma de entregas [39] en metálico a sus eventuales beneficiarios.

37 — Entre ellos, el transcurso de un determinado período temporal previo de cotización, al que eventualmente se aplicará el sistema de «totalización» comunitaria ya citado.

38 — Como he indicado anteriormente, los incentivos que el Estado belga establece en las normas cuestionadas, para fomentar la contratación de este tipo de parados, implican la asunción, por su parte, de todo o parte del salario y de las cargas sociales correspondientes al empleo de aquéllos.

39 — Se trata, pues, de dar un enfoque positivo y preventivo al seguro de desempleo, mediante medidas que fomenten el aprendizaje, la formación profesional y, en su caso, la reabsorción de los parados, es decir, su reintegración al mundo laboral. El Reglamento (CEE) nº 2084/93 del Consejo, de 20 de julio de 1993, por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº 4255/88 por el que se aprueban las disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) nº 2052/88, en lo relativo al Fondo Social Europeo (DO L 193, p. 39), afirma, en esta misma línea, que «conviene prever la inclusión explícita de las personas amenazadas de exclusión del mercado de trabajo y flexibilizar los criterios de acceso a las ayudas para las categorías que ya pueden optar a ellas; [...] a causa de la gravedad del desempleo, la acción comunitaria [...] se dirigirá con carácter preferente a [...] combatir el desempleo de larga duración y facilitar la inserción profesional de los jóvenes y de las personas expuestas a la exclusión del mercado laboral [...] habida cuenta de los recursos financieros limitados, la lucha contra el paro de larga duración y las acciones de inserción profesional de los jóvenes siguen siendo prioritarias [...] conviene [...] prever una ampliación de dichas acciones, especialmente de las ayudas al empleo que puedan presentarse, por ejemplo, en forma de ayudas a la movilidad geográfica, *a la contratación* y a la creación de actividades independientes [...]» (sin cursivas en el original).

77. Estas medidas pueden tener legítimamente como destinatarios a los mismos desempleados que hasta ese momento se beneficiaban de los subsidios directos, pagados en efectivo, a cargo del sistema de seguridad social. Se trata, pues, de los mismos caudales públicos, dirigidos a las mismas categorías de personas, y con la misma finalidad. Sólo varía el sistema de asignación de fondos que, en el caso presente, se canaliza de modo que el Estado no entrega al trabajador en desempleo el importe del subsidio, sino que lo «invierte», facilitando la creación de un puesto de trabajo que aquél ha de cubrir. [40]

78. Si se admite que, desde el punto de vista comunitario, la asignación de fondos públicos a estas finalidades es válida, y que, por tanto, un Estado puede incentivar la contratación preferente de ciertas categorías de beneficiarios de los subsidios de desempleo, excluyendo a aquellos trabajadores de otros Estados miembros que, a tal efecto, no reúnan las condiciones de los artículos 67 y 69 del Reglamento nº 1408/71, idéntica conclusión habrá que admitir, *a fortiori*, para los jóvenes de otros Estados miembros que hayan terminado sus estudios secundarios y no tengan aún empleo. De otra manera estos últimos tendrían un trato más favorable, en lo que respecta a la libre circulación de trabajadores, que el resultante de aplicar la normativa comunitaria a los parados con una vida laboral previa, perceptores de un seguro de desempleo en su país que se desplazan a otro Estado miembro.

79. Dado que propongo la estimación sólo parcial de las pretensiones de la demanda, corresponde a cada parte abonar sus propias costas, de conformidad con el apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento.

Conclusión

80. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia la estimación parcial del recurso de la Comisión, de modo que:

«1) Declare que el Reino de Bélgica ha infringido los artículos 3 y 7 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la

40 — Es jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia que la calificación de un subsidio como prestación de seguridad social no depende del modo en que sea financiado. En tal sentido, véase la sentencia de 3 de junio de 1992, Paletta (C-45/90, Rec. p. 3423), apartado 18.

libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, al exigir a los hijos de los trabajadores migrantes, como condición para el disfrute de los subsidios de espera previstos en el artículo 36 del Real Decreto de 25 de noviembre de 1991 sobre el régimen de desempleo, que hayan terminado sus estudios secundarios en un centro docente subvencionado o reconocido por el Estado belga o por una de sus Comunidades.

2) Desestime el resto de las pretensiones de la demanda.

3) Condene a cada parte al pago de sus propias costas.»