

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PHILIPPE LEGER

presentadas el 14 de noviembre de 1995 *

1. Una nacional de un Estado miembro, empleada en la embajada de otro Estado miembro en el territorio de un Estado tercero, ¿puede invocar las disposiciones comunitarias relativas al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad? Esta es en sustancia la cuestión sometida por el Bundesarbeitsgericht al Tribunal de Justicia en un litigio cuyo marco fáctico y jurídico es el siguiente.

2. La Gesetz über den Auswärtigen Dienst (Ley alemana sobre el Servicio Exterior; en lo sucesivo, «GAD») establece que el personal del Servicio Exterior alemán está integrado, por una parte, por empleados acreditados del Ministerio y, por otra, por empleados no acreditados. A estos últimos se les denomina «agentes locales».

3. Entre los agentes locales de nacionalidad alemana y los agentes locales que no tienen esta nacionalidad se establece una distinción. Según el artículo 32 de la GAD, la situación jurídica de los agentes locales alemanes se rige por los convenios colectivos (alemanes) y por otras disposiciones (de Derecho alemán) que les son aplicables. Por el contrario, las condiciones de trabajo de los agentes

locales que no sean alemanes, en virtud del artículo 33 de la GAD, «se determinarán en función [...] del Derecho del país receptor teniendo en cuenta la costumbre local. Se les garantizarán condiciones sociales apropiadas teniendo en cuenta la situación local.»

4. La Sra. Boukhalfa, demandante en el litigio principal, está sujeta al régimen establecido por esta última disposición.

5. La Sra. Boukhalfa, nacional belga, está empleada desde el 1 de abril de 1982 en la Embajada de Alemania en Argel, en calidad de agente auxiliar de la oficina de pasaportes. Su contrato de trabajo se celebró en Argel donde residía con anterioridad de forma permanente. Cotiza a la Caja de Pensiones legal alemana¹ y se halla sujeta, por sus ingresos procedentes de los fondos públicos nacionales, a un impuesto limitado a sus ingresos, con arreglo a las disposiciones alemanas.²

1 — Si bien el pago de dichas cotizaciones, como precisó el representante de la República Federal de Alemania en la vista, se efectúa sin base jurídica, en un primer momento por error y, posteriormente, por tolerancia (véase también la nota n.º 7 de las observaciones de la Comisión).

2 — Punto 6 de las observaciones de la Comisión.

* Lengua original: francés.

6. Mediante escrito de 19 de noviembre de 1991, la demandante en el litigio principal protestó contra la aplicación que se le hacía de las normas aplicables a los agentes locales que no son alemanes y reclamó a su empleador, la República Federal de Alemania (en lo sucesivo, «demandada en el litigio principal»), que se le diera el trato reservado a los agentes locales de nacionalidad alemana que, con arreglo al artículo 32 de la GAD, están sujetos a un régimen más favorable instituido por el Convenio Colectivo de 28 de septiembre de 1973 para la regulación de las condiciones de trabajo del personal alemán no acreditado empleado en el Servicio Exterior de la República Federal de Alemania (Convenio Colectivo del Personal en el Extranjero).

7. La República Federal de Alemania denegó esta petición y, en consecuencia, la demandante en el litigio principal recurrió ante el Arbeitsgericht. En apoyo de su recurso, sostuvo que, al aplicársele el trato menos favorable reservado a los agentes locales que no son alemanes, se vulneraba la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, enunciada en el apartado 2 del artículo 48 del Tratado CE y en los apartados 1 y 4 del artículo 7 del Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.³

8. La demandada en el litigio principal solicitó que se desestimara el recurso alegando que la demandante en el litigio principal no

puede invocar las mencionadas disposiciones comunitarias por hallarse este caso fuera del ámbito de aplicación territorial, limitado, con arreglo al artículo 227 del Tratado CE, al territorio de los Estados miembros de la Unión Europea.

9. El órgano jurisdiccional de primera instancia estimó la demanda de la Sra. Boukhalfa, pero el Landesarbeitsgericht, al examinar el recurso de apelación interpuesto por la demandada en el litigio principal, desestimó la demanda. Tras formularse recurso de casación ante él, el Bundesarbeitsgericht estima que la diferenciación entre los agentes locales alemanes y los de nacionalidad extranjera puede estar justificada en Derecho alemán, pero se pregunta si constituye una discriminación por razón de la nacionalidad, contraria al Derecho comunitario.⁴ En consecuencia, dicho órgano jurisdiccional somete al Tribunal de Justicia la cuestión siguiente:

«¿Deben interpretarse el apartado 2 del artículo 48 del Tratado CE y los apartados 1 y 4 del artículo 7 del Reglamento n° 1612/68 en el sentido de que no debe existir una diferencia de trato por razón de la nacionalidad con respecto a las condiciones de trabajo cuando el contrato de trabajo de una nacional belga con residencia permanente en Argelia, que trabaja en la Embajada alemana en Argelia como auxiliar de la oficina de pasaportes, se haya constituido en dicho país y se haya desarrollado allí de forma exclusiva e ininterrumpida?»

3 — DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77.

4 — Véase el punto 1 de la resolución de remisión.

Discusión

Cuestión previa sobre la existencia de discriminación

10. La cuestión que hoy se plantea al Tribunal de Justicia es importante; más allá del marco restringido de la pregunta formulada por el órgano jurisdiccional remitente, la respuesta que dará el Tribunal de Justicia podrá interesar a la totalidad del personal comunitario empleado en un Estado tercero en una representación exterior de un Estado miembro del que no sea nacional.⁵ Por esta razón, la cuestión podría ser reformulada en términos más generales: las disposiciones comunitarias relativas a la libre circulación de los trabajadores y, más en particular, las que prohíben toda discriminación por razón de la nacionalidad en lo que respecta a las condiciones de trabajo, ¿son aplicables a la situación de trabajadores nacionales comunitarios empleados en un Estado tercero en una representación exterior de un Estado miembro del que no sean nacionales?

11. El razonamiento seguido por el órgano jurisdiccional remitente en este asunto se divide en dos partes, de las cuales la segunda no plantea dificultades reales. En primer lugar, se refiere a si las disposiciones comunitarias son aplicables *ratione territorii* a dicha situación. En caso de respuesta afirmativa, será conveniente determinar, en cada situación, si el trabajador de que se trata sufre una situación discriminatoria por razón de su nacionalidad.

12. Para mayor comodidad, examinaré a continuación sucintamente este último punto que, formalmente no forma parte del objeto de la cuestión planteada, con la salvedad que su examen por parte del tribunal remitente sólo tendrá interés si las correspondientes disposiciones comunitarias son *efectivamente* aplicables.

13. El apartado 2 del artículo 48 del Tratado dispone:

«La libre circulación [de los trabajadores] 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.»

14. Los apartados 1 y 4 del artículo 7 del Reglamento n° 1612/68 están redactados en estos términos:

«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

⁵ — Véanse, igualmente en este sentido, las observaciones de la Comisión, puntos 12 y ss.

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 hubiere quedado en situación de desempleo.

[...]

4. Toda cláusula de convenio colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente al acceso al empleo, al empleo, a la retribución y a las demás condiciones de trabajo y despido, será nula de pleno derecho en la medida en que prevea o autorice condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros.»

15. Ambas disposiciones aplican el «derecho fundamental»⁶ de los trabajadores comunitarios a la libre circulación. El apartado 2 del artículo 48 del Tratado especifica, más concretamente, el principio general de prohibición de discriminaciones por razón de la nacionalidad, como está establecido en el artículo 6 del Tratado CE, al conferir a los trabajadores migrantes la igualdad de trato con los nacionales del país de acogida «[...] con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo». Por su parte, el artículo 7 del Reglamento n° 1612/68 recuerda dicho principio general (apartado 1) determinando con precisión, en su apartado 4, que toda cláusula de convenio colectivo

será nula de pleno derecho en la medida en que prevea o autorice condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros.

16. En virtud de estas disposiciones, todo nacional de un Estado miembro, que trabaje en el territorio de otro Estado miembro, debe, pues, ser tratado de la misma forma que los nacionales del Estado miembro de acogida. Por lo tanto, son inaplicables las disposiciones jurídicas o las prácticas administrativas de un Estado que limiten el acceso al empleo y su ejercicio a los extranjeros que sean nacionales de otro Estado miembro, o que los subordinen a requisitos no exigidos a los nacionales.

17. La demandante en el litigio principal es ciertamente un «trabajador nacional de otro Estado miembro» en el sentido de dichos textos y, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este concepto posee un alcance comunitario y no debe dejarse a la apreciación del Derecho interno.⁷ Empleada en calidad de agente auxiliar en la oficina de pasaportes de una Embajada, ejerce actividades reales y efectivas, que constituyen prestaciones que tienen un valor económico cierto en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, en contrapartida de las cuales percibe una retribución.⁸ Además, carece de interés la índole de su relación laboral (sea de

7 — Sentencia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn (41/74, Rec. p. 1337).

8 — Sobre el concepto de trabajador, que el Tribunal de Justicia interpreta en sentido amplio, véanse las sentencias de 21 de junio de 1988, Brown (197/86, Rec. p. 3205), apartado 21, y de 26 de febrero de 1992, Raulin (C-357/89, Rec. p. I-1027), apartado 10.

6 — Véase la exposición de motivos del Reglamento n° 1612/68.

Derecho privado o de Derecho público).⁹ Por lo tanto, la demandante, en su calidad de trabajadora nacional de un Estado miembro, está incluida en el ámbito de aplicación personal de estas disposiciones.

19. Destaco que la existencia de una discriminación, en este caso, no está cuestionada por el apartado 4 del artículo 48 del Tratado, según el cual:

«Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la Administración pública.»

18. Queda, pues, por examinar si la demandante sufre, efectivamente, una discriminación por razón de su nacionalidad, contraria a las disposiciones comunitarias. A este respecto, conforme a la Ley alemana, las condiciones de trabajo de los agentes locales empleados, como la demandante en el litigio principal, en una representación alemana en el extranjero, están sometidas a regímenes diferentes, según se trate de nacionales alemanes o extranjeros.¹⁰ El criterio que origina esta diferencia de trato entre trabajadores sometidos al mismo estatuto es así, claramente, el de la nacionalidad. Si esta diferencia sólo se estableciera entre los agentes locales alemanes y los agentes locales argelinos (o aquellos que tengan la nacionalidad de un Estado tercero de la Comunidad) es evidente que las disposiciones comunitarias relativas a la no discriminación por razón de la nacionalidad no podrían aplicarse. Por el contrario, puesto que esta diferencia se establece, únicamente en razón del criterio de la nacionalidad, entre dos trabajadores nacionales comunitarios que se hallan en la misma situación, constituye indudablemente una discriminación directa por razón de la nacionalidad, contraria al Derecho comunitario.

Aun cuando se considerara que, efectivamente, la demandante en el litigio principal ocupa un empleo en la Administración pública, el Tribunal de Justicia interpreta esta disposición en el sentido de que «[...] no puede justificar, una vez que determinados trabajadores de otros Estados miembros han sido admitidos a ocupar estos empleos, medidas discriminatorias respecto a ellos en materia de retribución o de otras condiciones de trabajo».¹¹

20. De lo que antecede se deduce que, si la situación de la Sra. Boukhalfa debiera regirse por el Derecho comunitario, en principio, ella podría reclamar en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo, alegando que sufre una discriminación directa por razón de su nacionalidad, contraria al Derecho comunitario.

⁹ — Sentencia de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Rec. p. 2121).

¹⁰ — Véanse las disposiciones de la GAD, recordadas en el punto 2 de estas conclusiones.

¹¹ — Sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia (225/85, Rec. p. 2625), apartado 11.

21. Una vez hecha esta observación, es preciso aún cerciorarse de la aplicabilidad de las disposiciones comunitarias a la situación de la demandante en el litigio principal, condición sin la cual no podría establecerse discriminación alguna.

24. A este respecto, debe determinarse si la aplicación del Derecho comunitario está vinculada a un criterio de territorialidad, en el sentido estrictamente geográfico del término. En apoyo de esta tesis, la demandada en el litigio principal invocó ante el órgano jurisdiccional remitente el artículo 227 del Tratado, cuyo apartado 1 está redactado en estos términos:

Aplicabilidad del Derecho comunitario

22. Aquí radica el problema real planteado por este asunto. Toda la dificultad se centra en el elemento de extranjería existente: el hecho de que la relación laboral se sitúe en un país tercero, ajeno a la Unión Europea. Está claro que el problema no se plantearía si se estuviese ante la misma relación laboral, pero localizada en el territorio de uno de los Estados miembros. De este modo, la aplicación de las normas comunitarias a la situación de un trabajador belga empleado en la Embajada de Alemania en Francia, por ejemplo, no suscitara ninguna duda.

«1. El presente Tratado se aplicará al Reino de Bélgica, al Reino de Dinamarca, a la República Federal de Alemania, a la República Helénica, al Reino de España, a la República Francesa, a Irlanda, a la República Italiana, al Gran Ducado de Luxemburgo, al Reino de los Países Bajos, a la República de Austria, a la República Portuguesa, a la República de Finlandia y al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.»

25. ¿Debe verse en esta enumeración de los Estados que son miembros de la Unión Europea, y a los que se aplica el Derecho comunitario, una delimitación meramente geográfica de su ámbito de aplicación?

La extraterritorialidad no excluye la aplicación del Derecho comunitario

23. Por lo tanto, es preciso examinar un primer punto: ¿Basta el hecho de que la relación laboral se ejerza fuera del territorio de la Unión Europea para excluir la aplicación del Derecho comunitario?

26. De entrada señalo que, si se adoptara dicha idea, el Derecho primario y derivado sólo podría aplicarse dentro de las fronteras de cada uno de los Estados miembros. En tal caso, las representaciones exteriores de los países miembros, situadas por definición fuera de este ámbito territorial, serían siempre una especie de esfera «sin Derecho

comunitario». En efecto —y ello no ha sido discutido—,¹² los edificios de una representación exterior no pueden ser considerados como parte del territorio nacional del Estado representado. A lo sumo, dichos locales son inviolables y gozan de inmunidad, de conformidad con los apartados 1 y 3 del artículo 22 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961.¹³ En todo caso, una representación exterior siempre está situada en el territorio del Estado receptor, como subraya el artículo 21 de la mencionada Convención de Viena:

«1. El Estado receptor deberá facilitar la adquisición *en su territorio* de conformidad con sus propias leyes, por el Estado acreditante, de los locales necesarios para la misión o ayudar a éste a obtener alojamiento de otra manera.»¹⁴

27. Sin embargo, no me parece que deba deducirse del texto del artículo 227 del Tratado que el Derecho primario comunitario (y, por extensión, el derivado) tenga un ámbito de aplicación puramente espacial.

12 — Véanse el párrafo segundo del punto 2 de las observaciones de la parte demandante, el punto 3 de las observaciones de la parte demandada, el punto 18 de las observaciones de la Comisión y la p. 7 de la resolución de remisión. Véase, igualmente en este sentido, la doctrina dominante y, por ejemplo, Nguyen Quoc Dinh, Daillier, P., y Pellet, A.: *Droit international public*, 3.ª edición, LGDJ, 1987, apartado 468: «La misión diplomática permanente, calificada generalmente de embajada y, a veces, de delegación, es un servicio público del Estado acreditante *instalado con carácter permanente en el territorio del Estado receptor*» (el subrayado es mío); Thierry, H., Combacau, J., Sur, S., y Vallée, Ch.: *Droit international public*, Manual Domat, editorial Montchrestien, 1975, p. 427: «[...] por definición, la embajada está situada en territorio extranjero».

13 — Recopilación de los Tratados de Naciones Unidas, vol. 500, n.º 7310, p. 95.

14 — El subrayado es mío.

28. En efecto, este artículo se limita a disponer de forma totalmente incompleta y enumerativa que el Tratado CE se aplica a los Estados miembros. Si bien es cierto que el territorio es uno de los elementos constitutivos de la definición clásica del concepto de Estado en el Derecho Internacional Público (y, además, el Reglamento n.º 1612/68 se refiere al territorio de modo casi sistemático en cada uno de sus artículos, y establece que se aplica «en el territorio de otros Estados miembros»¹⁵ o «dentro de la Comunidad»),¹⁶ no es más que uno de los elementos, entre otros, de dicha definición.¹⁷

29. Por otra parte, debe señalarse que en el propio texto del Tratado se hallan disposiciones aplicables fuera del territorio comunitario, en el sentido estrictamente geográfico del término. Así, la Cuarta parte del Tratado CE, relativa a la «Asociación de los países y territorios de Ultramar», establece la aplicación del mismo régimen previsto por el Tratado, por ejemplo, a los intercambios comerciales con los países terceros (artículo 132) o en lo que se refiere a la supresión de los derechos de aduana aplicables a los intercambios con éstos (artículo 133).

Otro ejemplo de aplicación extraterritorial puede hallarse en el artículo 8 C del Tratado

15 — Véase, por ejemplo, el apartado 1 del artículo 7.

16 — Véase, por ejemplo, el primer considerando.

17 — En Derecho internacional público, la doctrina considera tradicionalmente que, para que exista Estado, es necesario que se reúnan al menos tres elementos: una población, un territorio y un gobierno (o poder político), pero que además de estos tres elementos debe buscarse otro criterio distintivo, por lo general, el de soberanía (véanse, por ejemplo, Rousseau, Ch.: *Droit international public*, tomo II, editorial Sirey, 1974, punto 7; Nguyen Quoc Dinh, Daillier, P., y Pellet, A., antes citado, párrafo 270; Thierry, H., Combacau, J., Sur, S., y Vallée, Ch., antes citado, p. 226).

CE, que aplica el principio de ciudadanía de la Unión fuera de las fronteras comunitarias:

«Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.»

30. También cabe destacar que, a diferencia del artículo 227 del Tratado, el párrafo primero del artículo 198 del Tratado Euratom y el artículo 79 del Tratado CECA sujetan expresamente la aplicación de cada uno de estos Tratados dentro de los estrictos límites de los «territorios» de los Estados miembros. En mi opinión,¹⁸ la inexistencia de cualquier referencia a dicho término en el artículo 227, no puede ser considerada como un mero olvido de sus redactores que, por otra parte, se ocuparon de mencionarlo en los otros Tratados.

31. Por último destaco que, limitándonos exclusivamente a las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de

personas, que aquí nos ocupan en particular, todas ellas enuncian la obligación fundamental de tratar a los nacionales de todos los Estados miembros de igual modo que a los nacionales del Estado interesado. Dichas disposiciones responden a la voluntad, más general, de favorecer el desarrollo del sentimiento de pertenencia a una entidad común, consagrado por la expresión utilizada corrientemente de «Europa de los ciudadanos» y por la inserción por el Tratado de la Unión Europea de una «ciudadanía de la Unión» en el Tratado CE.¹⁹ Pues bien, ¿cuál sería la efectividad de dicho sentimiento de pertenencia o de dicha ciudadanía si éstas desapareciesen una vez franqueadas las fronteras geográficas de la Unión?

32. Debe pues considerarse que «[...] al disponer que el Tratado CEE se aplica a los Estados miembros, el artículo 227 define la esfera de aplicación de las normas establecidas por el Tratado, o en virtud del Tratado, sin referirse a la base de la competencia estatal territorial. Por lo tanto, la dimensión espacial del ordenamiento jurídico comunitario excede de la suma de los territorios de los Estados miembros que, indudablemente, incluye [...]»²⁰

33. En todo caso, esta es la postura adoptada por el Tribunal de Justicia, desde 1976, en la sentencia Kramer y otros,²¹ cuando se pronunció sobre la cuestión de la aplicación del Derecho comunitario a la pesca en alta mar. A pesar de que la zona geográfica considerada (alta mar) se halla fuera de las fronteras

18 — Véase, igualmente en este sentido, Coussirat-Coustère, V.: «Artículo 227, Commentaire», en *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, editorial Economica, 1992, p. 1419, punto 2; Van Der Mensbrugge, Y.: «La CEE et le plateau continental des Etats membres», en *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 2, 1979, p. 311, punto 1; Dewost, J.-L.: «L'application territoriale du droit communautaire: disparition et résurgence de la notion de frontières dans *La Frontière* (Coloquio de Poitiers de la Société française pour le droit international)», editorial Pedone, pp. 253 y 254.

19 — Segunda parte del Tratado CE, artículos 8 a 8 E.

20 — Coussirat-Coustère, V., antes citado, punto 1. Véase, igualmente en este sentido, Dewost, J.-L., antes citado, p. 261.

21 — Sentencia de 14 de julio de 1976 (asuntos acumulados 3/76, 4/76 y 6/76, Rec. p. 1279).

territoriales de los Estados miembros, el Tribunal de Justicia consideró que:

Criterios jurisprudenciales de aplicación extraterritorial

«[...] si bien el artículo 5 del Reglamento nº 2141/70 sólo es aplicable a una zona de pesca geográficamente limitada, resulta sin embargo del artículo 102 del Acta de Adhesión, del artículo 1 del citado Reglamento y por otra parte de la propia naturaleza de las cosas que la competencia reglamentaria *ratione materiae* de la Comunidad se extiende igualmente a la pesca en alta mar, en la medida en que los Estados disponen de una competencia análoga en virtud del Derecho Internacional Público». ²²

34. Por otra parte, esta misma postura dio origen a una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al ámbito particular que nos ocupa en el presente asunto: el de la libre circulación de los trabajadores fuera de las fronteras de la Unión. En efecto, el Tribunal de Justicia considera que:

«[...] la mera circunstancia de que las actividades de un trabajador se ejerzan fuera del territorio de la Comunidad no basta para excluir la aplicación de las normas comunitarias sobre la libre circulación de los trabajadores [...]». ²³

35. Conviene recordar brevemente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para extraer las enseñanzas apropiadas que permitan esclarecer el problema que nos ocupa.

36. Uno de los primeros asuntos en que se origina, planteaba, en particular, en qué medida el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (artículos 48, 59 y, con carácter subsidiario, 7²⁴ del Tratado CEE) puede aplicarse a relaciones jurídicas establecidas en el marco de las actividades de una federación deportiva de ámbito mundial (la Unión Ciclista Internacional).

La respuesta dada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch, ²⁵ tiene valor de principio:

«Considerando que la norma de no discriminación, por ser imperativa, se impone para la apreciación de todas las relaciones jurídicas, en la medida en que éstas, por razón del

22 — Apartado 31.

23 — Sentencia de 29 de junio de 1994, Aldewereld (C-60/93, Rec. p. I-2991), apartado 14.

24 — Actual artículo 6 del Tratado CE.

25 — Asunto 36/74, Rec. p. 1405.

lugar donde estén establecidas o donde produzcan sus efectos, puedan *localizarse en el territorio de la Comunidad*;

Basándose en la jurisprudencia Walrave y Koch, dicha sentencia precisaba además:

que *corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar esta localización en consideración a las circunstancias de cada caso particular y sacar las consecuencias de una posible infracción de la norma de no discriminación respecto al efecto jurídico de estas relaciones*.²⁶

«[...] que el ejercicio temporal de las actividades fuera de la Comunidad no basta para excluir la aplicación de este principio, debido a que la relación laboral posee no obstante *un vínculo de conexión suficientemente estrecho con dicho territorio*». ²⁹

37. La sentencia de 12 de julio de 1984, Prodest,²⁷ fue la ocasión de confirmar, aunque también de precisar, dicha jurisprudencia. Se trataba de determinar si, con arreglo al Reglamento n° 1612/68, un nacional belga, residente en Francia, empleado por una sociedad francesa de trabajo temporal, podía pretender que su afiliación al régimen general de Seguridad Social francés se conservara durante su destino en Nigeria. A este respecto, el Tribunal de Justicia destacó, en primer lugar, que:

Por último, el Tribunal de Justicia señaló, a petición del Juez *a quo*, los primeros indicios que permiten concluir la existencia de este «vínculo de conexión suficientemente estrecho»:

«En un caso como el presente, dicho vínculo de conexión puede hallarse en la circunstancia de que el trabajador comunitario había sido contratado por una empresa de un Estado miembro y, por ello, estuvo afiliado al régimen de Seguridad Social de dicho Estado y que, además, sigue ejerciendo sus actividades por cuenta de la empresa comunitaria incluso durante su destino en el país tercero.» ³⁰

«[...] en principio, dicho caso está amparado por las disposiciones comunitarias sobre la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad». ²⁸

38. La sentencia de 27 de septiembre de 1989, Lopes da Veiga,³¹ marca el siguiente

26 — Apartados 28 y 29; el subrayado es mío.

27 — Asunto 237/83, Rec. p. 3153.

28 — Apartado 5.

29 — Apartado 6, el subrayado es mío.

30 — Apartado 7.

31 — Asunto 9/88, Rec. p. 2989.

hito de esta jurisprudencia. La cuestión prejudicial versaba sobre si un marinero portugués que trabajaba con carácter permanente para una empresa neerlandesa, a bordo de buques con pabellón neerlandés, podía invocar los artículos 7 y siguientes del Reglamento n° 1612/68.

Hasta entonces, las sentencias precedentes sólo habían definido el criterio de «vínculo de conexión suficientemente estrecho con el territorio de la Comunidad» para aplicarlo a las relaciones jurídicas laborales ejercidas *parcial o temporalmente*, mientras que, en aquel asunto, el Tribunal de Justicia precisó:

«Este criterio del vínculo de conexión debe aplicarse igualmente en el caso de un trabajador nacional de un Estado miembro que ejerza *con carácter permanente* una actividad por cuenta ajena [...]»³²

De una forma que ha llegado a ser clásica, el Tribunal de Justicia confía seguidamente la apreciación de dicho criterio al órgano jurisdiccional nacional, sugiriéndole que tome en consideración, a estos efectos, «en particular», determinadas circunstancias que se deducen de los autos del litigio principal:

«[...] el demandante en el litigio principal trabaja a bordo de un barco matriculado en los

Países Bajos, al servicio de una naviera neerlandesa establecida en los Países Bajos; fue contratado en los Países Bajos y la relación laboral que le vincula al empresario está regida por la Ley neerlandesa; el interesado está afiliado al régimen de Seguridad Social de los Países Bajos y está sometido al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de este país».³³

39. Finalmente, la citada sentencia Aldewereld respondía a cuestiones parecidas. Se había planteado al Tribunal de Justicia la cuestión de si a un nacional neerlandés, que residía en los Países Bajos cuando fue contratado por una empresa alemana que lo destinó inmediatamente a Tailandia, podían aplicársele las disposiciones comunitarias relativas a la libre circulación de los trabajadores y, en particular, el Reglamento (CEE) n° 1408/71.³⁴

El razonamiento adoptado por el Tribunal de Justicia fue el mismo que había seguido hasta entonces:

«Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 12 de julio de 1984, Prodest, 237/83, Rec. p. 3153, apartado 6), la mera circunstancia de que las actividades de un trabajador se ejerzan fuera del territorio de la Comunidad no basta para excluir la aplicación de las normas comunitarias sobre la libre circulación de los trabajadores por

33 — Apartado 17.

34 — Reglamento del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98).

32 — Apartado 16, el subrayado es mío.

cuanto la relación laboral conserva una vinculación suficientemente estrecha con el territorio de la Comunidad. En un supuesto como el de autos, dicha vinculación se halla en la circunstancia de que el trabajador comunitario ha sido contratado por una empresa de otro Estado miembro y, por este motivo, ha quedado afiliado al régimen de Seguridad Social de dicho Estado.»³⁵

40. Para completar mi exposición mencionaré una última sentencia de fecha 6 de junio de 1995, *Bozkurt*,³⁶ en la que el Tribunal de Justicia confirma de tal modo la postura seguida hasta entonces, que la transpone al caso diametralmente opuesto de un trabajador, nacional de un Estado tercero, que ejerce sus actividades por cuenta de una empresa comunitaria:

«[...] para verificar la pertenencia de un trabajador turco que ejerza una actividad de conductor de transportes internacionales al mercado legal de trabajo de un Estado miembro, en el sentido del apartado 1 del artículo 6 de la Decisión n° 1/80, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la relación laboral del interesado presenta una conexión suficientemente estrecha con el territorio del Estado miembro, tomando en consideración, en particular, el lugar de contratación, el territorio a partir del cual se ejerce la actividad por cuenta ajena y la legislación nacional aplicable en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.»³⁷

41. Recordar esta jurisprudencia permite sacar las enseñanzas siguientes.

42. En una relación laboral entre una empresa «comunitaria» y un nacional de otro Estado miembro, en principio, son aplicables las normas relativas a la libre circulación de los trabajadores (y, en particular, las que se refieren al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad).

43. El principio de su aplicación no se ve afectado por el hecho de que dicha relación laboral se ejerza en el extranjero, bien con carácter temporal y ocasional (sentencia *Walrave y Koch* y sentencia *Prodest*, antes citadas), bien con carácter permanente y exclusivo (sentencias *Lopes da Veiga* y *Aldewereld*, antes citadas).

44. El criterio de aplicación de dichas normas a una relación laboral localizada en el extranjero es la existencia de un «vínculo de conexión suficientemente estrecho con el territorio de la Comunidad».

45. Es competencia del Juez nacional investigar la efectividad de dicha conexión, puesto que es el que mejor puede apreciarla en función de la particularidad de cada asunto que deba conocer.

35 — Apartado 14.

36 — Asunto C-434/93, Rec. p. I-1475.

37 — Apartado 24.

46. Para poder hacerlo, el Juez comunitario le recomienda que se refiera a lo que se podría denominar un «haz de indicios». Así, el Tribunal de Justicia ya ha detectado determinados elementos fácticos que pueden ayudar al Juez *a quo* en su tarea:

- relación laboral establecida *entre un trabajador comunitario y una empresa de otro Estado miembro*;
- *contratación* de dicho trabajador comunitario en otro Estado miembro;
- trabajador comunitario *establecido en un Estado miembro* en el momento de su contratación;
- *establecimiento del empresario en el Estado miembro* de que sea nacional;
- sometimiento del empresario al *ordenamiento jurídico de un Estado miembro*;
- sometimiento de la *relación laboral al Derecho del Estado miembro* de que sea nacional el empresario;
- trabajador comunitario que ejerza sus *actividades por cuenta de la empresa que lo emplea*, aun cuando éstas se ejerzan en un país tercero;
- afiliación de dicho trabajador comunitario al régimen de *Seguridad Social* del Estado miembro de que sea nacional la empresa que lo emplea;
- sujeción de dicho trabajador al *Impuesto sobre la Renta* del Estado miembro de que sea nacional la empresa que lo emplea.

47. Téngase en cuenta que recordar dichos elementos permite simplemente dar una idea de los indicios a los que puede referirse el Juez nacional «en particular». ³⁸ Debo llamar la atención sobre el hecho de que dicha lista en absoluto tiene carácter exhaustivo. Por otra parte, no me parece que la existencia de uno u otro de dichos indicios sea determinante. A lo sumo, siempre se está ante el supuesto de una relación laboral entre un *nacional comunitario* y una *empresa que es nacional de otro Estado miembro*, desarrollada en un país tercero por cuenta de dicha empresa. Por último, señalo que, ante las últimas evoluciones jurisprudenciales y, muy especialmente, la citada sentencia Aldewereld, la cantidad de indicios no es determinante. No se trata de establecer dos listas,

³⁸ — Por otra parte, las palabras «en particular» figuran expresamente en las sentencias Lopes da Veiga y Bozkurt, antes citadas (respectivamente, en los apartados 17 y 24).

una que reúna los elementos en favor de la conexión y la otra, los que están en contra de dicha conexión, a fin de confrontarlos para determinar en qué sentido oscila el fiel de la balanza. Precisamente, es más la pertinencia de los elementos favorables a la tesis de la conexión lo que debe investigarse en cada caso.

este asunto determinados elementos que impiden reconocer la existencia de dicho vínculo de conexión.³⁹ Estos elementos son los siguientes:

— el contrato de trabajo de la demandante en el litigio principal fue celebrado en un país tercero;

Aplicación de los criterios jurisprudenciales al caso de autos: examen de la existencia de un «vínculo de conexión suficientemente estrecho»

— sus condiciones de trabajo se determinan por el «Derecho del país receptor y teniendo en cuenta la costumbre local», de conformidad con el artículo 33 de la GAD;⁴⁰

48. La aplicación de dicha jurisprudencia al asunto que nos ocupa conduce a considerar que la aplicación de las normas comunitarias relativas al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, por lo que respecta a las condiciones de trabajo de la demandante en el litigio principal, no queda excluida por el mero hecho de que la relación laboral de esta última se desarrolle en el extranjero.

— la demandante tiene su residencia permanente en el país tercero donde ejerce sus actividades ya, con anterioridad a la celebración del contrato.

49. Aclarado este punto, corresponde en principio al Juez *a quo* tomar en consideración un «haz de indicios» que permita comprobar que la relación laboral conserva «un vínculo de conexión suficientemente estrecho con el territorio comunitario».

Por el contrario, el hecho de que la Sra. Boukhalfa trabaje en Argelia con carácter permanente, y no con carácter temporal o parcial, no constituye, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como hemos visto, un elemento que impida reconocer la existencia de un vínculo de conexión, contrariamente a lo que parece pensar el Bundesarbeitsgericht.⁴¹

50. A este respecto, vistos los indicios elaborados por la jurisprudencia, se aprecian en

39 — Véase, en este sentido, la opinión del órgano jurisdiccional remitente.

40 — Véase el punto 3 de las presentes conclusiones.

41 — Véase la resolución de remisión.

51. Pero sobre todo, me parece que otros elementos de los autos abogan en favor de una tesis favorable a la existencia de un «vínculo de conexión suficientemente estrecho con el territorio comunitario».

52. Por otra parte, algunos de ellos ya han sido elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

53. Así, la relación laboral de que se trata en el presente asunto se estableció entre una trabajadora nacional de un Estado miembro y un empleador, por definición nacional comunitario, puesto que se trata de un Estado miembro. También se observa que la demandante en el litigio principal continúa ejerciendo sus actividades para dicho empleador, aun cuando éstas se localizan en territorio extranjero. Por otra parte, está afiliada al régimen de Seguridad Social alemán, al menos, en lo que respecta a la pensión de jubilación. De la misma forma, está sujeta, aunque limitadamente, al Impuesto sobre la Renta alemán.⁴² Pero, sobre todo, su contrato de trabajo se celebró con arreglo al Derecho alemán y, más en particular, con la GAD. En efecto, únicamente por aplicación de las disposiciones de la GAD, se determinaron las condiciones de trabajo de la demandante en el litigio principal en función del Derecho argelino, menos favorable. En

definitiva, esto significa que la demandante en el litigio principal está *sometida al régimen jurídico de un Estado miembro*.

54. Este último punto me parece decisivo. Además, queda corroborado por otras comprobaciones de hecho relacionadas con la particularidad de la relación laboral y que, por ello, pueden darse en la mayor parte de las relaciones laborales a que están sometidos los nacionales comunitarios empleados en un país tercero en una representación exterior de un Estado miembro del que no son nacionales. Por tanto, los siguientes elementos de hecho pueden, a mi juicio, constituir nuevos indicios que el Juez nacional podrá tomar en consideración.

55. En primer lugar, el contrato celebrado entre ambas partes contiene una cláusula atributiva de competencia en favor de los Tribunales de Bonn y, posteriormente, de Berlín.⁴³ También este elemento subraya el estrecho vínculo de conexión de la situación contractual con el ordenamiento jurídico alemán.

56. Por otra parte, a diferencia de los hechos de que hasta ahora, ha conocido el Tribunal de Justicia, el empleador de autos no es un mero particular, sino una entidad pública, y precisamente la más importante: el Estado.

42 — Como la Comisión destaca acertadamente en sus observaciones (punto 28), pese a que esta sujeción al régimen tributario alemán desaparecería si se aplicase el Convenio belgo-alemán sobre la doble imposición, el sometimiento al régimen tributario belga constituye, no obstante, un vínculo de conexión con el territorio comunitario.

43 — Punto 28 de las observaciones de la Comisión.

Esta simple comprobación basta para considerar que todos los indicios elaborados por el Tribunal de Justicia con referencia al empresario —lugar de establecimiento de este último, ordenamiento jurídico que le es aplicable— se reúnen cuando el empresario es el propio Estado. En efecto, en dicha situación, se intuye inevitablemente un «clima» de conexión con el ordenamiento jurídico de dicho Estado.

57. Debo señalar seguidamente que la índole de la actividad ejercida por el personal del Servicio Exterior es muy particular. Sin llegar a admitir que dichos trabajadores ejercen funciones soberanas por cuenta del Estado empleador, al menos se puede considerar que *participan* del ejercicio de funciones soberanas por cuenta del Estado miembro que los emplea. Los actos que efectúan en el ejercicio de sus funciones se imputan al Estado para el cual trabajan. Sus funciones implican el ejercicio de prerrogativas de poder público. En mi opinión, este es, en particular, el caso de una persona empleada, como la demandante en el litigio principal, en la oficina encargada de expedir pasaportes. Este sector procede indiscutiblemente del ejercicio de funciones soberanas de un Estado.

58. Por último, es de destacar que el lugar de ejercicio de la relación laboral tiene su importancia. Como he recordado anteriormente, las representaciones exteriores están situadas en el territorio del Estado receptor.

Sin embargo, no puede ignorarse que, según los términos del artículo 3 de la Convención de Viena, las funciones de dichas representaciones exteriores consisten principalmente en:

- a) representar al Estado acreditante ante el Estado receptor;
- b) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales;
- c) negociar con el Gobierno del Estado receptor;
- d) enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al Gobierno del Estado acreditante;
- e) fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor».

El ejercicio de dichas funciones, que subrayan el hecho de que un Estado mantiene efectivamente, a través de sus agentes y en un

pie de igualdad, relaciones diplomáticas con otros Estados soberanos y que está representado ante estos otros Estados, es seguramente uno de los criterios más seguros de la soberanía de un Estado.

59. Los diferentes elementos antes enumerados destacan que el Estado miembro, en su condición de empleador, ejerce su *soberanía* y su *jurisdicción* en las relaciones contractuales de trabajo que le vinculan con los nacionales comunitarios que trabajan por su cuenta en las representaciones exteriores localizadas en un país tercero.

60. Pues bien, me parece que la sujeción de una relación laboral a la soberanía y a la jurisdicción de un Estado miembro constituye un criterio sólido de «conexión con el territorio comunitario» en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, además de que existen otros indicios en el caso de autos que ya he mencionado.

61. Por otra parte, mi posición coincide con parte de la doctrina que considera que «[...] el Tratado es aplicable a los Estados miembros en todas partes, incluso en los espacios internacionales, donde éstos ejercen su soberanía o su jurisdicción sobre un objeto que está comprendido en la esfera material del Derecho comunitario»,⁴⁴ o que «[...] el Tratado y el Derecho derivado se aplican no

sólo en el *territorio* de los Estados miembros [...] sino también en todo lugar donde los Estados miembros ejerzan, según el Derecho internacional, determinados “derechos soberanos”, aun cuando sean limitados». ⁴⁵

62. Mi postura tampoco se aparta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, ya he recordado que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro —tanto del que depende el empresario como el que regula las relaciones contractuales de trabajo— es uno de los criterios a los que, según propone el Tribunal de Justicia, deben tomar en consideración los órganos jurisdiccionales nacionales para examinar si se da un «vínculo de conexión suficiente».

63. Permítaseme una última observación. El Tribunal de Justicia no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el «nuevo» concepto de ciudadanía europea introducido en el Tratado de la Unión Europea. El reconocimiento de dicha ciudadanía, consagrada por los artículos 8 a 8 E del Tratado CE, tiene un gran valor simbólico y, probablemente, constituye uno de los avances de la construcción europea que mayor interés ha suscitado en la opinión pública. Es cierto que este concepto recubre en realidad aspectos que en su mayor parte ya se han logrado por la evolución del Derecho comunitario y, en este carácter, constituye una consolidación del acervo comunitario. No obstante, corresponde al Tribunal de Justicia darle toda su significación. Pues bien, si se deducen todas las consecuencias que lleva consigo este concepto, todos los ciudadanos de la Unión, cualquiera que sea su nacionalidad, deben gozar exactamente de los mismos derechos y estar sometidos a los mismos deberes. Llevado a su extremo, dicho concepto debería permitir

44 — Coussirat-Coustère, V., antes citado, punto 12.

45 — Dewost, J.-L., antes citado, p. 255.

que se llegase a una asimilación perfecta de los ciudadanos de la Unión, sin que importe la nacionalidad. Esta asimilación debería funcionar del mismo modo que la que existe entre los nacionales de un mismo Estado. Por ello, no cabe imaginar que en una situa-

ción como la que examinamos en el presente asunto, algunos agentes locales alemanes puedan sufrir un trato diferente del que se da a otros agentes locales alemanes en la misma situación. ¿Por qué habría que darle tal trato a un agente local belga...?

64. En consecuencia, propongo responder al órgano jurisdiccional remitente lo siguiente:

«El apartado 2 del artículo 48 del Tratado CE, así como los apartados 1 y 4 del artículo 7 del Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, deben interpretarse en el sentido de que el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad se aplica a las condiciones de trabajo de los ciudadanos de la Unión Europea empleados por un Estado miembro en una de sus representaciones exteriores establecida en un país tercero, en la medida en que dichas condiciones de trabajo, sometidas a la jurisdicción y a la soberanía del Estado miembro representado, conserven un vínculo de conexión suficientemente estrecho con el territorio comunitario.»