

ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS:

- 45 Reestructuraciones de Empresas
XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Jaime Castiñeira Fernández (Coord.)
- 46 El Servicio público de empleo y el proceso jurídico de colocación
María Salas Porras
- 47 Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de Seguridad Social
Santiago González Ortega, Joaquín García Murcia, Fernando Elorza Guerrero (Coord.)
- 48 Relaciones Laborales y nuevo modelo productivo
XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Jaime Castiñeira Fernández (Coord.)
- 49 Políticas de Empleo y Nuevos Territorios de la Regulación: Discursos y Prácticas para un Modelo de Gestión Regional-Local
María Rosa Vallecillo Gámez
- 50 Reformas estructurales y negociación colectiva
XXX Hornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Fco. Javier Prados de Reyes (Coord.)
- 51 Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico
XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Eva Garrido Pérez (Coord.)
- 52 Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil
XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
José Luis Monereo Pérez (Coord.)
- 53 El Derecho a la Negociación Colectiva
Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés
Juan Gorelli Hernández (Coord.)
- 54 Reforma de las Administraciones Públicas y empleo público, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
José Manuel Gómez Muñoz (Coord.)
- 55 Tutela o promoción de la plena integración de la mujer en el Trabajo
Jesús Cruz Villalón, Eva Garrido Pérez y Carmen Ferradans Carames (Coord.)
- 56 La Política y el Derecho del Empleo en la Nueva Sociedad del Trabajo.
Liber Amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura.
José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto (Directores)
- 57 Treinta años de La Ley Orgánica de Libertad Sindical: Trabajo y Relaciones Laborales
Rosa Quesada Segura (Coord.)
- 58 Los Grandes Debates Actuales en el Derecho del Trabajo y la Protección Social
Jesús Cruz Villalón, José Manuel Gómez Muñoz y Tatrocino Rodríguez-Ramos Velasco (Coord.)

Este libro recoge el texto de las ponencias y comunicaciones presentadas en las XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, dedicadas en esta ocasión al análisis de la libertad de circulación dentro de la Unión Europea. El objetivo era volver a analizar una temática que podemos llamar clásica dentro del Derecho del Trabajo, la libertad de circulación, tema elegido para celebrar de alguna manera la coincidencia con el treinta aniversario del acceso de nuestro país a la Unión Europea, así como las distorsiones que a buen seguro van a plantearse como consecuencia del brexit inglés.

En cuanto al tema monográfico elegido, la libertad de circulación, poco cabe señalar desde la perspectiva de su relevancia e interés. La Unión Europea es mucho más que una eventual reunión de diferentes países con un objetivo meramente económico. Se basa en un conjunto de libertades que son absolutamente incuestionables, y una de ellas, es la libertad de circulación de personas y trabajadores. Es una de las piedras angulares de la condición de ciudadano de la UE, consecuencia directa de la propia Unión. Su fundamentación jurídica reside en los Artículos 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE); artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); títulos IV y V del TFUE; y artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Tiene una repercusión social de enorme importancia y un aspecto laboral de primer orden, la circulación de trabajadores y como consecuencia la igualdad de trato respecto de los nacionales.

La primera de las ponencias correspondió al Profesor José Manuel Gómez Muñoz, y versó sobre “La libre circulación de trabajadores en el contexto europeo actual”.

La segunda de las ponencias fue defendida por el Profesor Juan Antonio Maldonado Molina, y se dedicó a la “Libertad de circulación y protección social”.

La tercera y última de las ponencias de las jornadas fue elaborada por la Profesora María Luisa Rodríguez Copé, de la Universidad de Córdoba, y se dedicaba a la “Inmigración económica extra-UE: algunos aspectos claves de la política de gestión de flujos migratorios en la Unión”.

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO



LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA. TREINTA AÑOS EN LA UNIÓN
XXXV JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

59

M
TEMAS
LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA. TREINTA AÑOS EN LA UNIÓN

XXXV JORNADAS UNIVERSITARIAS
ANDALUZAS DE DERECHO DEL
TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

Juan Gorelli Hernández
Coodinador

59



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS:

- 32 Unidad de Mercado y Relaciones Laborales.
XXV Jornada Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
**Federico Durán López
Carmen Sáez Lara (Coord.)**
- 33 Política Social Europea y Comunidades Autónomas
M^a Fernanda Fernández López (Dir.)
- 34 Derecho del Trabajo. Libre Competencia y Ayudas de Estado
José Manuel Gómez Muñoz
- 35 El Proyecto profesional y de Vida de Mujeres con Escasa Cualificación Orientadora
Magdalena Suárez Ortega
- 36 Los Efectos Económicos de la Inmigración El Sector de la Agricultura de España
Miralova Kostova Karaboytcheva
- 37 La aplicación de la ley de Dependencia en Andalucía
**Santiago González Ortega (Director)
Estefanía Rodríguez Santos, Cristina Blasco Rasero, Margarita Arenas Viruez**
- 38 Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía. XXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Fco. Javier Prados de Reyes (Coordinador)
- 39 La situación social-laboral de los profesionales de la comunicación en Andalucía
Franciso Javier Calvo Gallego, (Director), Joaquín Guzman Cuevas, Francisco Liñán Alcalde, María José Gómez Biedma, José Fernández Serrano, Antonio J. Valverde Asencio
- 40 Efectividad de la mediación en conflictos laborales
Roberto Martínez Pecino
- 41 Derechos de Libertad Sindical y Principio de Igualdad
Esther Carrizosa Prieto
- 42 Cuestiones Problemáticas de la Negociación Andaluza
XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Sebastián de Soto Rioja (Coord.)
- 43 La seguridad y la salud en el trabajo autónomo
Un enfoque sectorial
**Antonio Álvarez Montero
Manuel García Jiménez (Coords.)**
- 44 El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad
Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito
Juan Gorelli Hernández

MONOGRAFÍA DE TEMAS LABORALES

LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN
EUROPEA. TREINTA AÑOS EN LA UNIÓN

XXXV JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

Ángel Javier Gallego Morales
Jesús Cruz Villalón
Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2017

© Los autores, 2016

ISBN: 978-84-697-52524

Impresión y maquetación: Artes Gráficas Servigraf

Depósito Legal: SE-1548-2017

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA. TREINTA AÑOS EN LA UNIÓN

XXXV JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ
COORDINADOR

59



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

ÍNDICE

PREÁMBULO	9
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	
 ACUERDO DEL COMITÉ CIENTÍFICO DE LAS XXXV JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES	17
PRIMERA PONENCIA	
LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES; RETROSPECTIVA Y EVOLUCIONES EN EL CONTEXTO EUROPEO ACTUAL.....	21
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	
COMUNICACIONES A LA PRIMERA PONENCIA	
LA COORDINACIÓN COMUNITARIA EN MATERIA DE COLOCACIÓN DE DESEMPLEADOS. ESPECIAL REFERENCIA AL PLAN EURES Y SU REVISIÓN POR PARTE DEL REGLAMENTO EUROPEO 2016/589	67
FRANCISCO VIGO SERRALVO	
LA CONDICIÓN DE NACIONALIDAD EN EL ACCESO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS: ALCANCE ACTUAL DE LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 45.4 TFUE.....	79
SARA GUINDO MORALES	
LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LA RETRIBUCIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO EX ART. 45.2 DEL TFUE.....	91
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA	
LIBRE CIRCULACIÓN, BREXIT Y TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA	107
JUAN MANUEL MORENO DÍAZ	
LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS COMO GARANTÍA DE EFECTIVIDAD DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES	117
POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO	
DIFICULTADES Y RETOS DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD EN EL CONTEXTO EUROPEO ACTUAL: ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE SU RÉGIMEN JURÍDICO.....	129
JOSÉ LUIS RUIZ SANTAMARÍA	

DELIMITACIÓN DE LA FIGURA DEL TRABAJADOR FRONTERIZO Y SU EVOLUCIÓN CONCEPTUAL EN EL PANORAMA DE LA UE.....	141
ALEJANDRO ZALVIDE BASSADONE	

SEGUNDA PONENCIA

LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y PROTECCIÓN SOCIAL.....	155
JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA	

COMUNICACIONES A LA SEGUNDA PONENCIA

LIBRE CIRCULACIÓN, DERECHO DE RESIDENCIA Y ACCESO A PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL.....	219
MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ	

LA BÚSQUEDA DE EMPLEO POR LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SU PROTECCIÓN SOCIAL.....	233
ESTHER GUERRERO VIZUETE	

LAPROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS JUBILADOS: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	247
LUCÍA ARAGÜEZ VALENZUELA	

MOVIMIENTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJADORES Y DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL.....	257
FUENCISLA RUBIO VELASCO	

TERCERA PONENCIA

INMIGRACIÓN ECONÓMICA EXTRA-UE: ALGUNOS ASPECTOS CLAVES DE LA POLÍTICA DE GESTIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS EN LA UNIÓN.....	271
M ^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ	

COMUNICACIONES A LA TERCERA PONENCIA

LA ORDENACIÓN COMUNITARIA DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS: ENTRE LA SELECCIÓN DE MANO DE OBRA Y LA PROTECCIÓN DEL MERCADO LABORAL.....	231
LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ	

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE Y LA NUEVA POLÍTICA MIGRATORIA.....	249
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ	

DERECHOS HUMANOS Y ESTATUTO JURÍDICO DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO.....	361
JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ	

PREÁMBULO

En la reunión de Catedráticos andaluces de Derecho del Trabajo y Seguridad Social se tomó la decisión de confiar en la Universidad de Huelva para la organización de las XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, dedicándolas al análisis de la libertad de circulación dentro de la Unión Europea. De esta manera los días 15 y 16 de diciembre de 2016 tuvo lugar en Huelva el evento bajo la denominación de “Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión”, pudiendo así acoger esta Universidad a buena parte de la doctrina laboral andaluza, así como de otros rincones de España y de las más diversas Universidades.

El objetivo era volver a analizar una temática que podemos llamar clásica dentro del Derecho del Trabajo, la libertad de circulación, tema elegido para celebrar de alguna manera la coincidencia con el treinta aniversario del acceso de nuestro país a la Unión Europea, así como las distorsiones que a buen seguro van a plantearse como consecuencia del brexit inglés. Ciertamente se trata de un tema, en buena medida, resuelto tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, pues pocos han sido los aspectos y cuestiones que no han sido ampliamente analizados por doctrina y jurisprudencia, pero nunca viene mal volver sobre nuestros pasos y volver a plantear nuevas hipótesis.

Esta jornada se celebró en unas instalaciones emblemáticas de la ciudad de Huelva, la “Casa Colón”, que ha dado cobertura a los eventos culturales más importantes de esta ciudad. Las instalaciones fueron cedidas por el Ayuntamiento a quien debemos agradecer su cortesía e implicación en la celebración. De otro lado, ha de resaltarse que sin la ayuda del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, alma de estas jornadas, al igual que de las treinta y cinco anteriores y cuyo personal siempre ha hecho posible el más antiguo de los eventos de la doctrina laboral española. Creo conveniente personalizar esta implicación en su Presidente, Don Ángel Javier Gallego Morales, que en una época de dificultades económicas ha sabido mantener, sin el más mínimo asomo de duda, estas Jornadas. A ello habrá ayudado su condición de avezado laboralista. De otro lado, también es de agradecer la implicación de la Universidad de Huelva, especialmente de su Rector, Don Francisco Ruiz Muñoz, quien pese a su condición de paleontólogo (muy alejado del Derecho del Trabajo, pues), se dejó convencer por su Secretario General, quien suscribe estas líneas, de la relevancia de las Jornadas Universitarias Andaluzas, no sólo en el panorama universitario andaluz, sino nacional. Por último, es necesario señalar a la actuación de los miembros del Departamento de Derecho Público y Derecho del Trabajo, que no sólo participó en las discusiones y aportó comunicaciones a las jornadas, sino que ayudó en su organización y acogió en nuestra ciudad a todos los participantes en las mismas.

En cuanto al tema monográfico elegido, la libertad de circulación, poco cabe señalar desde la perspectiva de su relevancia e interés. La Unión Europea

es mucho más que una eventual reunión de diferentes países con un objetivo meramente económico. Se basa en un conjunto de libertades que son absolutamente incuestionables, y una de ellas, es la libertad de circulación de personas y trabajadores. Es una de las piedras angulares de la condición de ciudadano de la UE, consecuencia directa de la propia Unión. Su fundamentación jurídica reside en los Artículos 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE); artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); títulos IV y V del TFUE; y artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Tiene una repercusión social de enorme importancia y un aspecto laboral de primer orden, la circulación de trabajadores y como consecuencia la igualdad de trato respecto de los nacionales. Se trata, por tanto, de una cuestión de crucial importancia y como era de esperar el llamamiento efectuado por el CARL a la participación en estas jornadas fue seguido ampliamente, consiguiendo una notable asistencia de público, verdaderamente interesado, a las mismas.

Las Jornadas dieron comienzo con una conferencia inaugural a cargo de Don Joaquín Nieto Sainz, Director de la Oficina de la OIT para España, y dedicada a “El futuro del trabajo. Perspectiva de la OIT”. En ella se plantea un análisis de los principales problemas que en la actualidad tiene el ordenamiento laboral desde una perspectiva de carácter general. Lamentablemente la interesante conferencia inaugural no ha podido pasarse al texto de este volumen.

La primera de las ponencias correspondió al Profesor José Manuel Gómez Muñoz, y versó sobre “La libre circulación de trabajadores en el contexto europeo actual”. La ponencia supone un esfuerzo para concretar los aspectos esenciales de esta interesante cuestión. Comienza con un análisis de la evolución de la libertad de circulación. Dedicó la mayor parte del espacio disponible para estudiar los grandes conceptos que se han producido en este ámbito: desde la configuración misma de trabajador a los efectos de la libertad de circulación, hasta la incidencia de este concepto en cuestiones tan relevantes como el mercado de trabajo o el empleo, y la incidencia en relación a los derechos sociales de los trabajadores. En el tramo final de la ponencia se analizan los posibles efectos que desde el punto de vista de la libertad de circulación representa el brexit. Sin lugar a dudas, una buena ponencia destinada a aclarar diferentes cuestiones en el entorno de la libertad de circulación.

La segunda de las ponencias fue defendida por el Profesor Juan Antonio Maldonado Molina, y se dedicó a la “Libertad de circulación y protección social”. El habitualmente atinado profesor granadino fue fiel a lo que de él se esperaba, pues desarrolló una extraordinaria ponencia sobre la cuestión, centrándose, como es obvio en el tema de la coordinación en materia de Seguridad Social, una de los principales instrumentos que favorece la libertad de circulación de los trabajadores y que está dirigido a permitir que los trabajadores no pierdan los derechos de Seguridad Social adquiridos en un determinado Estado de la Unión, cuando pasan a trabajar a otro país diferente, pudiendo también exportar las prestaciones de Seguridad Social. Debemos destacar que apenas dos días antes del comienzo de las jornadas, el 13 de diciembre del pasado 2016, la Comisión anunció una propuesta de reforma del

Reglamento 883/2004, Propuesta de gran trascendencia, pues supone una profunda alteración de elementos fundamentales en materia de coordinación. Pues bien, el Profesor Maldonado, con apenas dos días de margen, adaptó el texto original de su ponencia, entregada hacía tiempo, a las anunciadas modificaciones; ejemplo de su magnífico hacer, que debe ser compensado con nuestro agradecimiento. Su estudio parte de las grandes cifras en materia de coordinación, centrándose en los datos de nuestro país, relativos a cuántos ciudadanos de otros Estados han disfrutado y disfrutan de prestaciones gestionadas por nuestro país, destacando sobre el resto la colonia rumana. A partir de ahí se centra en el principal problema técnico en materia de coordinación: la determinación de cuál es la legislación de Seguridad Social aplicable a los trabajadores afectados por la normativa comunitaria de coordinación. Dado que el objetivo de las reglas de coordinación es dar seguridad al emigrante, es lógico que el principio general sobre el que gira todo el sistema sea el de que sólo la normativa de un Estado sea de aplicación, siendo de enorme relevancia conocer bien las reglas para la determinación de cuál sea dicho Estado competente. En el trabajo se analizan detalladamente los principios rectores de la coordinación, especialmente el de totalización, exportabilidad de prestaciones y el principio de igualdad de trato. Los tres garantizan la libertad de circulación, los dos primeros pues permiten que la libre circulación no se obstaculice por la pérdida de los derechos adquiridos en materia de Seguridad Social; y el de igualdad de trabajo evita las penalizaciones que pudieran aplicarse por pertenecer a otra nacionalidad diferente. Hay un estudio del campo de aplicación, en sus distintas variantes, en el que yo destacaría fundamentalmente el análisis del ámbito objetivo y especialmente de la discusión sobre si resultan o no de aplicación las reglas de coordinación en la materia de asistencia social y dependencia. El meritorio trabajo finaliza con un detallado estudio de las reglas aplicables en cada prestación en concreto, resumiendo así los principales efectos prácticos de esta regulación. Para terminar, destacar la referencia a la problemática en materia de coordinación cuando existen convenios bilaterales entre estados de la UE, en este caso la regla general es la de que la aplicación de las disposiciones comunitarias no puede suponer una disminución de las prestaciones concedidas por la legislación de un país miembro, por lo que hay una cierta subsistencia de tales Convenios Bilaterales.

La tercera y última de las ponencias de las jornadas fue elaborada por la Profesora María Luisa Rodríguez Copé, de la Universidad de Córdoba, y se dedicaba a la “Inmigración económica extra-UE: algunos aspectos claves de la política de gestión de flujos migratorios en la Unión”. Se trata de una cuestión de especial interés, pues uno de los argumentos básicos del brexit ha sido justamente la visión crítica británica hacia la política común migratoria en la UE; y ello pese a que la política comunitaria vigente apuesta por una inmigración muy controlada y en modo alguno de puertas abiertas. Respecto de esta política común, hemos de recordar que ha de partirse de una afirmación fundamental, que no es otra que, en cuanto al trato jurídico de los ciudadanos extracomunitarios, al no tener por definición la cualidad de nacionales de un Estado miembro, están sujetos a una serie de condicionantes para entrar en la Unión, desplazarse y desempeñar actividades laborales. En

esta ponencia se realiza un análisis evolutivo de cuál ha sido la política común de inmigración, tomando como punto de partida el análisis del régimen jurídico generado por el espacio Schengen, que ha implicado, desde su entrada en vigor en 1995, Schengen ha permitido suprimir los controles en las fronteras interiores entre los Estados miembros de la UE, creando una única frontera exterior donde se efectúan los controles de entrada en el territorio con arreglo a procedimientos idénticos; se han adoptado normas materia de visado, o derecho de asilo. Se analiza el derecho originario desde la perspectiva de esta cuestión y se señalan cuáles han sido los principales hitos en esta evolución: los sucesivos programas de Tampere (1999-2004); La Haya (2005-2009) y Estocolmo (2010-2014). A continuación, la ponencia realiza un análisis sobre los instrumentos de armonización de la política común europea: las condiciones de entrada y permanencia del inmigrante económico no residente en un Estado miembro, señalando las principales cuestiones relativas al acceso y permanencia en el mercado de trabajo, la lucha contra la inmigración irregular, la política de integración social de los inmigrantes, el estatuto del residente de larga duración y la reagrupación familiar. En todos estos elementos se analizan las principales regulaciones comunitarias sobre la materia, indicando cuáles han sido los principales problemas jurídico-interpretativos. En definitiva, un trabajo de especial interés y valía.

Pero las Jornadas Universitarias Andaluzas han venido incorporando, junto a las ponencias, un conjunto seleccionado de ponencias, que han ayudado a la discusión jurídica. Las Jornadas celebradas en Huelva no han sido una excepción. En total se aceptaron y presentaron un total de 14 comunicaciones distribuidas de la siguiente manera: siete comunicaciones a la primera ponencia, cuatro comunicaciones a la segunda ponencia y tres a la tercera de las ponencias. El conjunto de las comunicaciones supuso un importante elemento de debate en estas Jornadas, pues junto a los análisis de carácter general que suponen las ponencias, las comunicaciones supieron centrarse en temas puntuales de enorme relevancia, contribuyendo al éxito de las jornadas al poder aportar visiones mucho más específicas sobre la libertad de circulación. Bien podemos decir que el nivel de debate fue especialmente interesante en los tres ámbitos en los que se centraron.

Como es lógico, entre todas las comunicaciones, todas de primer nivel, ha de destacarse a las que resultaron premiadas con el Premio a la mejor comunicación ex aequo las comunicaciones de los profesores Miguel Ángel Almendros González, titulada “Libre circulación, derecho de residencia y acceso a prestaciones sociales” y Esther Guerrero Vizueté, “La búsqueda de empleo por los trabajadores migrantes y su protección social” (ambas de la segunda ponencia). Decidiéndose otorgar un primer accésit a Francisco Vigo Serralvo por su comunicación “La coordinación comunitaria en materia de colocación de desempleados. Especial referencia al plan EURES y su revisión por parte del Reglamento Europeo 2016/589”; así como otorgar un segundo accésit a Luis Ángel Triguero Martínez, por su trabajo “La ordenación comunitaria de los flujos migratorios: entre la selección de mano de obra y la protección del mercado laboral”. De las cuatro premiadas destaca que

se otorgaron premio a todas las comunicaciones de la segunda ponencia, lo que evidencia que los principales problemas interpretativos planteados se han producido fundamentalmente en el ámbito de la protección social y en la coordinación de Seguridad Social.

En cuanto al resto de las comunicaciones presentadas, tal como hemos señalado, la primera de las ponencias recibió siete de ellas, dato que confirma que la primera de las ponencias era la de carácter más general. En el debate se plantearon cuestiones de enorme interés como plantear la regulación comunitaria del despido colectivo como un instrumento cuyo fundamento reside en el interés de la Unión Europea de incidir en el funcionamiento del mercado interior de empleo y en su principio de libre circulación, impidiendo que las diferentes regulaciones de los países miembros puedan incidir negativamente en el funcionamiento de dicho mercado. Desde este punto de vista, la regulación comunitaria no sólo pretende reforzar la protección de los trabajadores frente al despido colectivo, sino también impedir que las diferencias de regulación en los países que conforman la Unión Europea incida negativamente en el funcionamiento del mercado interior, de manera que se evite que las empresas dejen de invertir en un país o se retiren del mismo con objeto de eludir sus procedimientos en materia de reducción de personal o cierres de empresa, implantándose en otros países cuya regulación sea más favorables para las empresas. Se llega así a la conclusión de que la evolución normativa española en materia de despido colectivo tras las reformas legislativas desarrolladas es contraria a este objetivo vinculado al correcto funcionamiento del mercado, y que aún se mantenga un modelo de regulación que facilite y favorezca, en la práctica jurídica, la expulsión de los trabajadores en supuestos de crisis y reorganización del sistema productivo.

También se abordó el tema de la libre circulación desde la perspectiva del envejecimiento de la población. Se plantea la posibilidad de que la transferencia de población de uno a otro país, consecuencia de la libertad de circulación sea un interesante paliativo a los efectos del envejecimiento de la población activa, de manera que los flujos migratorios internos de la Unión tengan esta consecuencia. No obstante, el brexit es un elemento a tener en cuenta que va a tener consecuencias sobre la población de mayor edad de ambas partes (UE y el Reino Unido) y ello sobre todo desde la perspectiva de las pensiones y de la asistencia sanitaria. El análisis que se plantea es sobre todo en la comparativa entre el Reino Unido y España, pues si hay un dato que destaca es que mientras los emigrantes españoles que acuden al Reino Unido lo son por motivos económicos; es decir, mayoritariamente jóvenes; por el contrario, la emigración que se recibe en España procedente del Reino Unido es fundamentalmente personal de edad avanzada, lo que pone en juego sobre todo al Sistema Nacional de Salud.

Otro de los aspectos en el que se generó discusión fue el relativo a la libertad de circulación de los discapacitados, ámbito donde se realizó un análisis de la evolución normativa de esta cuestión y se planteó, partiendo del análisis del

concepto mismo de discapacidad, que ha generado una interesante jurisprudencia en el TJUE, el estudio de los límites en este ámbito.

La libertad de circulación también fue estudiada desde la perspectiva del empleo público, resaltando que se trata de una de las principales excepciones que admite el art. 45 del TFUE: su apartado 4 estipula expresamente que “las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la Administración Pública”. Se realizó una crítica a este planteamiento, que procede del origen mismo de la CEE, pero que en un ámbito muy diferente, en el que se propugna una unión mucho más profunda, debe garantizarse la movilidad de los trabajadores en el ámbito de la UE, y debe avanzarse hacia la consideración de que no hay trabajadores nacionales, sino un trabajador europeo, también en el sector público. Es por ello que se propugna una interpretación restrictiva de la excepción a la libertad de circulación que supone el empleo público.

También fue objeto de discusión la figura del trabajador fronterizo, su configuración y su diferenciación respecto de figuras cercanas como los trabajadores transfronterizos y los trabajadores de temporada. Otra cuestión de especial interés en la libertad de circulación tratado en comunicaciones fue el tema de la igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres y su incidencia sobre la libertad de circulación, todo ello especialmente bajo el prisma de la igualdad en materia retributiva.

Terminan las comunicaciones sobre libertad de circulación con la discusión relativa a la posibilidad de acceso de los migrantes desempleados a la protección por desempleo; discusión que plantea la posibilidad de una prestación por desempleo de carácter europeo, lo cual permitiría tanto facilitar tanto una redistribución y estabilización, al compartir el riesgo macroeconómico puesto que en caso de crisis económica permitiría estabilizar país por país en lugar del conjunto de la zona euro; todo lo cual permitiría conseguir una unión fiscal y política junto a la monetaria.

En cuanto a la segunda de las ponencias, fueron tratados diferentes temas, pero destaca sobre todo que se otorgó el premio a la mejor comunicación de las Jornadas a la dedicada a analizar la libertad de circulación, el derecho de residencia y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social. En ella se plantea el análisis de la STJUE De 14 de junio de 2016, que establece una interpretación restrictiva de la libre circulación en relación al acceso a las prestaciones de Seguridad Social y concretamente a las prestaciones familiares; interpretación que se confirma con la Comunicación de la Comisión Europea de 13 de diciembre de 2016.

En este ámbito de discusión de la protección de Seguridad Social en caso de ejercicio de la libertad de circulación se plantea también el análisis de los principios básico consecuencia de la coordinación en materia de Seguridad Social: igualdad de

trato y sus excepciones, reciprocidad entre Estados y conservación de los derechos adquiridos y el mantenimiento de los derechos en vías de adquisición.

Las comunicaciones relativas a esta ponencia finalizan con la dedicada a la protección social de trabajadores transfronterizos jubilados; cuestión sobre la que se realiza un interesante análisis doctrinal en la materia de planes y fondos de pensiones.

En cuanto a la tercera y última de las ponencias, se ha otorgado un papel de especial relevancia a las interpretaciones del TJUE en el ámbito de la política migratoria UE., especialmente en derecho sancionador ante los diferentes tipos de infracciones que pueden cometerse. Una de las cuestiones que ha merecido más atención ha sido la situación de los menores y las medidas de actuación adoptadas por la UE, especialmente desde el punto de vista de la compatibilidad de tales medidas con la regulación internacional en materia de derechos humanos y especialmente la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de diciembre de 1989, el Convenio de La Haya sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de octubre de 1961, así como la Carta Europea de los Derechos del Niño.

Como vemos, fue un denso programa, pero con un óptimo resultado de participación y discusión, con alto nivel académico. Tal como se esperaba de la doctrina laboral andaluza y, creo, que con un adecuado toque organizativo de la Universidad de Huelva como anfitriona del evento.

Juan Gorelli Hernández
*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Huelva

En Huelva, julio, 2017

**ACUERDO DEL COMITÉ CIENTÍFICO DE LAS
XXXV JORNADAS ANDALUZAS DE DERECHO
DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES**

En Huelva, a 16 de diciembre de 2016, reunido el Comité Científico de las XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.

Tras las correspondientes deliberaciones se analizaron los contenidos de las diversas obras presentadas, que en la presente convocatoria han ascendido a 15, y teniendo en cuenta el interés y relevancia del tema tratado, “Libre circulación de Trabajadores en la UE. 30 años en la Unión”

ACUERDAN

Otorgar la concesión del **Premio de mejor comunicación ex aequo**, a:

D. Miguel Ángel Almendros González por su trabajo “*Libre circulación, derecho de residencia y acceso a prestaciones sociales*”.

Y a:

Dª Esther Guerrero Vizuete por su trabajo “*La búsqueda de empleo por los trabajadores migrantes y su protección social*”.

Otorgar la concesión del **Premio de Primer Accésit, a la comunicación de:**

D. Francisco Vigo Serralvo, por su trabajo “*La coordinación comunitaria en materia de colocación de desempleados. Especial referencia al plan EURES y su revisión por parte del Reglamento Europeo 2016/589*”.

Otorgar la concesión del **Premio de Segundo Accésit, a la comunicación de:**

D. Luis Ángel Triguero Martínez, por su trabajo “*La ordenación comunitaria de los flujos migratorios: entre la selección de mano de obra y la protección del mercado laboral*”.

PRIMERA PONENCIA

LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES; RETROSPECTIVA Y EVOLUCIONES EN EL CONTEXTO EUROPEO ACTUAL

José Manuel Gómez Muñoz
*Catedrático de derecho del trabajo
Y de la seguridad social
Catedrático Jean Monnet-European Law
Universidad De Sevilla¹*

ÍNDICE

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. LA DIMENSIÓN LEGAL DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN**
 - 2.1. Fase de consolidación normativa del fenómeno (1968-1990)
 - 2.2. La universalización de la libre circulación (1990-2004)
 - 2.3. Fase de simplificación normativa (2004-2014)
- 3. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS VENTAJAS SOCIALES DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN**
 - 3.1. Fases de desarrollo en la acción del Tribunal de Justicia
 - 3.2. El elenco de derechos accesorios y ventajas sociales derivados de la libertad de circulación

¹ Ponencia presentada en el marco del Proyecto Nacional I+D+i DER2015-67342-R, del que el autor es IP, denominado *Redireccionando el empleo hacia el autoempleo: precariedad de condiciones de trabajo y emergencia de la figura del emprendedor*. Financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el FEDER.

- 4. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR A EFECTOS DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN**
- 5. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES Y LA COHESIÓN SOCIAL EN EUROPA**
- 6. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES EN EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS SOCIALES**
- 7. LA LIBRE CIRCULACIÓN Y EL MERCADO INTERIOR**
- 8. LA LIBRE CIRCULACIÓN EN LAS GRANDES ESTRATEGIAS DE EMPLEO**
 - 8.1. Los mecanismos institucionales para el empleo: SEDOC y EURES
 - 8.2. La jurisprudencia en materia de empleo y reconocimiento de títulos
- 9. LA LIBRE CIRCULACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO**
- 10. EL CONCEPTO DE CIUDADANÍA EUROPEA**
- 11. LA INTERACCIÓN CON LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**
 - 11.1. El nacimiento de la Directiva de desplazamiento de trabajadores de la mano del Tribunal de Justicia
 - 11.2. La victoria del Derecho Económico sobre el Derecho Social
- 12. ALGUNAS CIFRAS SOBRE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES**
- 13. LIBERTADES COMUNITARIAS Y EL FUTURO DE LA UNIÓN TRAS EL BREXIT**
 - 13.1. Las consecuencias impredecibles de una pésima decisión
 - 13.2. Epitafio crítico para una despedida

1. INTRODUCCIÓN

Conceptualmente resulta muy complejo definir un fenómeno de la importancia de la libertad de circulación de trabajadores, esencialmente porque no existen en el mundo otros modelos de contraste con los que establecer relaciones de comparación. Podemos decir que la libertad de circulación de trabajadores es un fenómeno local que se ha desarrollado en lo que hoy conocemos como Unión Europea y que a lo largo del tiempo ha evolucionado a impulso de tres potentes vectores. De hecho, podemos caracterizar esa libertad fundamental de carácter europeo como una metaestructura compleja conformada por tres subestructuras interdependientes, que surgen, a su vez de estos vectores de impulso: jurídico, económico y político².

El objeto de esta ponencia es trazar el esquema general de dicha metaestructura, cuyo grado de complejidad intrínseca es notable y excede, con mucho, las posibilidades de ser expuesta en la brevedad del texto que se solicita. Podemos decir que la subestructura jurídica está fundamentada en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad y se construye legal y jurisprudencialmente en torno al contrato de trabajo y la protección social a través del mecanismo de coordinación de sistemas de Seguridad Social nacionales. Para los juristas esta subestructura puede resultar esencial o primigenia, y podemos llegar a pensar que han sido las directivas y reglamentos de regulación de esta libertad los que han construido el resto del entramado de la metaestructura. De hecho, hablar de libre de circulación y de libertad de circulación implica moverse en dos planos conexos pero paralelos. La libre circulación responde a la descripción del fenómeno real, material, físico del ejercicio del derecho de libertad de circulación, que posee una naturaleza eminentemente normativa y jurisprudencial. Hablamos, por tanto, de una realidad social y de su configuración legal.

Pero las realidades en Europa, en el sentido en el que se expresaba Jean Monnet en sus Memorias, son las que construyen la Europa política, objetivo último buscado por los padres de la Comunidad Económica Europea, y no la norma³. Y así seguimos, sesenta años después de la firma del Tratado de Roma en marzo de 1957. Es decir, los hechos, la realidad, es la que ha terminado por configurar jurídicamente a esta libertad, y toda su construcción normativa y jurisprudencial obedece a la necesidad de dotar de un marco jurídico que proporcione seguridad jurídica a una casuística que debe tener el mismo tratamiento –principio de no

² La libertad de circulación ha sido caracterizada como fenómeno multidimensional por MARTIN VALVERDE, A., “Los derechos de los trabajadores en el ordenamiento comunitario”, *Actualidad Laboral*, 19, 2004, pág. 2290.

³ Vid. MONNET, J., *Memorias, Siglo XXI*, Madrid, 1985, pág. 425: “Europa política será creada... llegado el momento a partir de realidades. [...] Las realidades permitirán instaurar la unión política, que constituye el objetivo de nuestra Comunidad, a saber, la creación de los Estados Unidos de Europa”

discriminación por razón de nacionalidad- en cualquier parte del territorio de los Estados miembros.

Por lo que se refiere a la subestructura económica, la libre circulación de trabajadores se manifiesta en los planos del empleo y del mercado interior, mediante el sistema EURES y las normas sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Este vector de configuración es el más ineficiente desde el punto de vista de su materialización legal. Tiene un marco regulatorio conflictivo, disperso y dependiente directamente del desarrollo de la política social europea sobre la base del art. 153 TFUE –competencias compartidas- y del artículo 145 TFUE y siguientes –competencias coordinables- que desarrollan el procedimiento de la política de empleo. No es posible afirmar que exista un mercado de trabajo único en Europa configurado al mismo nivel que los mercados de trabajo nacionales. Se han eliminado las barreras para el acceso a los mercados nacionales y la condición de nacional de la UE es suficiente para ser beneficiario de ofertas de empleo y de prestaciones del sistema. Pero distamos mucho de estar próximos a cumplir con los objetivos de pleno empleo del artículo 3 TUE y las razones son múltiples.

La libertad de circulación de trabajadores, como abolición de toda discriminación respecto al empleo, primera de las manifestaciones que realiza el artículo 45.2 TFUE, choca con las realidades del mercado de trabajo europeo. En primer lugar, aparecen como dificultad las especificidades nacionales de los mercados de trabajo, marcadas por la dispersión de marcos regulatorios del contrato de trabajo, por diferenciales desorbitados y descontrolados de tasas de actividad, ocupación y desempleo entre mercados, y por nuevos fenómenos sociales y políticos que involucionan una trayectoria de décadas de protección del principio de no discriminación. En segundo lugar, están los niveles de desarrollo diferenciados de las libertades de establecimiento y prestación de servicios, acordes con estructuras económicas muy diferentes en el plano nacional y con una distribución descohesionada en el plano europeo de sectores productivos, En tercer lugar, encontramos una ausencia, a pesar de los muchos esfuerzos realizados por la UE desde 2003, especialmente, de medidas concretas en el plano de la política europea de empleo. Más allá de los grandes objetivos de la coordinación de las Orientaciones Generales de Política Económica y de Empleo, no es posible vislumbrar las realizaciones prácticas de la política europea en este campo, siendo incomprensible que países con tasas desafortunadas de desempleo deban estar sujetos a las mismas e insuficientes reglas en materia de empleo que países con pleno empleo.

Como subestructura política, la libertad de circulación de trabajadores se ha manifestado a través del concepto de ciudadanía europea y mediante el control de las fronteras exteriores, lo que no significa que haya una política inmigratoria real y efectiva en la UE. Posiblemente sea en este plano donde de una manera más evidente se hayan manifestado las debilidades del sistema político de la Unión. El contexto actual está dramáticamente caracterizado por una centrifugación

de principios políticos y libertades públicas y valores comunes que han sido inalienables e indisponibles durante sesenta años de Unión. Esos principios y libertades han sucumbido en su reinterpretación a la luz de la crisis financiera, económica y social que comenzó a manifestarse en 2008 y que no ha concluido aún. El *Brexit* no es más que la expresión más cruda de la falta de liderazgo político de Bruselas, absorbida por la necesidad de atender los efectos sistémicos de la crisis y prisionera de la renacionalización de las políticas comunes a manos de Alemania.

La crisis de los refugiados, con derogaciones frecuentes del Acuerdo de Schengen y una vergonzosa incapacidad para decidir el reparto de cuotas para la gestión de sus flujos no es más que el corolario lógico de la desaparición del ideal europeo, de la renuncia a esa Europa Social que Tony Judt llamaba “modelo útil susceptible de emulación universal”⁴. Pero sobre todo, el abandono del propio concepto dinámico de la libertad de circulación es lo más alarmante. Volvemos a ser testigos, de manos del populismo, del planteamiento de esquemas anteriores a la fundación de la Sociedad de Naciones, en lo que se refiere al concepto de supranacionalidad. Cuesta creer que hayamos pasado, en menos de una década, de la aprobación del Tratado de Lisboa en 2004 para la creación de unos auténticos Estados Unidos de Europa, a la amenaza de restablecimiento de controles de fronteras nacionales. La libertad de circulación de personas, y el propio concepto de ciudadanía europea, con lo que ello supone para el Estatuto de Ciudadanía Europea y su elenco de derechos, han sido las primeras víctimas de esta debacle que está aún lejos de ser frenada.

Las distintas subestructuras que presenta la libertad de circulación de trabajadores y que hemos presentado en esta introducción, se manifiestan, en sus correspondientes planos, del modo en que vamos a desarrollar en los siguientes epígrafes. De esta manera, y sin posibilidad de ser exhaustivos, vamos a presentar aquellos perfiles y elementos caracterizadores de cada uno de los tres grandes vectores o subestructuras descritas. Se trata, por tanto, de visualizar no sólo las realidades presentes sino sus evoluciones y sus condicionantes normativos, jurisprudenciales, económicos y políticos. A título aclaratorio diremos que hemos excluido voluntariamente de nuestro análisis dos perfiles esenciales de la libre circulación que forman parte intrínseca de su metaestructura. Por un lado, la libertad de circulación de los ciudadanos extracomunitarios y el Derecho Inmigratorio Europeo, objeto de análisis en la tercera ponencia, y, de otro, la Seguridad Social

⁴ Vid. JUDT, T., *Postguerra*, Taurus, Madrid, 2012, pág. 1141: “El siglo XX -el de Estados Unidos- había asistido a la caída de Europa en el abismo. El proceso de recuperación del viejo continente había sido lento e incierto. En cierto sentido, nunca se terminaría: Estados Unidos tendría el mayor ejército y China fabricaría más bienes y más baratos. Pero ni Estados Unidos ni China tienen a su disposición un modelo útil susceptible de emulación universal. A pesar de los horrores de su pasado reciente -y en gran medida a causa de ellos- ahora son los “europeos” los mejor situados para ofrecer al mundo ciertos modestos consejos sobre cómo evitar la repetición de sus propios errores. Pocos lo habrían predicho hace sesenta años, pero el siglo XXI todavía puede pertenecer a Europa”.

de los trabajadores migrantes que se estudiará en la segunda ponencia⁵. Igualmente, pues tampoco es posible la exhaustividad en este empeño, haremos abstracción del tratamiento del sistema Schengen como marco de Derecho Internacional Comunitario en materia de libre circulación de personas⁶ –lo que requeriría una ponencia específica-. Obviaremos, por los mismos motivos, el tratamiento de los acuerdos en materia de libertades circulatorias entre la Unión Europea y Turquía y Suiza, habida cuenta de que constituyen una importante realidad que requería, también, un tratamiento diferenciado y en profundidad.

2. LA DIMENSIÓN LEGAL DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

La realidad social de la libre circulación de trabajadores se ha sustentado en un marco jurídico articulado y sólido que se ha venido construyendo a remolque de los hechos. La Unión Europea ha construido un cuerpo jurídico complejo y estable cuyo origen puede establecerse en el Reglamento nº 15, de 16 de agosto de 1961 y la Directiva 64/221/CEE, de 25 de febrero, normas primigenias que vinieron a configurar las prescripciones mínimas en materia de no discriminación por razón de nacionalidad, aún antes, incluso, de que el Tribunal de Justicia comenzara a depurar su extensa doctrina sobre este principio. El proceso puede ser contemplado desde un doble prisma normativo y jurisprudencial, pudiendo apreciarse la existencia de distintas fases que permiten depurar diferentes momentos de impulso y orientaciones de la Comisión.

2.1 Fase de consolidación normativa del fenómeno (1968-1990)

En el plano meramente normativo pueden apreciarse tres fases de desarrollo. Una primera fase de consolidación del fenómeno va a extenderse desde 1968 a 1990. En esta fase originaria, marcada sin duda por la omnipresencia del Reglamento CEE nº 1612/68, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de trabajadores en la Comunidad y la Directiva 68/360/CEE, de 15 de octubre, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia, el sujeto de regulación y protección va a ser el trabajador por cuenta ajena y sus familiares. De alguna manera se supera la concepción de la libertad de circulación como fenómeno exógeno al mercado de trabajo europeo, en el que la Directiva 64/221/CEE, de 25 de febrero, sobre coordinación de medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, vino a establecer una norma de orden público

⁵ Vid. RODRIGUEZ-RAMOS VELASCO, P.T. y GÓMEZ MUÑOZ, J.M., “Bases del sistema de Seguridad Social en la Unión Europea, en AA.VV., Una aproximación al Derecho Comunitario, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Tecnos, Madrid, 2000. Págs. 57-70.

⁶ Vid. GARCIA MURCIA, J., Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea, Ed. Juruá, Lisboa, 2016, pág. 33, que pone de relieve las quiebras del Acuerdo de Schengen mediante el restablecimiento temporal de los controles fronterizos a través de instrumentos normativos como el Reglamento 1051/2013 o la Decisión 2016/894. Todo un síntoma de los tiempos.

laboral donde primaban valores externos al propio mercado de trabajo como la seguridad y la salud pública.

Sin duda alguna, todavía en esos años incipientes en los que aún existían desplazamientos masivos de trabajadores del sur de Europa hacia las regiones del centro, necesitadas de reconstrucción y recuperación tras la segunda guerra mundial, se precisaban normas que garantizaran la estabilidad de los mercados de trabajo nacionales. No en vano, el artículo 46.d) TFUE, sigue siendo tributario de aquella primera redacción del TCEE en la que la protección de los mercados nacionales primaba desde el punto de vista teleológico sobre el principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Los desplazamientos laborales tenían una finalidad de corte político-económico, incluso estratégico, en la medida en que era la recuperación de las regiones devastadas por la guerra el objetivo último. La fuerza del hecho social terminó imponiéndose y, dado que los trabajadores desplazados dejaron de tener la consideración de mano de obra móvil y masiva y pasaron a ser considerados trabajadores con derecho a residir con sus familias en los Estados de ejecución del contrato de trabajo, la legislación tuvo que garantizar los derechos de unos y de otros.

Esta realidad generó la aparición del Reglamento CEE nº 1251/70, de 29 de junio, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, lo que vino a consolidar prontamente el estatus del trabajador migrante y fue el inicio de la garantía de sus derechos tras la jubilación o incapacidad permanente en el Estado de acogida. La importancia de esta norma de desarrollo del Tratado no ha sido nunca bien ponderada, pero tiene un carácter revolucionario para la época porque supuso, de hecho, el reconocimiento de una realidad que aún no se había formulado legalmente en Europa, y es que tener la ciudadanía de un Estado de la Comunidad permitía al trabajador vivir de forma estable en cualquier otro Estado miembro.

Este Reglamento de 1970 vino acompañado inmediatamente después de su aparición por la Directiva 72/194/CEE, de 18 de mayo, por la que se amplía a los trabajadores que permanecen tras ejercer un empleo en un Estado miembro la Directiva 64/221/CEE, y siete años después, al impulso de la incipiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por la Directiva 77/486/CEE, de 25 de julio, relativa a la escolarización de los hijos de los trabajadores migrantes, que vino a consolidar el estatus de la familia del trabajador migrante en las sociedades de acogida y, en buena medida, a facilitar las condiciones de integración social y cultural en las mismas.

De importancia singular en la fase que estamos analizando es la preocupación que a partir de 1973 va a mostrar la Comisión por la situación de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, que en la Gran Bretaña recién ingresada en la Comunidad a partir del 1 de enero de ese año constituían un porcentaje de casi el 20% de su fuerza laboral. Es precisamente en ese momento cuando aparece la relevante Directiva 73/148/CEE, de 21 de mayo, sobre supresión de restricciones

al desplazamiento y a la estancia dentro de la Comunidad a los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, norma que vino a poner de manifiesto que el interés de la Comunidad por preservar las libertades económicas no podía entrar en conflicto con la realidad básica del desplazamiento de prestadores libres de servicios que reclamaban la supresión de obstáculos a su trabajo, del mismo modo que la Comunidad habría suprimido los aranceles entre Estados miembros. La norma va a completarse dos años después con el reconocimiento de estatus de estos trabajadores autónomos en forma de Directiva 75/34/CEE, de 17 de diciembre, sobre el derecho a permanecer en un Estado miembro tras haber ejercido una actividad por cuenta propia y la Directiva 75/35/CEE, de 17 de diciembre, que amplía a los que permanecen tras ejercer una actividad por cuenta propia la Directiva 64/221/CEE.

De esta forma relevante se pusieron las bases normativas para la consolidación de un fenómeno que a partir de los años noventa va a comenzar a universalizarse al amparo de una nueva reorientación jurídica de las libertades circulatorias recogidas en el Tratado

2.2. La universalización de la libre circulación (1990-2004)

Aunque el título que regula la libertad de circulación en el Tratado, en sus diferentes versiones a lo largo de la historia de la Unión, siempre ha aludido a la libre circulación de *personas*, la realidad es que hasta la década de los noventa del siglo pasado, el Consejo no legisla de un modo consciente o específico para aquellos ciudadanos que no son trabajadores por cuenta ajena o propia y/o familiares de los mismos. Simplemente se ha regulado hasta ese momento el ejercicio de la libre circulación partiendo de la base de la existencia de una relación laboral o una relación de trabajo autónomo, lo que significaba, de hecho, no contemplar la posibilidad de que esta libertad se ejerciera fuera del mercado de trabajo. Pero la realidad, nuevamente, se impone al hecho normativo y termina condicionándolo⁷.

De hecho, el problema principal se planteaba con la inexistencia dentro del título correspondiente del Tratado de un marco legal adecuado para regular una libertad que carecía de sujeto titular identificado: el ciudadano europeo. Esto va a suponer un descubrimiento que podemos calificar de tardío pero que tuvo que asumirse necesariamente como un nuevo marco de regulación. De este modo en el mismo año 1990 van a aparecer tres importantes directivas que dibujarán un marco de derechos inéditos y que trascenderán a la existencia previa de contrato de trabajo o de relación de trabajo autónomo. Se va a caracterizar, al margen del Derecho originario, un derecho de residencia que, sin estar explícitamente recogido

⁷ Vid. un análisis de esta fase de reconocimiento de derechos a través de los sucesivos Tratados de la década de los noventa en MATÍA PORTILLA, F.J., “Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas”, *Revista Española de Derecho Europea*, 39, 2011, pág. 27

en los Tratados, supondrá, de hecho, el reconocimiento universal para cualquier ciudadano de la Comunidad Europea a poder residir en el Estado de su elección.

En buena medida se puede afirmar que durante esta fase se ponen las bases para la formulación posterior del concepto de ciudadanía europea. Las directivas mencionadas fueron la Directiva 90/364/CEE, de 28 de junio, relativa al derecho de residencia, la Directiva 90/365/CEE, de 28 de junio, relativa al derecho de residencia de las personas que han ejercido una actividad por cuenta propia o ajena, y la Directiva 90/366/CEE, de 28 de junio, relativa al derecho de residencia de los estudiantes. Esta última mantuvo sus efectos hasta el 31 de diciembre de 1993 y fue sustituida por la Directiva 93/96/CE, de 29 de octubre. El programa Erasmus y la universalización de los desplazamientos al margen de la realización de actividades económicas, impulsados por la bonanza de la economía europea, generaron la necesidad de establecer este marco regulatorio a las puertas de la aprobación del Tratado de Maastricht⁸.

2.3. Fase de simplificación normativa (2004-2014)

Esta tercera fase, que no última, pues podríamos hacer una disrupción para analizar la catastrófica gestión de la política migratoria común y su negativa influencia sobre las libertades regulatorias en el periodo 2014-2017, está caracterizada por la aparición de una legislación de simplificación y síntesis de la dispersa normativa anterior, lo que conllevará la derogación de los vetustos reglamentos y directivas de la primera etapa y su sustitución por normas mucho más simples. Esto ha sido posible gracias a la interiorización de los principios y valores depurados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la praxis habitual de la libre circulación. No ha sido menor en esta fase la importancia del proceso frustrado de Constitución Europea en 2004, que incorporó un catálogo de derechos fundamentales, y que evolucionó en 2009 hacia el Tratado de Lisboa con la adopción de una Carta de Derechos Fundamentales en los que se incardinó el derecho de libre circulación⁹. Esta nueva legislación sobre la libertad de circulación tendrá un carácter indistinto para regular la situación de trabajadores y no trabajadores, y vislumbra una nueva óptica centrada en la facilitación de los movimientos en el territorio Schengen, volviendo, una vez más en la historia, al reforzamiento de las restricciones a los desplazamientos por motivos de orden público, salud pública y seguridad pública.

La norma que servirá de marco para esta nueva reorientación regulatoria será la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento y el Consejo, de 29 de abril, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular

⁸ Vid. ANDRES SAENZ DE SANTA MARÍA, P., "Movilidad de estudiantes y ciudadanía de la Unión: un análisis a través de la jurisprudencia del TJUE", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 27, 2014, págs. 237 y ss.

⁹ Vid. PRADOS DE REYES, F.J., SÁEZ LARA, C. et al., "Los derechos fundamentales laborales en el proyecto de Constitución Europea", en AAVV, QUESADA SEGURA, R., (coord.) *La Constitución Europea y las relaciones laborales*, CARL, Mergablum, Sevilla, 2004.

y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁰. Esta Directiva va más allá de la mera simplificación y codificación de las normas centrales en materia de libre circulación, suponiendo un nuevo orden constitucional en la interpretación y reconocimiento del derecho de libertad de circulación. De entrada, puede considerarse una norma ómnibus en el sentido de que, con independencia del carácter económico o no económico que realice la persona que se desplaza, el reconocimiento del derecho y su regulación dependerá del hecho de la nacionalidad o pertenencia a cualquier Estado miembro de la unión¹¹.

Junto a esta norma central aparece posteriormente el Reglamento UE n° 492/2011, del Parlamento y el Consejo, de 5 de abril, que, en la misma línea inclusiva que la Directiva marco, determinará la equiparación de trabajadores permanentes y transfronterizos a efectos de regulación de su libertad de circulación. El Reglamento es congruente con la doctrina del Tribunal de Justicia manifestada en la STJUE de 17 de julio de 2008, RACCANELLI, asunto 94/07, que realiza una interpretación amplia y abierta del concepto de trabajador a efectos de la aplicación del artículo 45 TFUE. Este cuadro, se verá completado por la Directiva 2014/54/UE, del Parlamento y el Consejo, de 16 de abril, que viene a reforzar los procedimientos de información sobre el Derecho a circular libremente, y, a su vez, clarifica y refuerza los procedimientos para la reparación de discriminaciones por razón de nacionalidad. Esta norma se mueve en el ámbito de la garantía de la seguridad de los movimientos y es congruente con la política del Consejo en su afán de proteger los derechos de circulación en el territorio Schengen a la vez que se protegen las necesidades de seguridad y salud pública.

Finalmente, podemos considerar que el Reglamento UE n.º 2016/399, del Parlamento y el Consejo, de 9 de marzo, cierra esta fase de desarrollo normativo de la libertad de circulación de personas al establecer un código de normas de la Unión Europea para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), que constituye una codificación del Reglamento CE n.º 562/2006 y de sus modificaciones.

¹⁰ No puede desdenarse la importancia que tuvo el reconocimiento de la libertad de circulación a nivel constitucional con el intento fallido de Constitución Europea en 2004. Vid. BALLESTER PASTOR, I. y MIÑARRO YANINI, M., “El derecho a la libre circulación de trabajadores en la Constitución Europea”, *RMTAS*, 57, 2005, pág. 14. NIETO NIETO, N., “Los derechos laborales en el proyecto de Constitución Europea”, en AAVV, *Una Constitución para la ciudadanía de Europa*, Thonsom-Aranzadi, Navarra, 2004.

¹¹ Vid. CAICEDO CAMACHO, N., “La Directiva 2004/38/CE y la jurisprudencia del TJCE sobre el disfrute de las prestaciones sociales: ¿freno al avance en materia social o adecuación a los intereses de los Estados?”, *REAF*, 19, 2014, pág. 100.

3. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS VENTAJAS SOCIALES DERIVADAS DE LA LIBRE CIRCULACIÓN

3.1. Fases de desarrollo en la acción del Tribunal de Justicia

Sobre la base del principio de no discriminación por razón de nacionalidad con fundamento en los Tratados en los artículos 38 a 42 TCEE (posteriormente artículos 48 a 51 TCE y 45 a 48 TFUE) la actividad jurisprudencial del TJUE no ha modificado prácticamente el alcance de dicho principio, seguramente porque el actual artículo 45.2 TFUE se sigue expresando en los mismos términos que hace sesenta años. Probablemente sea este uno de los principios más inamovibles en su formulación, de lo que es buena prueba que el Tribunal de Justicia siga usándolo como mecanismo de confrontación de la legalidad comunitaria en fallos muy recientes (STJUE de 5 de febrero de 2015, COMISIÓN vs. BÉLGICA, asunto C-317/14, o en la STJUE de 24 de febrero de 2015, SOPORA, asunto C-512/13)

Al igual que sucede con el desarrollo normativo de la libertad de circulación, es posible vislumbrar la existencia de diversas fases en la construcción jurisprudencial de todo el entramado de derechos accesorios o instrumentales, ventajas sociales, prerrogativas y garantías de derechos derivados de los mencionados artículos del Tratado. De hecho, los Tratados son muy parcos en la formulación del alcance de las libertades circulatorias y ha sido el Tribunal de Justicia quien ha terminado de configurar y perfilar las diferentes manifestaciones y facultades de estas libertades en un elenco amplio de sentencias, de las que podemos hacer una corta selección¹².

Podemos hablar, por tanto, de una primera fase jurisprudencial de ampliación del marco de derechos del Reglamento 1612/68, con fallos que vinculaban de una manera muy directa el reconocimiento de derechos a la existencia de la relación contractual (década de los 70 y 80). En una segunda fase, el Tribunal de Justicia pasará a desarrollar un catálogo de ventajas sociales para la integración de los trabajadores y sus familias que supondrá un reconocimiento, acorde con la legislación que verá la luz en esta fase, de la universalización de la libre circulación y con la previsión de las adhesiones futuras que van a tener lugar a partir de entonces (década de los 90). En una tercera fase, el Tribunal de Justicia se ocupará de la remoción de obstáculos para la libre circulación efectiva y de la reparación de discriminaciones (primera década siglo XXI)

3.2. El elenco de derechos accesorios y ventajas sociales derivados de la libertad de circulación

En directa relación con una concepción de la libertad de circulación vinculada al ejercicio de trabajo asalariado o trabajo autónomo, el Tribunal de Justicia, a lo largo de las fases que se han descrito, ha venido depurando una doctrina de

¹² Vid. un análisis pormenorizado de jurisprudencia en la materia, en RODRIGUEZ PIÑERO ROYO, M. y GÓMEZ MUÑOZ, J.M., “25 años de jurisprudencia laboral del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Relaciones Laborales, diciembre 2010, pág. 156-185.

reconocimiento de derechos accesorios derivados directamente del ejercicio de esta libertad por parte de un sujeto titular de la misma, generalmente, el trabajador asalariado. La necesidad de garantizar la integración social de los trabajadores y sus familias y de evitar que los trabajadores migrantes fuesen objeto de discriminaciones laborales no admisibles, generaron toda esta doctrina. Su valor nunca ha sido suficientemente reconocido, pero ha puesto las bases para que toda la jurisprudencia en materia de libre circulación surgida en el presente siglo haya bebido de sus fuentes.

Sin ánimo exhaustivo, en materia de contrato de trabajo, la STJCE de 15 de octubre de 1969, UGLIOLA, asunto 15/69, vino a reconocer dentro del cómputo de antigüedad de los servicios prestados por un trabajador migrante el tiempo que éste había pasado en el servicio militar. En buena medida el Tribunal de Justicia adopta la técnica de reconocer estos derechos laborales en plano de reciprocidad, esto es, teniendo en cuenta la práctica con los trabajadores nacionales dentro del Estado de acogida, con objeto de evitar las discriminaciones directas. Tema recurrente el de la antigüedad de servicios prestados, la STJCE de 12 de marzo de 1998, COMISIÓN/GRECIA, asunto C-187/96, vendrá a reconocer, sobre la base del artículo 7.1 del Reglamento 1612/68, el cómputo acumulado de antigüedad a un trabajador que vuelve a trabajar en su Administración de origen después de haber prestado servicios en la Administración Pública de otro Estado de acogida. De la misma manera, la STJUE de 26 de junio de 2001, COMISION/ITALIA, asunto C-212/99, condenará a Italia por no reconocer la antigüedad de servicios prestados a los lectores de lengua extranjera cuando consolidan su contrato de trabajo en Italia como contrato por tiempo indefinido.

En materia de retribución y salarios, la STJCE de 12 de febrero de 1974, SOTGIU, asunto 152/73, ya vino a reconocer que ciertos pluses salariales, entendidos como condiciones de trabajo, no podían constituir objeto de tratamiento diferenciado entre trabajadores en función de su origen o nacionalidad. Sobre la base del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, artículo 7 TCEE, esta sentencia sirvió para el desarrollo jurisprudencial posterior de la teoría del efecto directo de los preceptos del Tratado, entre ellos, singularmente, el artículo 119 TCEE, sobre igualdad de trato salarial entre hombres y mujeres.

El reconocimiento de ventajas sociales, asociadas a la existencia de un trabajador titular del derecho de libre circulación que convive con su familia en el Estado de acogida, dio lugar también a una importante serie de fallos jurisprudenciales que conformaron la cobertura protectora de la integración social. En la STJCE de 30 de septiembre de 1975, CRISTINI, asunto 32/75, se reconocía el derecho de los trabajadores migrantes a obtener rebajas en los billetes de tren por familia numerosa en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales. Igualmente, en la STJCE de 14 de enero de 1982, REINA, asunto 65/81, se reconocía el derecho de los trabajadores migrantes, en igualdad con los nacionales, a la obtención de préstamos sin interés por natalidad. De igual manera la STJCE de 16 de diciembre de 1976, INZIRILLE, asunto 63/76, reconocía asignaciones para inválidos adultos

en las mismas condiciones que a los trabajadores nacionales. Por su parte la STJUE de 31 de mayo de 2001, LECLERE, asunto C-43/99, volvió sobre el tema de los subsidios de maternidad, nacimiento y crianza y determinó que el requisito de residencia para su disfrute debía ser igualmente exigido para nacionales y no nacionales.

Para los trabajadores autónomos, se reconoció el derecho a votar en la cámara profesional para la que se pagan las cuotas en los mismos términos que los nacionales, en la STJCE de 4 de julio de 1991, ASTI. La protección del derecho a la educación de los hijos de trabajadores migrantes fue también objeto de un continuado tratamiento por parte del Tribunal de Justicia. Así, en relación a la obtención de becas de acceso a enseñanza y de mantenimiento en Alemania por parte de hijos de trabajador italiano, se emitió la STJCE de 3 de julio de 1974, CASAGRANDE, asunto 9/74. Esta doctrina se depura hasta el punto de que el reconocimiento del derecho a becas y subsidios se proyecta incluso fuera del Estado de acogida, como sucede en el caso de la STJCE de 13 de noviembre de 1990, DI LEO, asunto 308/89, en la que se reconoce el derecho de la hija de un trabajador italiano en Alemania a solicitar una beca alemana para estudiar en Italia. Esto es consecuencia de la concepción universalizadora de la protección del principio de no discriminación por razón de nacionalidad. De hecho, la STJCE de 17 de febrero de 1985, GRAVIER, asunto 293/83, interpretó de forma expansiva el concepto de enseñanza protegida por el art. 7.3 Reglamento CEE 1612/68, incluyendo también a la enseñanza escolar, media y superior, y no sólo a la profesional.

4. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR A EFECTOS DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

Posiblemente sea este el aspecto jurídico de la libertad de circulación que más tratamiento haya tenido en la doctrina laboralista y, seguramente, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Partimos del hecho de la ausencia de un concepto de trabajador de dimensión europea, pero ello no ha impedido la síntesis jurisprudencial de un concepto objetivo de trabajador a efectos de libre circulación independiente de los derechos nacionales. Esta definición puede no coincidir, y de hecho no lo hace, con otras definiciones comunitarias de trabajador, a efectos, por ejemplo, de despido colectivo, pero sirve a los efectos que hemos venido estudiando: el reconocimiento de derechos derivados de la libre circulación¹³.

El debate, además, tiene una enorme proyección a la luz de los últimos grandes fallos del Tribunal de Justicia en relación con los contratos temporales en las Administraciones Públicas, porque, a la postre, nos lleva a plantearnos el propio concepto de contrato de trabajo y la posibilidad de que éste pueda llegar

¹³ Vid, GÓMEZ MUÑOZ, J.M., "Consideraciones jurídicas acerca del concepto comunitario de trabajador migrante, en AA.VV., La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, Págs. 1171-1204.

a tener naturaleza comunitaria¹⁴. Cabe preguntarse, pues, si la labor del Tribunal de Justicia está depurando un contrato único de trabajo para el mercado de trabajo europeo o, si, simplemente, el conflictivo y difícil panorama económico y financiero europeo actúa como motor de armonización normativa en materia de contratación. La Unión Europea no puede legislar en materia de contrato de trabajo, pero sí tiene competencias compartidas en materia de condiciones de trabajo y protección del trabajador en caso de despido, sobre la base del artículo 153 TFUE, lo que constituye un poderoso mecanismo de armonización. Ello ha contribuido a que el propio concepto de trabajador sea hoy mucho más uniforme a nivel europeo de lo que era hace veinte o treinta años.

Han sido muchas las evoluciones posibles del concepto de trabajador en el plano legal en Europa en todos estos años. Hemos pasado de la concepción de trabajadores *outsiders e insiders* del Informe Kok (2004), con la flexiguridad como enfoque, a la distinción *Core and Contingent workers* como origen de una teoría del contrato único en la Unión Europea, pasando, previamente por visiones minimalistas del trabajo asalariado –cualquier actividad económica que permita el sustento del trabajador– que pretendían unificar el concepto desde el mínimo común denominador. Hoy estamos mucho más cerca de depurar un concepto común de trabajador, aunque partamos de una situación muy desfavorable desde la óptica económica que ha segmentado al mercado de trabajo mediante una brecha salarial como no se conocía en décadas, y dependamos, más que nunca, de las tecnologías que amenazan con acabar con el mismo concepto de trabajo. Cuando menos cohesionados estamos, más necesidad tenemos de encontrar ese concepto europeo de trabajador asalariado.

Sin embargo, la labor ingente del Tribunal de Justicia nos permite tener una visión de conjunto bastante fiel y coherente del concepto de trabajador titular del derecho de libertad de circulación. Ya en 1964, antes de la aparición de las grandes normas troncales en materia de libre circulación, la STJCE de 19 de marzo de 1964, UNGER, asunto 75/63, vino a establecer como punto de partida que el ámbito subjetivo de la libre circulación no puede estar condicionado por los derechos nacionales, y por tanto, esta libertad debe poder ejercerse bajo las mismas condiciones en todos los Estados miembros. Congruentemente, la STJCE de 23 de marzo de 1982, LEVIN, asunto 53/81, declaró que no importa que la relación laboral sea indefinida, temporal, de temporada, a tiempo parcial, ni tampoco que el tipo de trabajo o el volumen de ingresos sea diferente. Es decir, de la síntesis conceptual de los derechos nacionales, se obtiene un concepto mínimo y válido de titular del derecho de libertad de circulación. En la misma línea, la STJCE de 3 de junio de 1986, KEMPF, asunto 139/85, determinó que la actividad asalariada real y efectiva, aunque las rentas deban ser completadas con subsidios, es la que determina la calificación de trabajador a efectos de libre circulación.

¹⁴ Vid. las reflexiones al respecto que realiza CRUZ VILLALÓN, J., “Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en AA.VV., Monográfico sobre el impacto de la Jurisprudencia europea sobre las relaciones laborales en España, Temas Laborales, 130, 2015, págs. 29 y ss.

Con la STJCE de 3 de julio de 1986, LAWRIE-BLUM, asunto 66/85, quedó establecido que debe considerarse trabajador a efectos de libre circulación cualquier trabajador que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan, desde el punto de vista económico, un carácter meramente marginal y accesorio. Este fallo, que se incardina en un planteamiento economicista de las libertades circulatorias y, dentro de la lógica del mercado interior creado por el Acta Única Europea, tuvo gran relevancia porque nos hizo ver desde la óptica del mercado la trascendencia del reconocimiento de la titularidad de los derechos. Al mismo tiempo, permitió vislumbrar cómo podrían inferirse las consecuencias de un ejercicio de la libre circulación al margen de cualquier actividad económica. Cuatro años después de este fallo, aparecerá la trilogía de Directivas de 1990 relativas al derecho de residencia derivado de una libre circulación al margen de la relación de trabajo.

Abundando en la construcción del concepto de trabajador a efectos de libre circulación, la STJCE de 12 de mayo de 1998, MARTÍNEZ SALA, asunto C-85/1996, vino a establecer que el concepto no es unívoco, sino que puede variar según el ámbito de aplicación de que se trate. Dicho concepto no puede recibir una interpretación diferente en función del Derecho nacional, sino que tiene un alcance comunitario y debe definirse según criterios objetivos que caractericen la relación laboral teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas afectadas. En esta línea, la STJUE de 17 de julio de 2008, RACCANELLI, asunto C-94/07, vino a establecer que, aunque se haya dado forma de beca y no de contrato de trabajo a una relación contractual, ésta pasa a estar protegida por la libre circulación si reúne los requisitos objetivos de una relación de trabajo.

Es importante aclarar que dichos requisitos objetivos vienen determinados por el derecho nacional, no por el derecho comunitario, pero la labor del Tribunal de Justicia resulta extremadamente celosa a la hora de garantizar los derechos de quienes presume pueden ser trabajadores insertos en una relación de trabajo. De esta forma, la interpretación expansiva del concepto de trabajador tiene como objetivo la extensión de los efectos protectores de los derechos derivados de las libertades circulatorias y de otras normas comunitarias como las que protegen a los trabajadores en caso de despido colectivo o de insolvencia empresarial. La jurisprudencia muestra algunos ejemplos que podemos considerar casos límite.

Por ejemplo, tenemos el caso de la STJUE de 19 de junio de 2014, SAINT PRIX, asunto C-507/12, en el que una trabajadora embarazada que deja de trabajar durante el periodo de parto no pierde por ello su condición de trabajadora a efectos de libre circulación de trabajadores y puede, consiguientemente, reclamar un complemento de salarios previsto en la legislación británica. Más extremo es aún el caso de la STJUE de 9 de julio de 2015, BALKAYA Y ABBRUCH, asunto C-229/14, donde se ha reconocido la condición de trabajadores –a efectos del despido colectivo– a un miembro de la dirección de una sociedad de capital que actuaba bajo la dirección de otro órgano de la misma, y a una persona que realizaba prácticas en una empresa con una ayuda económica de un organismo público encargado de fomentar el

empleo y sin que el empresario le pagara retribución alguna, lo que ha tenido el efecto de convertir una ayuda pública en retribución.

Finalmente, el planteamiento doctrinal del Tribunal de Justicia sobre el concepto de trabajador, alcanza también a los trabajadores autónomos como sujetos de derechos reconocidos a nivel comunitario. La STJUE de 4 de diciembre de 2014, FNV KUNSTEN INFORMATIE, asunto C-413/13, en la lógica de la Sentencia ALBANY, pero en relación a los trabajadores autónomos, ha venido a establecer que cuando los convenios colectivos regulan el régimen retributivo de los trabajadores autónomos, conculcan el art. 101 TFUE en materia de libre concurrencia. Deja, no obstante, el TJUE en manos de los tribunales nacionales la labor de dilucidar si dichos trabajadores autónomos son “falsos autónomos”, en cuyo caso el régimen aplicable sería similar al de los trabajadores asalariados, o si son verdaderos autónomos, en cuyo caso habría conculcación de las reglas de la competencia. El problema, destacado por la doctrina, es qué ocurre con los acuerdos de interés profesional que regula nuestro Estatuto del Trabajo Autónomo, art. 13 para los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Es muy posible que el posicionamiento del TJUE con estos acuerdos fuera contrario a reconocer su compatibilidad con el Derecho de la competencia.

5. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES Y LA COHESIÓN SOCIAL EN EUROPA

¿Ha servido la libertad de circulación de trabajadores para cohesionar el marco de derechos sociales en el mercado de trabajo europeo? Esta pregunta es, sin duda, retórica, pues podemos afirmar que su influencia en el marco regulatorio de condiciones de trabajo ha sido escaso. No ha servido para reducir las brechas sociales en relación a condiciones laborales en Europa aunque, sin duda, ha contribuido a la normalización del principio de no discriminación por razón de nacionalidad en la relación de trabajo. Empleemos el método de medición que empleemos, las dificultades para comprobar empíricamente cómo ha influido el marco regulatorio de la libre circulación de trabajadores en la mejora de los indicadores de la cohesión económica y social, son extremas. Realmente, la cohesión económica y social aparece como objetivo del mercado único con el Acta Única Europea de 1986, pero no será hasta la aprobación del Tratado de Maastricht en 1992 que se convierta en una política más del Tratado. Tanto la Estrategia de Lisboa en 2000, renovada en 2005, y convertida en Estrategia Europa 2020, como el Tratado de Lisboa en 2009, han reforzado la necesidad de conseguir objetivos cuantitativos tangibles, pero ha podido más la realidad nefasta de la crisis económica que las buenas intenciones manifestadas.

Ha habido un hecho que ha condicionado intensamente los desarrollos esperados del marco de protección de derechos surgidos al amparo de la libertad de circulación. Las ampliaciones de la Unión Europea, singularmente las últimas,

2004-2007-2013, han determinado la aparición de movimientos regresivos en la implementación de esta libertad circulatoria. De alguna manera, puede afirmarse que se ha producido un reforzamiento de la subestructura política de la libre circulación frente a la subestructura económica de la misma, lo que ha generado manifestaciones de renacionalización de políticas europeas que no se han conocido en la historia de la Unión.

Muestra de ello han sido tres Resoluciones del Parlamento Europeo que han vuelto, de algún modo, a resucitar la defensa en términos políticos de la libre circulación de personas como si sesenta años de construcción europea no hubieran servido de nada. Así la Resolución del PE, de 25 de octubre de 2011, en respuesta a una Comunicación de la Comisión al respecto, viene a impulsar el fomento de la movilidad de los trabajadores en la Unión, reafirmando su importancia y abordando asuntos como la eliminación de barreras que obstaculizan la circulación, los aspectos administrativos y jurídicos y los vínculos de la movilidad con otras políticas. Dos meses más tarde, la Resolución del PE, de 15 de diciembre de 2011, en vista de la persistencia de restricciones en los mercados laborales para los nacionales de Rumanía y Bulgaria, vino a recordar que la movilidad de los trabajadores en la Unión no debe considerarse nunca una amenaza para los mercados laborales nacionales. Finalmente, en la Resolución del PE, de 16 de enero de 2014, sobre el respeto del derecho fundamental a la libre circulación en la Unión, el Parlamento recordaba que no se puede vincular el derecho a la libre circulación para fines de trabajo con abusos de los sistemas de seguridad social, STJUE de 6 de noviembre de 2003, NINNI-ORASCHE, asunto C-413/01, y pedía a los Estados miembros que se abstuvieran de adoptar medidas que pudieran afectar al derecho a la libre circulación.

Esto es una muestra tangible de hasta qué punto se ha producido el deterioro de la cohesión económica y social en Europa tras la crisis¹⁵. Si bien hemos admitido que el influjo de la libre circulación sobre la cohesión económica y social ha sido imperceptible, es evidente que la quiebra de esta cohesión en el periodo de las ampliaciones, pero especialmente en el periodo 2008-2014, ha tenido un devastador efecto regresivo sobre los principios esenciales sobre los que se ha asentado esta libertad circulatoria. Es indudable que, gracias al entramado legal que regula los movimientos migratorios dentro del mercado de trabajo en Europa, los trabajadores de los Estados miembros más fuertemente golpeados por la crisis han podido desplazarse a otros Estados con mercados laborales en mejor situación para paliar el hundimiento de la oferta nacional de empleos¹⁶. Del mismo modo, es claro que la libre circulación ha permitido una transferencia de rentas entre Estados miembros de incalculable valor para el incremento del PIB de los Estados emisores de trabajadores migrantes en términos de rentas del trabajo. Igualmente,

¹⁵ Vid. BAYLOS GRAU, A., “La contracción del Estado social”, Revista de Derecho Social, Bomarzo, 2013, pág. 20

¹⁶ Vid. el análisis crítico de GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014

puede afirmarse que los trabajadores más cualificados, con independencia de su nacionalidad, terminan siendo requeridos en mercados de trabajo nacionales distintos a los de su origen.

En este sentido, sí es posible afirmar que el marco de libre circulación de trabajadores ha contribuido a amortiguar los efectos de la crisis en Europa en términos de transferencia interna de rentas. Pero, no puede afirmarse que haya llegado más allá. Es más, la brecha social no sólo se ha incrementado dentro de los Estados miembros más afectados –Grecia, Portugal, Irlanda, España- sino que no se ha reducido entre los Estados miembros. A ello contribuye también el efecto Euro, pues en la Eurozona (UE-15), donde se encuentran dichos países, la caída de ingresos durante el último trimestre de 2016, -0,2%, contrasta con el incremento de ingresos en la UE-28 en el mismo periodo, cifrado en el 0,5%.

6. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES EN EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS SOCIALES

Hasta el momento hemos podido comprobar que la actividad normativa y jurisprudencial de desarrollo de derechos derivados del ejercicio de la libertad de circulación ha generado un *corpus* de derechos y de prácticas refrendadas como compatibles con el derecho europeo que permite afirmar que su contribución al desarrollo de los derechos sociales en Europa ha sido notable a lo largo de estos sesenta años. Hemos pasado del desarrollo de los derechos instrumentales o accesorios derivados del desplazamiento de trabajadores, al reconocimiento autónomo de derechos sociales. Hemos podido comprobar cómo se ha producido el tránsito desde el reconocimiento de derechos al trabajador desplazado, al reconocimiento de derechos de los miembros de su familia. Se ha producido un reconocimiento de derechos a estudiantes y personas sin actividad económica –previendo, seguramente, las adhesiones que vendrían a partir del Proceso de Copenhague en 1993- que ha desvinculado progresivamente el reconocimiento de derechos del hecho del desplazamiento y lo ha fijado en la residencia. Todo ello, sin duda, ha contribuido a la construcción del concepto de ciudadanía europea, aunque hemos de reconocer que este reconocimiento de derechos ha tenido un grado de incidencia dispar en los distintos ordenamientos nacionales.

Especialmente difícil ha sido la asimilación del acervo comunitario en materia social en países como Hungría, Polonia, Bulgaria, Rumanía, o las repúblicas bálticas, donde la adhesión a la Unión Europea ha tenido un efecto dinamizador de las incipientes economías de mercado que no se ha traducido en la creación de espacios sociales de protección de derechos de los trabajadores y que, de la mano de interpretaciones maximalistas de los límites del derecho de la competencia, ha generado todo tipo de prácticas de dumping social en los países receptores de mano de obra procedente de estos países. Puede decirse que el papel que las empresas y trabajadores portugueses o griegos desempeñaron en los mercados de trabajo

de Europa en los años setenta o noventa del siglo pasado, lo están desempeñando ahora, a pesar de la doctrina surgida de la jurisprudencia RUSH PORTUGUESA, las empresas y trabajadores de estos nuevos Estados socios de la Unión.

Ante esta preocupación evidente, la Comisión no parece haber tomado nota de las ineficiencias que plantea la asimilación, no ya del propio acervo normativo, sino de la tradición y praxis jurídica de aplicación y reconocimiento de los derechos derivados de la libertad de circulación, en estos nuevos Estados miembros. De hecho, resulta, como poco, sorprendente, que no haya ni una sola referencia a los nuevos retos y perspectivas, problemáticas, sin duda, de la libre circulación de trabajadores en el documento de consulta de la Comisión Europea sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, documento COM(2016) 127 final, de 8 de marzo de 2016. Realmente creemos que este nuevo impulso social, que forma parte de los nuevos mecanismos de reformismo institucional adoptados por las instituciones comunitarias durante el periodo de crisis reciente, no puede prescindir del carácter ínsitamente transformador de los derechos sociales de la libertad de circulación, que históricamente ha demostrado.

Es más, el tratamiento que se ha dado a la libre circulación en el Documento de Reflexión sobre la Dimensión Social de la Unión Europea, COM(2017) 206, de 26 de abril de 2017, es sorprendentemente negativo, pues entre los escenarios posibles que dibuja la Comisión, el de “limitar la dimensión social a la libre circulación” es, con diferencia, el peor de todos. Hasta tal punto es así que la Comisión asimila el estancamiento de la política social comunitaria a la reducción de dicha política social al mero ejercicio de la libre circulación de personas en Europa. Centrarse en el mercado único, dice la Comisión, solo significaría mantener las normas destinadas a favorecer los movimientos transfronterizos de personas, por ejemplo, las normas relativas a los derechos de seguridad social de los ciudadanos móviles, al desplazamiento de trabajadores, a la atención sanitaria transfronteriza y al reconocimiento de títulos.

En cambio, debería revocarse la legislación europea relativa a la protección de los trabajadores, la salud y la seguridad en el trabajo y el tiempo de trabajo y de descanso. La legislación en materia de igualdad y de vacaciones retribuidas mínimas se suprimiría a nivel europeo. Los Estados miembros podrían decidir si permiten o no el trabajo a través de empresas de trabajo temporal. La igualdad de trato de los trabajadores a tiempo parcial dejaría de estar garantizada en toda Europa. No existirían estándares mínimos establecidos a escala europea en materia de permisos de maternidad y paternidad, o de permisos parentales o para cuidadores. El derecho de los trabajadores a ser informados, de forma individual y colectiva, sobre sus derechos ya no estaría garantizado a nivel europeo. Se suprimiría el marco de los comités de empresa europeos en las empresas multinacionales. El diálogo social en la UE se circunscribiría a los sectores y cuestiones pertinentes para el mercado único¹⁷.

¹⁷ Vid. a propósito de esta cuestión las reflexiones de SALCEDO BELTRAN, M.C., “Prioridad de las libertades económicas frente a los derechos sociales (A propósito de la STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13)”. Revista de Derecho Social, 67, 2014, págs. 135-137

Es evidente que parecen haber pasado los tiempos de fervor y creencia en el desarrollo de la libertad de circulación de trabajadores como factor de dinamización del Espacio Social Europeo. Todos estos nuevos intentos de las instituciones europeas por afrontar los nuevos retos sociales que amenazan la Europa Social son, en buena medida, exponentes de una falta de confianza en la acción institucional de la Unión Europea. No sólo ha cambiado el método de introducción de reformas, sino que ha desaparecido el liderazgo político.

Existen factores exógenos al desarrollo de la libertad de circulación que van a afectar indudablemente a su incidencia en la consecución de mejores estándares de cohesión, así como en su impulso sobre los derechos sociales. Entre ellos, singularmente destaca el factor demográfico como determinante del futuro de la libre circulación de personas. La combinación de una creciente esperanza de vida y unas tasas de fertilidad a la baja se traduce en un fuerte envejecimiento de nuestra sociedad. El número de personas de más de 65 años de edad es ya superior al número de niños menores de 14 años que viven en la UE. De aquí a 2050, casi un tercio de los europeos tendrán 65 años o más, mientras que hoy solo representan menos de una quinta parte. Europa será la región “más vieja” del mundo, con una edad mediana de 45 años, de aquí a 2030.

Esto implica una importancia creciente de la Seguridad Social comunitaria. De hecho, se ha empezado a comprobar un cierto endurecimiento de requisitos para el acceso a beneficios sociales derivados de sistemas públicos de Seguridad Social. La STJUE de 14 junio 2016, COMISIÓN/REINO UNIDO, C-308/14, ha determinado, por ejemplo, la necesidad de exigir la residencia para la obtención de ayudas y créditos fiscales por menor a cargo. Todos estos factores, a su vez, incidirán en la sostenibilidad financiera de nuestros sistemas de protección social, lo que, a su vez, tendrá repercusiones en la situación presupuestaria de los países. Para la EU-27, cabe esperar que el gasto asociado relacionado con las pensiones aumente hasta el 12,4 % del PIB de aquí a 2030, el 7,7 % del PIB para los gastos en atención sanitaria y hasta el 2,4 % del PIB para los cuidados de larga duración. En 2060, por cada persona de edad avanzada, solo habrá dos personas en edad de trabajar, frente a cuatro en 2008. El impacto se verá atenuado por las recientes reformas de las pensiones destinadas a adaptar la edad de jubilación a la esperanza de vida, pero es probable que surjan nuevos costes sanitarios importantes.

Al mismo tiempo, aparecen nuevos retos que amenazan las construcciones tradicionales que podemos hacer sobre la libertad de circulación y que se encuentran relacionados con las nuevas formas de trabajo que aparecen como consecuencia del avance tecnológico, la informatización de los procesos productivos y la robotización, en definitiva, lo que ha venido en llamarse la *Industry 4.0* y las nuevas formas de trabajo virtual. Como ha puesto de manifiesto el Documento de Reflexión sobre la Dimensión Social de la Unión Europea, de aquí a 2025, las fórmulas de trabajo y las carreras serán incluso más variadas que hoy en día. En el transcurso de una o dos generaciones, el trabajador europeo medio podrá haber pasado de tener el mismo empleo a lo largo de toda su vida a tener hasta diez a lo largo de su carrera profesional. Será más fácil y más habitual tener un trabajo móvil o teletrabajar, lo

que refleja una tendencia hacia la flexibilidad de los trabajadores en un mercado laboral más diversificado. El trabajo se centrará cada vez más en la producción y los resultados y no tanto en la presencia física en un lugar específico, y los trabajadores tendrán más posibilidades de trabajar como independientes y de combinar varios empleos al mismo tiempo. Muchos de estos cambios ya han empezado a tomar forma; la manera en que respondamos y encaucemos estas transformaciones hoy determinará la forma que tendrá el mundo del trabajo en el futuro.

En definitiva, se ciernen difíciles compromisos sobre la libertad de circulación de trabajadores y personas. Se precisa de un impulso decidido de la armonización de derechos sobre la base de la residencia comunitaria. Es necesario reglamentar una política migratoria íntegramente europea, compartida con los Estados miembros en una primera fase y exclusiva finalmente. En la EU-27 residían legalmente, a 1 de enero de 2016, 29.7 millones de personas nacidas fuera de la UE llegadas por diferentes motivos (trabajo, estudios, protección o reunificación familiar) en las últimas décadas. Aunque la inmigración a la UE sigue siendo relativamente modesta en comparación con otras partes del mundo, los grandes flujos llegados recientemente a la UE en un marco temporal relativamente breve han provocado tensiones con episodios poco edificantes como el desalojo de los campamentos de Calais, por citar un único ejemplo. Velar por que todos los nacionales de terceros países estén efectivamente integrados y participen y contribuyan plenamente es importante para la futura prosperidad y cohesión de las sociedades europeas en su conjunto.

7. LA LIBRE CIRCULACIÓN Y EL MERCADO INTERIOR

Los europeos hacen un uso cada vez mayor de su libertad de circular dentro de la Unión, de trabajar y estudiar en otros países, creando empresas, pagando impuestos y contribuyendo a forjar una sociedad más dinámica. Hoy en día, unos 16 millones de europeos viven y trabajan durante un período prolongado en otro país, en ocasiones de forma permanente. Cerca del 1 % de la mano de obra de la UE (1,7 millones de personas) cruzan cada día una frontera para trabajar en otro país. Además, la sociedad europea es cada vez más integradora gracias a la facilidad con la que las personas pueden viajar, estudiar, jubilarse y hacer negocios entre ellas, con costes reducidos y más oportunidades como consecuencia de la pertenencia a un mercado único sin fronteras.

Esta libertad de movimientos es posible en un mercado interior que, paradójicamente, porque así lo ha establecido el Tratado, no contiene normas propias de libre circulación. La libertad de circulación posee un procedimiento normativo propio que viene diseñado desde el artículo 46 TFUE, y que se traduce en la aplicación del procedimiento ordinario, antiguo procedimiento de codecisión entre Parlamento y Consejo, sobre la base del artículo 294 TFUE. Este mercado interior, que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de

2009, deja de construirse por la vía de la unanimidad y pasa a hacerlo por la mayoría cualificada, no ha contado nunca con normas de libre circulación de personas. Esto ha sido así porque, según el Tratado, las normas sobre fiscalidad, libre circulación y derechos de los trabajadores asalariados, cuando afecten al mercado interior, tienen que ser aprobadas por la regla de la unanimidad del artículo 115 TFUE, y la realidad de todos estos años de desarrollo autónomo de la libertad de circulación ha sido que, de hecho, se ha excluido esta libertad del procedimiento para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior (artículo 114.2 TFUE)

Un análisis detenido del marco normativo de la libertad de circulación nos lleva a concluir que ninguna de las disposiciones vigentes sobre libre circulación tiene su base jurídica en el artículo 115 TFUE ni en el artículo 26 TFUE, lo que implica que todas las Directivas y Reglamentos han sido adoptados fuera del marco de normas del mercado interior. Es decir, las instituciones nunca han integrado a las normas de libre circulación de personas dentro del ámbito de las normas del mercado interior, lo que resulta incongruente tanto desde el punto de vista de los trabajadores asalariados como de los consumidores o receptores de servicios o de los mismos profesionales e incluso de los estudiantes que hacen uso de esta libertad. El mercado de trabajo, el mercado de servicios, y el mercado educativo, particularmente el de la enseñanza superior, no forman parte del mercado interior de la Unión Europea, siendo sus reglas distintas a las de éste.

Es decir, para que las disposiciones sobre libre circulación de personas y sobre derechos e intereses de los trabajadores asalariados puedan formar parte de las normas del mercado interior, tienen que estar predeterminadas a tener como base jurídica el artículo 115 TFUE por la institución que promueva su aprobación. Luego la decisión de su inclusión como norma del mercado interior es una decisión política. Si nada se decide al respecto, estas normas se aprueban y desarrollan según su procedimiento normativo establecido en el Tratado y quedan fuera del marco de normas del mercado interior. Su destino natural, por tanto, es quedar fuera de ese marco. Esta exclusión de carácter declarativo tiene una honda trascendencia, porque es el reconocimiento legal en sede de Derecho originario de que la lógica normativa de la libre competencia es distinta de la lógica normativa de la libre circulación de personas, singularmente de los trabajadores, y de la regulación de sus derechos e intereses laborales. Son universos paralelos.

El mercado interior se construye, por tanto, con normas que no son laborales, o, dicho de otro modo, la unidad de mercado requiere de normas únicas en los distintos aspectos del mercado interior salvo en los referidos a la fiscalidad –donde prima la vis atractiva de la soberanía de los Estados– la libre circulación de personas y los derechos de los trabajadores. Por esta razón cabe preguntarse si la libre circulación de trabajadores ha contribuido o no al desarrollo del mercado interior europeo. Se trata de realidades autónomas que confluyen necesariamente y que han interactuado de forma congruente, pero es evidente que el mercado interior no habría podido alcanzar el grado de integración actual sin el concurso necesario de las libertades

circulatorias. Hemos de apuntar que las primeras Directivas en materia de igualdad de tratamiento de la mujer en el trabajo fueron aprobadas por unanimidad como normas del mercado interior, pues se pretendía que la contratación de mujeres por parte de las empresas no pudiera constituir un mecanismo de dumping social dentro del mercado interior. De ahí que reflexionemos sobre el hecho de qué hubiera ocurrido si las Directivas y Reglamentos marco de libre circulación se hubiesen aprobado como normas del mercado interior. Probablemente, toda la jurisprudencia de desarrollo de derechos instrumentales y ventajas sociales de la que hemos hablado, hubiera tenido otra orientación o, simplemente, no habría sido necesaria. Lo cierto es que, con seguridad, si dicha integración se hubiese producido en su momento, el avance que esta libertad habría experimentado nos permitiría hablar hoy de un concepto de ciudadanía europea plenamente asentado y reconocido.

8. LA LIBRE CIRCULACIÓN EN LAS GRANDES ESTRATEGIAS DE EMPLEO

8.1. Los mecanismos institucionales para el empleo: SEDOC y EURES

Es evidente la conexión que existe entre la libertad de circulación de trabajadores y la política de empleo. Mucho antes de que esta política comunitaria tomara forma tras las reformas del Tratado de Amsterdam (1997) ya existía una interrelación clara entre la libre circulación y los mecanismos de compensación de oferta y demanda de empleo que surgieron del sistema SEDOC del Reglamento de 1968¹⁸. Todas las evoluciones e involuciones de los movimientos migratorios internos en nuestros mercados de trabajo se han producido por la aplicación o inaplicación de las reglas de libre circulación. Han cambiado las tendencias durante todos estos años de desarrollo normativo. De los momentos iniciales, ya descritos, de búsqueda individual de empleo y oportunidades de trabajo, se pasó, con el impulso del mercado interior a partir de 1992, al desplazamiento temporal de los trabajadores con sus empresas, interactuando la libre circulación con la libre prestación de servicios y con la libertad de establecimiento, para volver, tras la crisis de 2008, a un nuevo fenómeno, solapado con el anterior, de salida masiva de trabajadores desde los Estados más afectados por la crisis hacia otros mercados de trabajo.

Un balance de la evolución de los sistemas SEDOC y EURES desde los iniciales momentos hasta 1994, y desde entonces hasta 2017, podría llevarnos a conclusiones frustrantes, porque los macrodatos de empleo atribuibles al funcionamiento de estos sistemas son más bien discretos. No sólo influye en este magro resultado la proverbial ineficiencia de los sistemas públicos de empleo en la compensación de la oferta y demanda en el mercado de trabajo, sino que, además, los sistemas

¹⁸ Vid. GÓMEZ MUÑOZ, J.M., "Empleo, crecimiento y convergencia tras las reformas del Tratado de Amsterdam y la cumbre de Luxemburgo", Relaciones Laborales, Nº 7, 1998. Págs. 66-93

creados por la norma europea requieren de ingentes esfuerzos de coordinación para funcionar eficientemente. Es más, hasta el Tribunal de Justicia llegó a plantearse en la STJUE de 23 de abril de 1991, *KLAUS HÖFNER & FRITZ ELSER VS. MACROTRON*, asunto C-41/90, si el monopolio público de la colocación era compatible o no con el Derecho comunitario de la Competencia, lo que introdujo un interesante debate público sobre la propia subsistencia de estos sistemas.

Esta decisión fue continuada por otras posteriores, como la STJCE de 10 de diciembre de 1991, *MERCI GENERALI DI GENOVA*, asunto 179/90, y STJCE de 8 de junio de 2000, *CARRA*, asunto C-258-98, marcando una línea jurisprudencial que obligó a los Estados miembros más restrictivos en su ordenación del mercado de trabajo a modificar sus legislaciones de empleo internas, admitiendo ciertas formas de iniciativa privada en el ámbito de la intermediación. Y aunque en muchos casos el efecto real fue pequeño, al admitirse tan sólo la iniciativa privada no lucrativa, supuso el inicio de un proceso de superación del modelo tradicional de regulación de la colocación, que llevaba décadas funcionando y que se correspondía con el diseñado por la Organización Internacional del Trabajo en su convenio nº 96 de 1949. Esta misma organización supo reconocer el cambio de paradigma predominante en el Derecho del Empleo, y reaccionó frente al proceso de denuncias de este convenio por parte de Estados europeos con la aprobación de uno nuevo, el nº 181 de 1997, que recoge un marco mucho más permisivo y equilibrado para la iniciativa privada en los servicios relacionados con el empleo.

La formalización legal del sistema EURES se va a producir de la mano del Reglamento (UE) 2016/589, del Parlamento y el Consejo, de 13 de abril de 2016, relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 492/2011 y (UE) 1296/2013. El hecho de que EURES maneje necesariamente los currícula de miles de demandantes de empleo, ha centrado el foco de la preocupación en el control de los datos de desempleados a nivel europeo. Fruto de ello fue la aparición, un año después de la creación del sistema, de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento y el Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y del Reglamento (CE) 45/2001, del Parlamento y el Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.

Unas cifras de diciembre de 2016 pueden ilustrarnos acerca de la relevancia del sistema EURES en cuanto a su capacidad de gestión. Todos los sistemas nacionales de empleo de la Unión Europea están conectados al sistema EURES directamente desde sus páginas de acceso nacional. Esto supone la gestión de más de 292.000 CV en línea con unas 7900 empresas ofertantes en el momento de realizar la consulta. Italia y España ocupan los lugares más destacados en número

de demandantes de empleo, 57.400 y 46.300 respectivamente, seguidos a bastante mayor distancia por Rumanía, Francia, Croacia y Portugal. Por lo que se refiere a las empresas, mayoritariamente las alemanas son las que más ofertas presentan sobre el total, 2.300, seguidas con gran diferencia por Reino Unido, España, Países Bajos y Noruega.

8.2. La jurisprudencia en materia de empleo y reconocimiento de títulos

No ha escapado a la acción del Tribunal de Justicia la adecuada valoración de uno de los derechos troncales derivados del artículo 45 TFUE en relación a la libertad de circulación, cual es el de la búsqueda de empleo en un Estado distinto del de origen. Esta jurisprudencia, no obstante, ha experimentado un cierto grado de endurecimiento en la medida en que ha pasado de amparar ampliamente a los demandantes de empleo en un Estado de acogida, a perfilar toda una serie de requisitos de cumplimiento previo y obligatorio para poder ser beneficiario de una oferta de empleo en Estado distinto al de origen. La primera jurisprudencia relevante sobre el tema, de tono muy protector, aparece a principio de la década de los noventa. Así, la STJUE de 26 de febrero de 1991, ANTONISSEN, asunto C-292/89, vino a establecer que la limitación temporal a la estancia para la búsqueda de empleo no puede amparar una expulsión de ciudadano comunitario si éste demuestra que sigue buscando empleo activamente, lo que era un problema especialmente acuciante en Reino Unido como consecuencia de su aplicación restrictiva del Reglamento y Directiva marco.

El giro posterior del Tribunal vino a determinar que las ayudas financieras ligadas a la empleabilidad están amparadas por el artículo 45 TFUE, pero es preciso demostrar el vínculo real del desempleado con el mercado de trabajo de acogida. Esta va a convertirse en una suerte de fórmula tipo que veremos repetida en toda la jurisprudencia posterior, evidenciando un replanteamiento del carácter abierto y universal del derecho a la búsqueda de empleo fuera del Estado de origen. De esta nueva orientación surge la STJUE de 23 de marzo de 2004, COLLINS, asunto C-138/02, en la que el Tribunal vendrá a decir que los desempleados que buscan su primer empleo no están amparados por las ventajas sociales de la libertad de circulación (artículo 7, Directiva 2004/38), pero si demuestran que buscan empleo activamente pueden beneficiarse de una ayuda financiera para facilitar su acceso al mercado de trabajo, lo que supone un giro copernicano respecto de los planteamientos precedentes. En línea con estos pronunciamientos, la STJUE de 15 de septiembre de 2015, ALIMANOVIC, C-67/214, estableció que una prestación de subsistencia no contributiva a parados de larga duración no podía considerarse una ayuda financiera a la búsqueda de empleo, lo que permitiría su exclusión a los demandantes no nacionales¹⁹.

¹⁹ Vid. a propósito de esta jurisprudencia SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M.Y., "Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE", La Ley Unión Europea, 32, 2015.

La lógica de la libertad de circulación de trabajadores ha formado parte, por otro lado, de los diferentes procesos de construcción de lo que hoy conocemos como Estrategia Europea de Empleo. De este modo, desde el Proceso de Luxemburgo, en 1997, donde se diseñarán las primeras Directrices Generales de Empleo, hasta la Estrategia Europa 2020, la esencia de la libertad de circulación de personas ha formado parte del proceso –fallido, por cierto- de reforma económica de la Unión Europea, o Proceso de Cardiff, en 1998, así como del Proceso de Bolonia, en 1999, para la creación de un espacio de movilidad de titulados universitarios, del Proceso de Colonia, en 1999, para la celebración del Pacto Europeo por el Empleo, y del Proceso de Lisboa, en 2000, por el que se pone en marcha el Método Abierto de Coordinación, y que se verá renovada en 2005 y 2010.

Esta versatilidad en su filosofía ha hecho de la libertad de circulación de personas una herramienta muy útil para la construcción de nuevos espacios de movilidad en Europa. Uno de los ejemplos más notables se encuentra, precisamente, en el marco de movilidad de los estudiantes. La protección de los estudiantes desplazados desde los enunciados de la libre circulación ha generado un cuerpo legislativo para el reconocimiento de títulos en la Unión Europea que se ha materializado desde 2007 en el Espacio Europeo de Educación Superior. Sin embargo, el procedimiento arrancó a finales de la década de los ochenta con la aparición las primeras Directivas del sistema general de reconocimiento de títulos de la UE (Directiva 89/48/CEE y Directiva 92/51/CEE) a la que se sumaron la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento y el Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, cuyo contenido incide de una manera particularmente directa sobre el mercado interior, la Directiva 2013/55/UE, del Parlamento y el Consejo, de 20 de noviembre, y el Reglamento (UE) 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»)²⁰.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha tenido la ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre el reconocimiento de derechos a los estudiantes, a efectos de libertad de circulación. Pueden apreciarse en esta jurisprudencia dos fases distintas. En una primera fase, esta protección se vincula al reconocimiento de una previa condición de trabajador. Es el caso de la STJUE de 26 de febrero de 1992, RAULIN, asunto C-357/89, donde se deniega el derecho a la obtención de becas y préstamos de estudio a quien no acredita una condición continuada de trabajadora. En una segunda fase, la protección se dispensa directamente desde el principio de igualdad de trato y sobre la base de las Directivas de 1990. Este es el caso de la STJUE de 20 de septiembre de 2001, GRZELCZYK, asunto C-184/99 y STJUE de 15 de marzo de 2005, BIDAR, asunto C-209/03, en el que se otorga el reconocimiento de ayudas de estudio en Gran Bretaña si se demuestra un vínculo, no necesariamente laboral, con el país de acogida.

²⁰ Vid. GÓMEZ MUÑOZ, J.M., “Contratos en prácticas y régimen comunitario en materia de reconocimiento de títulos profesionales”. Revista Temas Laborales, N° 37, 1995. Págs. 103-136.

Podemos destacar también la interesante jurisprudencia producida en el ámbito del reconocimiento de títulos para el ejercicio de profesiones reguladas. La STJCE de 8 de julio de 1999, FERNÁNDEZ DE BOBADILLA, asunto C-234/1997, vino a establecer que un organismo público de un Estado miembro obligado a respetar las normas establecidas por la Directiva 89/48/CEE, de 21 de diciembre de 1998, ya no podrá exigir la homologación de los títulos de un interesado por las autoridades nacionales competentes. El TJCE entiende por profesión regulada aquella actividad profesional que, por lo que respecta a sus condiciones de acceso o de ejercicio, está directa o indirectamente regulada por disposiciones de carácter jurídico, esto es, disposiciones legales, reglamentarias o administrativas. En el mismo sentido se manifiesta la STJCE de 14 de julio de 2005, PEROS, asunto C-141/2004.

Según la doctrina de la STJCE de 19 de enero de 2006, COLEGIO DE INGENIEROS DE CAMINOS, asunto C-300/2003, cuando el poseedor de un título obtenido en un Estado miembro presenta una solicitud de autorización para acceder a una profesión regulada en otro Estado miembro, las autoridades de este último Estado pueden estimar parcialmente dicha solicitud, si así lo pide el poseedor del título, circunscribiendo el alcance de la autorización exclusivamente a aquellas actividades a las que el título dé acceso en el Estado miembro en el que haya sido obtenido. En la STJCE de 23 de octubre de 2008, COMISIÓN/ESPAÑA, asunto C-286/2006, el Tribunal condena a España por supeditar la admisión a las pruebas de promoción interna en la función pública de ingenieros en posesión de cualificaciones profesionales obtenidas en otro Estado miembro, al reconocimiento académico de dichas cualificaciones.

9. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES EN EL EMPLEO PÚBLICO

Con el artículo 45.4 TFUE la jurisprudencia del Tribunal de Justicia emprendió, hace más de treinta años, un camino interpretativo que terminó convirtiendo en regla la excepción de prohibición de la libre circulación en el empleo en las Administraciones Públicas. Esta exégesis expansiva del Tratado ampliando al máximo la libre circulación de trabajadores en el empleo público es congruente con la idea de un mercado de empleo público único en Europa. Frente a la evidencia de un cuerpo de empleados públicos de las instituciones de la Unión Europea, de todos los orígenes y nacionalidades, nos hemos encontrado con resistencias nacionales a la apertura de sus Administraciones Públicas al acceso de nacionales de otros Estados miembros. El camino recorrido ha terminado por excluir únicamente a aquellos empleos investidos de funciones de salvaguarda de los intereses públicos sujetos a protección constitucional en los que los intereses del Estado o las colectividades públicas nacionales deban ser especialmente protegidos²¹.

²¹ Vid. GÓMEZ MUÑOZ, J.M., "Libertad de circulación de trabajadores en el empleo público en España: Análisis crítico del régimen jurídico vigente". Relaciones Laborales, N° 23, 1995. Págs. 35-60

La regulación de directrices comunes para el empleo público en Europa es una de las nuevas fronteras de la libre circulación de trabajadores. Estamos asistiendo en la Unión Europea a un proceso lento, pero imparable, de adelgazamiento de las Administraciones Públicas. No hay iniciativas comunitarias al respecto porque la estructura del Estado no es una competencia compartida con la Unión. Pero nada contribuye más a la consecución de la idea de unos Estados Unidos de Europa que la materialización de un esquema común de Administraciones en todos los Estados miembros. A la postre, solo las barreras lingüísticas pueden suponer un problema real en la consecución de un mercado único de empleos públicos en Europa²².

A pesar de que el tema ha dejado de tener la relevancia que tuvo hace treinta años, es importante reseñar que, seguramente, la construcción jurisprudencial de la noción de empleos en la Administración Pública es la cuestión central de todo este problema. Con el concepto de “empleos en la Administración Pública” se plantea un problema hermenéutico que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tan sólo soluciona de modo parcial avanzando un principio interpretativo de carácter restrictivo que no satisface las distintas concepciones nacionales de la Administración Pública, ni aporta una regla general que sirva para delimitar qué empleos se incluyen en el campo de aplicación de la excepción y cuáles quedan fuera. Aún hoy esto sigue siendo problemático, pues la disparidad de concepciones sobre la arquitectura de las colectividades públicas sigue siendo grande en Europa, máxime tras las adhesiones de nuevos Estados que, literalmente, han tenido que construir de cero sus nuevas Administraciones adaptadas al modelo de Estado democrático de Derecho²³.

La labor del Tribunal europeo se plasmó en varios pronunciamientos capitales sobre los que se sustenta la posición institucional de la Comunidad en materia de aplicación del principio de libre circulación de trabajadores en el ámbito de las administraciones públicas²⁴. En una sintética visión de conjunto, la primera de las sentencias que se pronunció sobre el alcance de la reserva del antiguo artículo 48.4 TCE, hoy artículo 45.4 TFUE, se dio en la STJCE de 12 de febrero de 1974, SOTGIU asunto 152/73, en el que se trataba la reclamación del señor G.M Sotgiu, trabajador de nacionalidad italiana, contra la Deutsche Bundespost por la menor indemnización por separación de su familia que recibía en relación con los trabajadores alemanes. A la cuestión prejudicial planteada por la Bundesarbeitgericht el Tribunal de Justicia respondió, en sustancia, que tal práctica atentaba contra el principio de no discriminación por razón de nacionalidad reconocido en el artículo 45.2, de modo que una vez que los extranjeros eran admitidos en “ciertas actividades” del servicio

²² Vid. GÓMEZ MUÑOZ, J.M., *Libre circulación de trabajadores en el empleo público. Adecuación comunitaria del ordenamiento jurídico español*. CES, Madrid, 1996, págs. 157-177

²³ Vid. CALONGE VELÁZQUEZ, A., “El concepto de Administración Pública en la Unión Europea: Administración Pública Nacional y Administración Pública Comunitaria”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 19, 2010, págs. 16

²⁴ Vid. una obra pionera en la materia en nuestra doctrina, MONEREO PÉREZ, J.L. y VIDA SORIA, J., *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1991.

público (como era el caso del servicio de correos alemán) no cabía ejercitar contra ellos discriminación de ningún tipo.

En el segundo de los asuntos fallados, STJCE de 17 de diciembre de 1980, COMISION v. BELGICA, asunto 149/79, se abrió una interesante línea jurisprudencial que, con escasas variaciones, se ha mantenido hasta la actualidad. En este asunto la Comisión criticaba la exigencia de la posesión de nacionalidad belga para el acceso a un cierto número de empleos en el seno de la administración de la ciudad de Bruselas, del ayuntamiento de Auderghem, de la Société Nationale des Chemins de Fer Belges y de la Société Nationale de Chemins de Fer Vecinaux. Tras la primera sentencia interlocutoria, en la que la Comisión y el Reino de Bélgica fueron compelidos a reexaminar antes del 1 de julio de 1981 la materia objeto del litigio, el Tribunal declaró que salvo para los empleos de inspector jefe de oficina técnica, inspector principal, inspector de trabajos, inspector de inventarios, vigilante de noche, y arquitecto, al imponer o al permitir imponer la condición de nacionalidad para el acceso a los demás empleos ofertados, el Reino de Bélgica faltaba a las obligaciones que le incumbían en virtud del Tratado CEE.

En tercer lugar, encontramos la STJCE de 3 de junio de 1986, COMISION v. FRANCIA, asunto 307/84, en el que la Comisión estimaba que al imponer la posesión de la nacionalidad francesa para el nombramiento y la titularidad de empleos permanentes de enfermero o de enfermera en los hospitales públicos, la República francesa había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 48 del Tratado.

Citamos en cuarto lugar, la STJCE de 3 de julio de 1986, LAWRIE-BLUM, asunto 66/85, en la que el Tribunal, en cuestión prejudicial presentada por la Bundesverwaltungsgericht, precisó que una trabajadora británica, profesora en periodo de prácticas en un centro de enseñanzas medias del Land Baden-Württemberg, había de ser considerada trabajadora en el sentido del artículo 45.1, no pudiendo considerarse empleo en la administración pública en el sentido del artículo 45.4 del Tratado el servicio preparatorio de formación para la profesión docente, sentando así una importante jurisprudencia en un tema tan interesante y conflictivo como el de la función pública en la enseñanza, que ha dado numerosas sentencias posteriormente.

En quinto lugar, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse en la STJCE de 16 de junio de 1987, COMISION vs. ITALIA, asunto 225/85, en el que se dio la razón a la Comisión frente a la postura italiana, que reservaba las mejores condiciones de empleo y de trabajo a los investigadores italianos del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) en detrimento de los investigadores de otros Estados miembros.

Finalmente nos encontramos con las últimas sentencias que cierran la línea jurisprudencial mantenida hasta el presente por el Tribunal de Justicia en materia de aplicación de la reserva del artículo 45.4 del Tratado. Nos estamos refiriendo a la sentencia del asunto 389-390/87, ECHTERNACH y MORITZ , en la que

la República Griega fue condenada por prohibir, en aplicación de la legislación nacional, a los súbditos de los otros Estados miembros la creación, en las mismas condiciones que los griegos, de escuelas de repaso o recuperación, llamadas “frontistirias”, y otras escuelas privadas de enseñanza profesional (música y danza) así como dispensar enseñanza a domicilio y limitar las posibilidades de empleo de estos súbditos extranjeros en dichas escuelas. En similar sentido fueron emitidas las sentencias del asunto 33/88, PILAR-ALLUE, y del asunto 419/92, INGETRAUT SCHOLZ, siendo este último particularmente interesante porque aborda, por vez primera, el problema de la introducción por parte de los Estados miembros de discriminaciones indirectas o encubiertas a la hora de valorar los méritos de los candidatos no nacionales que acceden a su función pública.

Esta relación somera de los más notables pronunciamientos en torno al alcance de la excepción del artículo 45.4 del Tratado se complementa, por su parte, con la acotación que el Tribunal de Justicia realiza del art. 55, apartado 1º, que establece la excepción a la aplicación del principio de libertad de establecimiento a aquellas actividades relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. Como se ha visto con anterioridad, la conexión existente entre ambas reservas permite el ejercicio hermenéutico de forma sistemática, lo que resulta de indudable ayuda para aquilatar el contenido y alcance de los conceptos estudiados.

En este sentido, resulta de especial trascendencia la sentencia pronunciada en el asunto 2/74, REYNERS, planteada por el abogado holandés del mismo nombre contra el Colegio Nacional de Abogados de Bélgica, el cual hizo valer, erróneamente a juicio del Tribunal, la excepción del art. 55 con carácter general para la profesión de abogado en este país, incluyendo las actividades propias de la consulta y la asistencia jurídica o la representación y la defensa de las partes en justicia dentro del concepto de “ejercicio del poder público”²⁵. Es evidente que todas estas evoluciones nos han llevado a que la administración pública sea hoy un mercado de trabajo abierto para todos los ciudadanos de la Unión Europea y que, a excepción de los requisitos de conocimiento del idioma, y de aquellos puestos que pueden resultar estratégicos para la seguridad del Estado, no quedan empleos reservados a los nacionales.

10. EL CONCEPTO DE CIUDADANÍA EUROPEA

El concepto de ciudadanía europea es la proyección de la subestructura política de la libertad de circulación. Es un concepto aquilatado en 1992 con el Tratado de Maastricht y configurado jurídicamente en 1997 con el Tratado de Ámsterdam. Son los artículos 9 TUE y 20 TFUE los que establecen su compatibilidad con la nacionalidad propia, esencia misma del concepto, pues es la pertenencia a un Estado miembro lo que activa la legitimación para ser beneficiario de los

²⁵ Vid. FUENTETAJA PASTOR, J.A., “La libre circulación de empleados públicos”, revista de Derecho de la Unión Europea, 5, 2003, pág. 44.

derechos derivados del acervo comunitario. El concepto de ciudadanía europea es un concepto estático que aparece como corolario de una libre circulación de trabajadores desarrollada plenamente, en su estadio final. Su característica esencial es que para su reconocimiento basta con ser ciudadano de un Estado miembro, pero para el disfrute de sus derechos asociados se requiere de desplazamiento, del hecho transnacional propio de la libre circulación: se es ciudadano de la Unión Europea en la medida en que uno se desplace por su territorio²⁶.

La ciudadanía europea equipara en derechos a quienes ejercen actividades económicas y a quienes no la realizan, desconectándose por tanto de los mercados de trabajo y servicios. Sujeta las normas estatales sobre adquisición de nacionalidad bajo el marco del Derecho de la Unión Europea, puesto que las normas civiles nacionales habrán de ser acordes a este Derecho. Evidentemente, y a pesar de su carácter político, sigue siendo un concepto condicionado por exigencias económicas: se disfruta de los derechos de ciudadanía europea sólo cuando se poseen medios económicos suficientes para residir en otro Estado miembro. Se trata, pues de un concepto central en el diseño de una Unión Social Europea²⁷.

El marco normativo básico del concepto de ciudadanía viene determinado por un corpus jurídico que se ha desarrollado durante una década tras el Tratado de Maastricht. Así la Directiva 93/109/CE, de 6 de diciembre, reguladora de las modalidades de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, fue la primera norma que atribuyó derechos políticos de ciudadanía regulando la elección al órgano representativo de los pueblos de Europa, el Parlamento. En el plano municipal, la Directiva 94/80/CE, de 19 de diciembre, reguladora de las modalidades de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales vino a completar dicho marco. Obviamente, la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril, directiva marco de libre circulación será aplicable solo en los casos en que se produzca desplazamiento. Finalmente, la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, sobre el estatuto de residente extranjero de larga duración (modificada por Directiva 2010/51/UE, PE y CJ, de 11 de mayo), y la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, relativa al estatuto del refugiado, cerrarán el marco.

Jurisprudencialmente, el concepto de ciudadanía ha sido objeto de tratamiento en una serie de relevantes fallos de los que vamos a señalar solo los más significativos²⁸. Debemos empezar por la STJUE de 7 de julio de 1992, MICHELETTI, asunto C-369/90, sentencia previa a la formulación legal del concepto, que sujeta al

²⁶ Vid. GÓMEZ CABALLERO, P. y ZARZALEJO CARBAJO, M., en AA.VV. Manual de Derecho Social de la Unión Europea, NAVARRO NIETO, F., RODRIGUEZ PIÑERO ROYO, M. GOMEZ MUÑOZ, J.M., (dirs.) Tecnos, Madrid, 2011, pág. 86

²⁷ Vid. RUÍZ CASTILLO, M.M., “Ciudadanía europea, derechos originarios y derivados de ciudadanía europea, libre circulación y residencia de los trabajadores”, en AA.VV. Libertades de circulación y derechos de protección social, o. cit. págs. 301 y ss.

²⁸ Vid. CRESPO NAVARRO, E., “La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en el derecho nacional y en principio de no discriminación por razón de nacionalidad”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 28 (2007), págs. 899 y ss.

Derecho de la Unión Europea las normas internas sobre derechos asociados a la nacionalidad de un Estado miembro, sobre la base del principio de primacía de la norma comunitaria. Esta cuestión ha tenido un tratamiento continuado en el tiempo pues es fuente de conflictos frecuentes. Así, la STJUE de 2 de marzo de 2010, ROTTMAN, asunto C-135/08, estableció que el derecho interno no puede privar del disfrute de derechos reconocidos a los ciudadanos europeos cuando se regulen procedimientos de adquisición o pérdida de nacionalidad de un Estado miembro, lo que hace recordando la jurisprudencia precedente sobre la materia.

También se han planteado problemas relacionados con el reagrupamiento familiar de familiares extracomunitarios de ciudadano de la Unión Europea. En las STJUE de 19 de octubre de 2004, ZHU Y CHEN, asunto C-200/02 y STJUE de 8 de marzo de 2011, RUÍZ ZAMBRANO, asunto C-34/09, se produjo el reconocimiento de los derechos derivados de la libre circulación a menores con nacionalidad europea, que nunca se habían desplazado, cuyos padres extracomunitarios no podían obtener permisos de residencia. Es decir, el Tribunal de Justicia, aquilatando el verdadero valor del concepto de ciudadanía, llega a reconocer derechos derivados de la libertad de circulación de trabajadores sin que los beneficiarios, en este caso los hijos de los trabajadores, ejercieran dicha libertad, lo que demuestra el carácter trascendente de este concepto sobre la propia libertad de circulación²⁹. Por el contrario, en las STJUE de 15 de noviembre de 2011, DERCI y otros, asunto C-526/11 y STJUE de 8 de noviembre de 2012, IIDA, asunto C-40/1, el Tribunal ha declarado que no se puede ejercer el derecho de reagrupación familiar desde el derecho de ciudadanía, sin ejercer la libertad de circulación, lo que es congruente con el carácter autónomo del Derecho de la Unión y con el propio fundamento de esta libertad circulatoria, cuyos derechos sólo pueden disfrutarse si un hecho transnacional los activa

11. LA INTERACCIÓN CON LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

11.1 El nacimiento de la Directiva de desplazamiento de trabajadores de la mano del Tribunal de Justicia

El hecho de que la libertad de circulación de trabajadores comenzara a ejercerse dentro de las libertades de establecimiento y prestación de servicios -empresas que desplazan a sus trabajadores- dio lugar, a mediados de la década de los noventa, a una regulación sobre la base de la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre, de desplazamiento de trabajadores que ha terminado por mostrar sus insuficiencias y falta de ambición, tras la constatación del fracaso en la lucha contra el social

²⁹ Vid. RUÍZ CASTILLO, M.M., “Ciudadanía europea, derechos originarios y derivados de ciudadanía europea, libre circulación y residencia de los trabajadores”, en AA.VV. Libertades de circulación y derechos de protección social, o. cit. págs. 328 y ss.

dumping provocado por la competencia entre empresas centrada en la devaluación de las condiciones de trabajo. Realmente, se ha producido un enfrentamiento entre libertades en el que el árbitro ha sido el Derecho de la Competencia Europeo, y este árbitro ha decidido proteger las libertades de establecimiento y prestación de servicios frente a la libre circulación de trabajadores³⁰.

Es un cambio de paradigmas provocado por una negativa evolución de la jurisprudencia, que ha interpretado en clave económica el elenco de derechos derivados de la libertad de circulación y ha primado la importancia de los desplazamientos de las empresas en el mercado de servicios, frente a la igualdad de trato entre los trabajadores nacionales y los trabajadores desplazados³¹. El marco jurídico, por tanto, se mueve realmente entre dos polos, el de la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre y el de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, (Directiva Bolkestein o de Servicios). Podemos añadir a este elenco, por lo que se refiere a la libertad de establecimiento, al Convenio de Roma, sustituido por el Reglamento n° 593/2008, de 17 de junio (Roma I)³².

Este instrumento complejo y, seguramente insuficiente, superado por las realidades económicas y comerciales de las empresas en el mercado, no tiene la naturaleza de Derecho de la Unión Europea, sino de Derecho complementario, tal y como ha establecido la STJUE de 15 de marzo de 2011, HEIKO KOELZSCH Y GRAN DUCADO DE LUXEMBURGO, asunto C-29/10. Por su parte, la STJUE de 15 de diciembre de 2011, NAVIMER, asunto C-384/10, resulta especialmente trascendente en la medida en que viene a recopilar la dispersa doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del principio de libre elección de ley aplicable al contrato de trabajo, clarificando y ordenando jerárquicamente las reglas contenidas en los artículos 3 y 8 del Reglamento Roma I, y depurando un concepto fiable y seguro de conceptos tan volátiles como el de “situación que presenta una relación más estrecha con un Estado” a efectos de la elección de ley³³.

En cualquier caso, y por lo que se refiere al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, el TJUE ha realizado una construcción que ha estado jalonada de relevantes y, en ocasiones, controvertidos fallos. Con esta construcción El Tribunal afronta la compleja situación producida por el entrecruzamiento de las diversas libertades comunitarias, una vez quedó demostrado que la concepción original de las libertades comunitarias como

³⁰ Vid. ALVAREZ ALONSO, D., “Libertad de establecimiento y gestión de trabajos portuarios de estiba y desestiba”, en AAVV, *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea*, GARCIA MURCIA, J. (dir.) Ed. Juruá, Lisboa, 2016, págs. 133 a 135.

³¹ Vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, *Estudios de Deusto*, 55/1, 2007, pág. 55.

³² Vid. una monografía imprescindible para la comprensión exacta del fenómeno en MOLINA MARTIN, A.M., *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2010

³³ Vid. GARCIA MURCIA, J. *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea*, Ed. Juruá, Lisboa, 2016, págs. 24 a 25, que pone de relieve cómo el Reglamento (UE) 2115/2012, de 12 de diciembre, Reglamento Bruselas, es una norma de materia civil o mercantil no específicamente laboral, lo que dificulta la aplicación de la misma al contrato de trabajo.

derechos autónomos, sin interferencias mutuas, era irreal. En particular, la estrecha relación entre la libertad de circulación de los trabajadores y la libre prestación de servicios, cuando el ejercicio de esta última producía una movilidad, inducida y temporal, de los empleados de la empresa prestadora. En la conocida STJCE de 27 de marzo de 1990, RUSH PORTUGUESA, asunto C-113/89, nos encontramos ante un supuesto prototípico de este tipo de situaciones, con una empresa constructora establecida en Portugal que se desplaza con sus trabajadores a territorio alemán tras ganar un concurso para desarrollar determinadas obras públicas en este Estado miembro. La cuestión prejudicial planteada se refiere, básicamente, a determinar cuál era el régimen jurídico aplicable a esta movilidad de trabajadores, si el de la libre prestación de servicios o el de la libertad de circulación de los trabajadores.

En lo sustancial, la sentencia reconoce el derecho de un prestador de servicios a desplazarse con su propio personal desde su Estado de origen al Estado de destino durante el período de duración del trabajo contratado. También se afirma que el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario: el Derecho comunitario no prohíbe tampoco a los Estados miembros que impongan el cumplimiento de dichas normas por medios adecuados al efecto.

Esto incluye, en particular, la posibilidad de comprobar si la de otro Estado no se sirve de la libertad de prestación de servicios con otro fin, por ejemplo el de traer a su personal con fines de colocación o de puesta a disposición de trabajadores. Tales controles deberán respetar, sin embargo, los límites establecidos por el Derecho comunitario y, en particular, los derivados de la libertad de prestación de servicios, *“que no puede reducirse a límites ilusorios y cuyo ejercicio no puede dejarse a discreción de la Administración”*. En este pronunciamiento el TJCE elabora la técnica del “núcleo duro” de la legislación laboral nacional, que se aplica a todos los trabajadores que prestan servicios en su territorio, de manera permanente o temporalmente desplazados; se separa con ello de la técnica del reconocimiento mutuo con que se ha trabajado normalmente en el ámbito de la libre prestación de servicios.

RUSH PORTUGUESA ha sido sin duda uno de los fallos que más atención ha recibido en la historia de la jurisprudencia comunitaria, lo que no es extraño, toda vez que ha influido significativamente en el desarrollo del Derecho Social Comunitario, y del Derecho Comunitario en general. Como resultado más directo de su doctrina se aprobó la Directiva 1996/71/CE, de 16 diciembre, sobre desplazamientos temporales de trabajadores efectuados en el marco de una prestación de servicios transnacional, norma que pretende establecer un régimen más o menos uniforme para este tipo de movilidad de la mano de obra en todo el territorio de la Comunidad.

De la misma manera, esta trascendental sentencia dio origen a una larga serie de pronunciamientos del TJCE, en los que éste, más que ajustar y desarrollar esta doctrina, ha acabado por separarse de ella para volver a las construcciones tradicionales en el campo de las libertades comunitarias, basadas en el reconocimiento mutuo y en la aplicación de la legislación del Estado de origen. Sentencias como la STJCE de 9 de agosto de 1994, VAN DER ELST, asunto C-43/93, la STJCE de 28 de marzo de 1996, CLIMATEC, asunto C-272/94, la STJCE de 23 de noviembre de 1999, ARBLADE, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, la STJCE de 15 de marzo de 2001, MAZZOLENI, asunto C-165/98, la STJCE de 25 de octubre de 2001, FINALARTE, asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98 y la STJCE de 24 de enero de 2002, PORTUGAIA, asunto C-164/99, suponen el regreso del Tribunal europeo a su línea habitual de trabajo en relación con la libre prestación de servicios. Rush, con todo su impacto y su traslación al Derecho derivado, ha quedado como una sentencia atípica, marcando una línea de política del Derecho que ha terminado por ser prácticamente abandonada por la acción del mismo TJCE.

Como corolario de todo este tratamiento, puede afirmarse que se terminará imponiendo la lógica de la Directiva de Servicios, de ahí que hayamos calificado de fracaso el intento tanto del Consejo, a través de las normas, como del Tribunal, con su jurisprudencia, de preservar el principio de igualdad de tratamiento y no discriminación por razón de nacionalidad de los trabajadores desplazados. La irrupción del Derecho de la Competencia en la lucha de equilibrios entre las tres libertades circulatorias ha terminado, como hemos apuntado más arriba, con el sacrificio de la libre circulación de trabajadores. La lógica económica del mercado, como ha indicado la STJUE de 1 de junio de 1999, ECO SWISS, asunto C-126/97, vino a determinar que los arts. 101 a 109 TFUE constituyen disposiciones fundamentales de funcionamiento del mercado interior que deben ser preservadas en su aplicación.

11.2. La victoria del Derecho Económico sobre el Derecho Social

Esto nos permite afirmar que, a la postre, la Directiva 96/71/CE es una norma de máximos, no de mínimos. A este debate, en el que ya se han constatado las conclusiones, han contribuido una serie de fallos que, no por menos estudiados y confrontados, dejan de ser imprescindibles para entender por qué se ha terminado imponiendo la lógica del mercado sobre la lógica del trabajo.

La primera de estas sentencias es la STJUE de 11 de diciembre de 2007, VIKING, asunto C-438/05, en la que el Tribunal analiza una medida de presión sindical internacional contra una empresa naviera que pretendía deslocalizar un centro de trabajo para beneficiarse de costes laborales inferiores. Los sindicatos mantenían que su derecho de huelga estaba reconocido por la Carta Social Europea y la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores; se apoyaban, por otra parte, en lo afirmado por el TJCE en sentencias como

ALBANY, PAVLOV y VAN DER WOUDE. En una primera cuestión prejudicial se dilucidó si la libertad de establecimiento excluye de su ámbito de aplicación una medida de conflicto colectivo cuyo resultado puede disuadirla de ejercer esta libertad, a lo que el Tribunal dio una respuesta positiva. En la segunda cuestión se plantea si esta libertad comunitaria puede conferir derechos a una empresa privada que ésta puede oponer a una organización sindical, para lo que la respuesta fue igualmente afirmativa. En consecuencia, el reconocimiento de la libertad de establecimiento opera también respecto de las actuaciones sindicales que intentan, directa o indirectamente, limitarla; y que esta libertad es oponible por sus titulares también frente a organizaciones sindicales.

La siguiente sentencia en esta misma serie fue la STJUE de 18 de diciembre de 2007, LAVAL, asunto C-341/05, que giró también en torno a la validez comunitaria de unas medidas de conflicto colectivo iniciadas por una organización sindical frente a una empresa que pretende instrumentalizar las libertades comunitarias para beneficiarse de las ventajas competitivas que suponen los menores salarios que se pagan en los nuevos Estados de la Unión³⁴. A diferencia de VIKING, en este caso se manejó también la Directiva 96/71. La línea argumental es similar a la establecida en VIKING. El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia; pero su ejercicio puede supeditarse a ciertas restricciones, particularmente cuando se trata de medidas adoptadas contra una empresa que ejercita su derecho a la prestación de servicios.

El Derecho Comunitario se aplica a estas medidas de conflicto colectivo; y se aplica también a “*las normativas de naturaleza no pública que tengan por finalidad regular colectivamente las prestaciones de servicios*”, o sea, los convenios colectivos. En consecuencia, las medidas de presión colectiva deben analizarse desde la perspectiva del Derecho comunitario; en este caso se produce una restricción a la libre prestación de servicios, no justificada suficientemente por razones imperiosas de interés general, y por lo tanto contraria a éste. En la senda de esta sentencia, vamos a encontrar la STJUE de 8 de julio de 2014, FONNSHIP, asunto C-83/13, en la que puede hablarse claramente de oportunismo jurisprudencial, pues el fallo permite que los buques con bandera de conveniencia no apliquen en Noruega las normas de policía europea en materia laboral.

El TJCE continuó su construcción con la sentencia de 3 de abril de 2008, RÜFFERT, asunto C-346/06, en la que se analiza una normativa nacional relativa a la contratación pública, en cuanto a las condiciones de contratación del personal adscrito al servicio que imponía. En la cuestión prejudicial el tribunal nacional plantea si puede aplicar esta la legislación, que establece la obligación de pagar los salarios fijados en convenio, debido a que no es compatible con la libre prestación de servicios porque representa un obstáculo para las empresas procedentes de otros

³⁴ Vid. GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Los límites a la acción sindical en las situaciones de desplazamiento transnacional de trabajadores: comentario a la STJCE de 18 de diciembre de 2007, LAVAL”, *Aranzadi Social*, 5, 2007, págs. 1362-1372

Estados miembros. La conclusión a la que llega el Tribunal es que la Directiva 96/71, interpretada a la luz del artículo 49 TCE, se opone a una medida como ésta, puesto que puede constituir una restricción que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida, sin que se pueda encontrar justificación suficiente a esta restricción ni en el objetivo de garantizar la protección de la organización autónoma de la vida profesional mediante sindicatos, ni en el de garantizar la estabilidad financiera de los regímenes de seguridad social, objetivos ambos argumentados por el Gobierno alemán.

El Tribunal reconoce que el efecto de dumping social es una posible consecuencia de la libertad de prestación de servicios; y que para evitarlo está la directiva, que es en sí misma una restricción de dicha libertad justificada por razones de interés social. Esta Directiva fija el equilibrio entre la protección de los trabajadores y la libertad de los empresarios; por lo tanto, ir más allá de lo que ésta establece supone una restricción excesiva de la libertad comunitaria, ilegítima por ello. La directiva, como hemos dicho anteriormente, es el máximo, no un mínimo como son por lo general las normas laborales comunitarias³⁵.

Otra de estas sentencias, tan controvertidas y contestadas, es la STJUE de 19 de junio de 2008, COMISIÓN VS. LUXEMBURGO, asunto C-319/06, en la que el Tribunal estudia la validez de una Ley nacional de trasposición de la Directiva 96/71 que declaraba una serie de regulaciones nacionales como normas imperativas, de obligado cumplimiento para los prestadores de servicios que desplazan trabajadores a su territorio. El Tribunal entiende que la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente.

Hay que operar, pues, con un concepto comunitario de orden público, concepto que estaba ya presente en la misma Directiva. En opinión del Tribunal, la calificación de disposiciones nacionales de leyes de policía y de seguridad por un Estado miembro se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él. El apartado 10 del artículo 3 no exige a los Estados miembros de cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del Tratado y, concretamente, las relativas a la libre prestación de servicios; a la hora de utilizarlo para decidir la aplicación de una determinada materia a los prestadores de servicios extranjeros deberá tener en cuenta no sólo lo previsto en la directiva, sino también el principio general de no restringir esta libertad.

³⁵ Vid una crítica argumentada de las razones del Tribunal de Justicia para mantener estos posicionamientos en GÓMEZ MUÑOZ, J.M., "Libertad de empresa, concurrencia mercantil y normas sociales del mercado interior", Revista Temas Laborales, nº 130, 2015, págs. 47 a 82

Las últimas aportaciones jurisprudenciales al asunto han venido de la mano de la STJUE de 18 de septiembre de 2014, BUNDESDRUCKEREI, asunto C-549/13, en la que el Tribunal de Justicia negará al ayuntamiento de Dortmund (Alemania) la posibilidad de incorporar, por incompatibilidad con el art. 56 TFUE que regula la libre prestación de servicios, a los contratos públicos cláusulas que regulen salarios mínimos pactados con los trabajadores del servicio, lo que viene a confirmar un posicionamiento rígido frente al papel que la negociación colectiva puede desempeñar en la dinámica de la libre prestación de servicios, volviendo a demostrarse el carácter de norma de máximos de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores.

Sin embargo, ante estos posicionamientos claramente restrictivos del carácter expansivo de las normas de policía laboral o de la propia negociación colectiva, el Tribunal reconoce, como no podía ser de otro modo, el derecho de las organizaciones sindicales a plantear acciones judiciales para corregir estos excesos. Es el caso tratado en la STJUE de 12 de febrero de 2015, SÄHKÖALOJEN AMMATTILIITTO RY, asunto C-396/13, en la que el Tribunal negó la posibilidad de que la empresa polaca que desplazó a sus trabajadores impidiera a los sindicatos finlandeses ejercer acciones judiciales de reclamación de salarios para sus propios trabajadores desplazados³⁶.

Toda esta construcción nos lleva a concluir que estamos muy lejos de que los derechos derivados de la libertad de circulación de trabajadores y del principio de no discriminación por razón de nacionalidad tengan el respaldo y la garantía mínima exigible a las instituciones europeas para que no sean sacrificados en el altar de la libre prestación de servicios. Las evoluciones en el plano normativo de la Directiva de desplazamiento han sido engañosas. El Informe Monti, de 9 de mayo de 2010, para la “coordinación” de los derechos sociales y las libertades económicas pretendió tender un puente entre ambos, pero al final, se impuso la lógica de la desregulación, que es la que más ha alimentado la parálisis de la política social comunitaria desde 2007. Así, se va a producir la retirada de la Propuesta de Reglamento de 21 de marzo de 2012, Monti II, sobre ejercicio de medidas de conflicto en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, porque resultaba excesivamente audaz en expresión de los Estados miembros más reticentes a introducir nuevas regulaciones. Además, la imposibilidad de que la Unión Europea legisle en materia de derecho de huelga pesó mucho a la hora de la retirada de la propuesta.

Ahora estamos en el tiempo del reforzamiento de los controles administrativos y de la coordinación entre autoridades de inspección en materia de desplazamientos transnacionales de trabajadores. La Directiva 2014/67/UE, del Parlamento y el Consejo, de 15 de mayo, sobre garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE

³⁶ Vid. un análisis pormenorizado de este fallo del Tribunal de Justicia en SERRANO GARCÍA, M.J., “Desplazamiento temporal de trabajadores y régimen de las retribuciones”, en AA.VV. *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea*, GARCIA MURCIA, J. (dir.) Ed. Juruá, Lisboa, 2016, págs. 215 y ss.

(aún sin transponer en España, fecha límite 18 junio 2016) es la manifestación más clara de este nuevo estadio³⁷. El control de las obligaciones de cumplimiento tiene que estar justificado y ser proporcional de conformidad con el Derecho de la Unión Europea. De hecho, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en la STJUE de 7 de octubre de 2010, SANTOS PALHOTA, asunto C-515/08 y STJUE de 3 de diciembre de 2014, DE CLERCQ, asunto C-315/13.

12. ALGUNAS CIFRAS SOBRE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

Relativizar la importancia cuantitativa de los movimientos migratorios internos es fundamental para adquirir una percepción real de la libre circulación de trabajadores y personas en la Unión Europea. Esta realidad indica que son más numerosos los movimientos inmigratorios que los movimientos internos. Un 2,9% de ciudadanos europeos ejercen sus derechos de libre circulación residiendo en el territorio de la Unión Europea, frente a una población extracomunitaria del 4,1%. Sobre la población total de la Unión esto supone aproximadamente una cifra de 18,5 millones de ciudadanos comunitarios residiendo fuera de su Estado de origen (1-enero-2016).

Un primer dato a tener en cuenta viene de la mano de Eurostat: la mayor parte de los Estados de la Unión Europea tienen una población de nacionalidad balanceada, esto es, la mayoría de sus residentes son ciudadanos del propio Estado. Por tanto, cuesta entender la existencia de tensiones como las manifestadas en los últimos años. Países como Francia, Alemania, Italia, Portugal, Hungría o Polonia tienen una población extracomunitaria que supone más del 60% de los no nacionales. Son estos países, justamente, los que mayores problemas están planteando en la crisis de los refugiados –Polonia y Hungría sólo han acogido a doce refugiados tras la aprobación del acuerdo europeo de reparto- y donde se están experimentando los movimientos involutivos más crudos en términos de xenofobia y ultranacionalismo. En el otro extremo, países como Irlanda, Luxemburgo o Eslovaquia tienen entre su población no nacional más de un 60% de ciudadanos de otros Estados de la Unión.

Con datos de diciembre de 2016 y para una población de 506 millones de residentes en la Unión, los países con mayor porcentaje de población no nacional, excepción hecha de Luxemburgo que tiene un 45%, son Chipre con 19.5%, Lituania con 15%, Estonia con 14.5%, Austria con 12.5%, Irlanda con 11.8%, Bélgica con 11.3% y España con 10.1%. En ninguno de estos países se han experimentado fenómenos de rechazo generalizado a la población no autóctona, lo que constituye una paradoja si tenemos en cuenta que los países en los que dichos fenómenos se

³⁷ Vid. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., “Libre prestación de servicios y obligaciones laborales de las empresas contratistas”, en AA.VV. Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea, GARCIA MURCIA, J., (dir.), Ed. Juruá, Lisboa, 2016, págs. 188-190

han producido son Hungría con 1,4%, Polonia con 0,3%, Francia con 6.3%, Italia con 8.1% y Alemania con 8.7%.

Los países con mayor número de ciudadanos residentes de otros Estados miembros no han escapado tampoco a estas tensiones, que no se dirigen únicamente contra los ciudadanos extracomunitarios. Estos países son Chipre con 12.5%, de mayoría griega, Irlanda con 8.1%, de mayoría británica, Bélgica con 7.4%, de todas las nacionales al ser sede de las instituciones europeas, y España con 4.3%, de mayoría rumana. En el caso concreto de España (30-junio-2016), los rumanos suponen el 34% de la población no nacional, con 993.000 residentes, seguidos de los británicos con el 10%, con 292.000 residentes, de los italianos con el 8.3% y 243.000 residentes, de los búlgaros con el 6.4% y 188.000 residentes, y de alemanes y portugueses con un 5% cada uno y unos 305.000 residentes de ambas nacionalidades. La primera nacionalidad no comunitaria reflejada en la estadística es la marroquí, con 1.4% y 40.000 residentes.

Estos ciudadanos comunitarios en nuestro país pueden, a su vez, agruparse en tres grandes bloques según la OPI del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Los residentes permanentes son 671.000; los residentes sin motivo determinado de residencia son los más numerosos, 1.454.000; los residentes con motivo determinado, es decir, trabajo por cuenta ajena, por cuenta propia, estudiantes, residentes no lucrativos o familiares reagrupados constituyen 416.000. De esta cifra, el 46.7% son trabajadores por cuenta ajena, unos 194.000, que son quienes están ejerciendo directamente junto con los trabajadores autónomos, un 5.4%, la libre circulación de trabajadores dentro del marco normativo que hemos descrito en páginas precedentes. Los estudiantes, residentes no lucrativos y familiares suponen el restante 47.9%.

Más allá de estas cifras y datos estadísticos, es preciso hacer algún comentario acerca del impacto económico y en términos de empleo de estos movimientos migratorios realizados en el ámbito de la libre circulación. Según la Encuesta de Población activa de la Unión Europea (EPA-UE), con datos de agosto de 2015, en el último trimestre de 2014 aproximadamente 8 millones de ciudadanos de la UE ejercían una actividad remunerada en otro país de la Unión, es decir, un 3.5% de la población activa. Esto representa un incremento sustancial con respecto a 2005 (alrededor de 4.8 millones en 2005, o el 2.1% de la mano de obra de la UE), debido principalmente a las ampliaciones de 2004 y 2007. Sin embargo, la crisis económica ha provocado una disminución de los flujos de movilidad entre países de la unión: entre 2009 y 2011, la movilidad intracomunitaria se redujo en un tercio en comparación con el periodo comprendido entre 2006 y 2008.

Es preciso señalar, igualmente, que estas cifras globales no incluyen a todos los ciudadanos de la UE que ejercen la libre circulación, ya que la EPA-UE abarca fundamentalmente a las personas que residen habitualmente en un país, y no, por ejemplo, a los que se han desplazado recientemente o los trabajadores que ejercen la movilidad durante un corto periodo de tiempo por desplazamientos transnacionales

de carácter temporal. Las comparaciones internacionales indican que la movilidad transfronteriza entre los Estados miembros es limitada en comparación con otras regiones, como los Estados Unidos, Canadá y Australia. Aunque esto pueda explicarse en parte por la enorme diversidad lingüística y los diferentes marcos institucionales, las comparaciones indican que existe un margen mayor para el aumento de la movilidad geográfica en la Unión. Por otra parte, los diferenciales de empleo entre países y regiones deberían constituir un aliciente para favorecer estos desplazamientos. Puede decirse, para concluir que los niveles actuales de movilidad siguen siendo relativamente reducidos si se comparan con el potencial de la Unión Europea y no son proporcionales a los que cabría esperara y un mercado de trabajo único de Europa. Pero como ya hemos tenido ocasión de explicar, el sistema EURES sigue estando muy lejos de ser un mecanismo realmente eficiente para la compensación de oferta y demanda de empleo.

13. LIBERTADES COMUNITARIAS Y EL FUTURO DE LA UNIÓN TRAS EL BREXIT.

13.1. Las consecuencias impredecibles de una pésima decisión

La situación provocada tras el referéndum del 23 de junio de 2016 sobre la permanencia de Reino Unido en la Unión Europea sólo puede ser calificada de catástrofe política, económica y social. Por un estrechísimo margen, el 52% de los ciudadanos británicos decidieron que su país abandonara la Unión a la que habían estado perteneciendo desde 1973 (*European Communities Act 1972*). El proceso anterior a la activación del procedimiento del artículo 50 TUE el pasado 29 de marzo de 2017, planteó una cuestión litigiosa ante The Divisional Court que, el 3 de noviembre de 2016, dictó una sentencia por la que se declaraba que el gobierno no tenía poder, bajo la prerrogativa de la Corana, de notificar por la vía del artículo 50 TUE la salida del Reino Unido de la UE. Este Tribunal determinó que sin la autorización del Parlamento el gobierno no podía activar el proceso. Obtenido, por tanto, el beneplácito del Parlamento británico, la primera ministra Theresa May puso en marcha, finalmente, el procedimiento.

Tal y como establece el artículo 218.3 TFUE el procedimiento de negociación requerirá la mayoría cualificada del Consejo previa aprobación del Parlamento Europeo, ex artículo 238.3 TFUE. A los dos años de la notificación, por tanto, el 29 de marzo de 2019, dejarán de aplicarse los Tratados en el Reino Unido, salvo que se alcance un acuerdo antes de ese plazo. Entre las muchas posibilidades que se barajan está la de negociar con una premisa básica consistente en permitir la libre circulación de personas a cambio del acceso del Reino Unido al mercado interior europeo (*soft Brexit*). Pero ya Alemania ha dejado sentado que la salida deberá ser asumida por ambas partes, Reino Unido y Unión Europea, con todas sus consecuencias y que, antes de que se cierre cualquier tipo de Acuerdo, debe

saldarse la deuda del Reino Unido con la Unión, cifrada en unos 100.000 millones de Euros.

En la Unión Europea hay residiendo 2.2 millones de ciudadanos británicos, siendo de 3.1 millones el número de ciudadanos de la Unión residentes en Reino Unido. Desde el punto de vista de la libertad de circulación se van a plantear problemas técnicos de difícil o imposible solución, porque el único mecanismo que Gran Bretaña aplica para controlar la residencia de ciudadanos extranjeros en su territorio es el número de afiliación de la Seguridad Social. Esto quiere decir que si, en un caso hipotético se decidiera seguir permitiendo la residencia a quienes a partir de una fecha se encontraran como residentes en el Reino Unido, habría una cantidad indeterminada de ciudadanos de la Unión que, habiendo residido previamente allí, pero encontrándose ya fuera del Gran Bretaña adquirirían también ese derecho. La aplicación, por otra parte, de reglas de reciprocidad en los Estados miembros corre el riesgo de colocar a los británicos residentes en la Unión en una situación extremadamente compleja, máxime cuando un elevado porcentaje de ellos son pensionistas y han adquirido propiedades inmobiliarias en su territorio encontrándose ya en situación de residentes permanentes en los Estados de acogida³⁸.

Han sido, precisamente, las artificiosas y falaces polémicas mantenidas en torno a la inmigración y los movimientos migratorios –la libre circulación de trabajadores por lo que se refiere a los europeos- las que han terminado de movilizar a un electorado que se ha decantado por romper con Europa. Por tanto, no es previsible que los acuerdos a los que vaya a llegarse contemplen la posibilidad de mantener vigentes las normas sobre libre circulación de personas, lo que vuelve extremadamente compleja la posibilidad de un *soft Brexit*, pues difícilmente la Unión Europea va a permitir a Gran Bretaña un libre acceso al mercado interior europeo y una eliminación de aranceles, si no hay libertad de circulación de sus ciudadanos. Las consecuencias, además, en el terreno de la Seguridad Social serán, igualmente, impredecibles, pues el desmantelamiento de la arquitectura de este sistema de coordinación en el Reino Unido planteará la necesidad de un rescate de las cotizaciones realizadas y la cesación de las prestaciones económicas en los Estados de residencia hasta que se diseñe un nuevo sistema³⁹.

13.2. Epitafio crítico para una despedida

Todo el proceso de salida de Reino Unido de la Unión Europea ha sido inverosímil y paradójico desde el punto de vista histórico. Cuanto más se negaba la Francia de De Gaulle a admitir el ingreso de Reino Unido en la Comunidad Económica Europea –así sucedió en 1963 y 1967- más se empeñaban los británicos en unirse al club. Cincuenta años después, el camino se ha recorrido en sentido

³⁸ Vid. GARRIDO PÉREZ, E., La pensión de jubilación de los trabajadores migrantes, Ed. Bomarzo, 2005, págs. 5 a 10.

³⁹ Vid. al respecto de esta polémica cuestión el estudio de JIMÉNEZ BLANCO, P., “Derecho de residencia en la UE y turismo social”, La Ley Unión Europea, 22, 2015.

inverso en un salto colectivo al abismo que nadie ha sido capaz de detener. En realidad, no se puede culpar únicamente a los ciudadanos británicos de su salida de la Unión Europea. Es cierto que su primer ministro conservador, Cameron, fue quien anudó su continuidad en el cargo con el resultado favorable a la permanencia en la Unión del Reino Unido. El recurso al referéndum, contemplado en la mayor parte de las Constituciones Europeas, forma parte del *modus operandi* de las democracias parlamentarias en este lado occidental del mundo. Pero haber planteado el referéndum no significa que Cameron cometiera un error estratégico como se ha querido poner de manifiesto.

Escuchar la opinión de la gente es lo que deben hacer los gobiernos. Todos. Incluso el gobierno de la Unión Europea, la Comisión. ¿Ha oído el gobierno de la Unión Europea el clamor del pueblo europeo soberano durante la apabullante crisis económica, financiera y social que ha azotado a Europa en los últimos nueve años? ¿Han oído el resto de Instituciones europeas, las súplicas, quejas y expresiones de indignación del pueblo que elige al Parlamento Europeo, el mismo pueblo que rechazó en referéndum en Francia y Holanda hace trece años el proyecto de Constitución Europea, el que ha padecido el austericidio en Grecia, Portugal y España, y ha asistido incrédulo a la apertura de la brutal brecha social que hoy rompe el mapa desde Algeciras hasta Laponia? Casi con toda seguridad puede afirmarse que no ha sido así.

En Gran Bretaña, sí. Esa es la diferencia. Lo ha reconocido hasta la más relevante activista anti-Brexit, Gina Miller, que no se queja de que haya habido referéndum, sino de que se haya jugado, bajo engaño, con el legítimo sentimiento de frustración de una parte de la población británica, que no ha visto los beneficios de pertenecer a la Unión Europea, y a la que nadie ha prestado atención salvo el UKIP, un partido de personajes como Farage que se han tomado la consulta como una apuesta de fin de semana de Premier League, y han ganado para retirarse. *Delenda est Europa, non Britannia*. Hemos subestimado a los británicos tanto como, en su momento, subestimamos a los griegos. Asesinaron a Jo Cox, parlamentaria laborista, por defender la permanencia, y el partido de Corbin terminó reaccionando a favor del Brexit, presa del pánico. Y la Unión Europea no fue capaz de leer estos augurios, y salir a tiempo al rescate de Gran Bretaña y de los británicos. Bruselas se enrocó en su torre y se dispuso a aceptar estoicamente un destino que se negó a alterar. El pecado de soberbia, y la ignorancia sobre los designios de la historia, inveterada en los líderes nacionales europeos de los últimos veinticinco años, nos han hecho creer que el proyecto europeo puede mantenerse por encima de la voluntad de la gente. Y no se puede.

¿Por qué se quejan los líderes que se proclaman europeístas de los populismos que arrasan el panorama político de los veintiocho Estados miembros? ¿Qué han hecho por la idea de una Europa Social más justa los líderes políticos herederos de Jean Monnet, Alcide de Gasperi o Robert Schuman? ¿Por quién han trabajado durante todos estos años de demolición del *Welfare State* en Europa Angela Merkel,

Jean Claude Juncker o Jeroen Dijsselbloem? ¿Por los europeos de Leeds, Marsella, Tesalónica, Róterdam o Cádiz? ¿Por los ciudadanos de qué país de Europa han trabajado las instituciones europeas durante todos estos años de debacle de la solidaridad y hundimiento de los paradigmas del sueño europeo? ¿Por qué hay ciudadanos franceses, holandeses o italianos que apuestan hoy por el fin de la Unión Europea, cuando hace setenta años vieron sus países arrasados por el totalitarismo y la guerra?

No hay solución a los problemas nacionales de todos y cada uno de los países de la Unión Europea que no pase por la búsqueda de más Europa, más integración política, más cohesión económica y social, más fiscalidad común, más competencias exclusivas de la Unión y más traslación al Parlamento Europeo de las aspiraciones de los ciudadanos. Estamos en un severo proceso de involución que no se puede parar apelando a los valores identitarios de cada nación, a los miedos atávicos a inexistentes invasiones de bárbaros y al proteccionismo arancelario de la producción nacional.

En los últimos sesenta años de la historia escrita de Europa se encuentran las páginas más luminosas de los valores e ideales a seguir y las claves a los grandes retos de hoy. Habría que poner a leer a los líderes europeos, y a los británicos también, el Manifiesto de Ventotene (1941), de Altiero Spinelli, Ernesto Rossi y Eugenio Colomi, o a Paul Valery...”*Europa, la parte más preciosa del universo, la perla de la esfera terráquea*”. ¿Por qué nadie en las instituciones europeas indaga para recuperar el espíritu de los fundadores de Europa? Es la hora de las grandes apuestas. Europa ha sobrevivido a situaciones de crisis mucho más difíciles que las que nos han llevado a este páramo desierto de ideas nacido de la última década. Es una gran paradoja que la era de la globalización de la información y el conocimiento en vez de ponernos en un estado de proyección hacia el futuro, nos haya retrotraído al *déjà vu* de los más tristes episodios de la historia contemporánea. Mantengamos la esperanza. Pero hacen falta voluntades e inteligencias para dirigir este complejo proceso donde solo tendremos una oportunidad de éxito si permanecemos unidos en la idea de Europa.

**Comunicaciones a la
Primera Ponencia**

**LA COORDINACIÓN COMUNITARIA
EN MATERIA DE COLOCACIÓN DE
DESEMPLEADOS. ESPECIAL REFERENCIA
AL PLAN EURES Y SU REVISIÓN POR
PARTE DEL REGLAMENTO EUROPEO
2016/589
(Premio Primer Accésit Comunicación)**

Francisco Vigo Serralvo
Doctorando
Universidad de Málaga

Sumario

1. La consecución de una acción común en el campo de la compensación de las ofertas y demandas de empleo en el seno de la Unión Europea. un objetivo tradicional del proyecto comunitario.
2. La Red de Servicios Europeos de Empleo (EURES). situación previa a la aparición del Reglamento 2016/589. Disfuncionalidades del sistema.
3. El nuevo marco dibujado por el Reglamento (UE) 2016/589 relativo a una Red Europea de Servicios de Empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo.
4. conclusiones.

1. La consecución de una acción común en el campo de la compensación de las ofertas y demandas de empleo en el seno de la Unión Europea. Un objetivo tradicional del proyecto comunitario.

La libre circulación de trabajadores ha sido y es, sin lugar a dudas, uno de los principales signos distintivos del proyecto común europeo. Desde el inicio de la andadura de la Comunidad Europea en su formato unificado, una de las manifestaciones de ese principio de libre circulación ha sido el afán por conseguir la colaboración entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias a la hora establecer “mecanismos adecuados para poner en relación las ofertas y demandas de empleo y facilitar su equilibrio” (Art. 49.d, del Tratado Constitutivo CEE 1957⁴⁰, hoy art. 40.d, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴¹). Esta idea seminal tomaría cuerpo con la aparición del Reglamento CEE Núm. 1612/68 del Consejo de 15 de Octubre de 1968 relativo a la Libre Circulación de los Trabajadores dentro de la Comunidad⁴², que dedica toda su Parte Segunda (arts. 13 a 23) a la puesta en relación y compensación de las ofertas y demandas de empleo, imponiendo para ello la colaboración entre los Estados miembros y las Instituciones Europeas.

Este Reglamento, aunque tenga por objeto la regulación de un derecho mucho más amplio como es el de la libertad de circulación, sentará las bases sobre las que, a la postre, se apoyarán los distintos mecanismos de compensación europeos: de un lado el deber de los Servicios Públicos de Empleo (en lo que sigue, SPEs) de cada Estado miembro de dar traslado y poner en común las ofertas de empleo de las que dispongan (art. 15 del Reglamento) y, de otro, el deber de los SPEs de elaborar y difundir información actualizada referente a las condiciones de vida y de trabajo de sus respectivos países (art.14).

En un comienzo, el cauce por el que se trató de materializar efectivamente esta pretendida cooperación interestatal fue el ya extinto Sistema Europeo de Difusión de Ofertas y Demandas de Empleo Registradas en Compensación Internacional, o también conocido –en su acrónimo francés- como SEDOC, instaurado por las Decisiones de la Comisión de 8 y 14 de diciembre de 1972. Se trataba de un instrumento técnico en el que participaban los SPEs nacionales y a través del cual se difundían las ofertas de empleo no satisfechas en los respectivos Estados. El funcionamiento del sistema consistía en la recogida de ofertas y demandas de empleo de forma centralizada por parte de la Oficina Europea de Coordinación para proceder después a su posterior encuadramiento en las distintas categorías

⁴⁰ D.O. no publicado.

⁴¹ D.O.U.E. C 326/47 de 26 de octubre de 2012.

⁴² D.O. L 257 de 19 de octubre de 1968.

de profesiones y competencias recogidas en un repertorio de actividades.⁴³ Esta taxonomía es nuclear debido a la diferencia de nomenclatura y titulaciones existente entre los Estados miembros para referirse a unas mismas competencias profesionales u ocupaciones, lo que, en gran medida, dificulta la interoperabilidad entre los diferentes SPEs y, por tanto, el funcionamiento armónico del sistema. Como expondremos a continuación, ésta es una de las principales carencias que tradicionalmente se han predicado del mecanismo de compensación, primero del SEDOC y posteriormente de la Red EURES. Por otro lado, otra de las misiones del SEDOC, en aras de facilitar la integración de los trabajadores interesados en desplazarse, era la de dar difusión a la información prevista en el art. 14 del Reglamento 1612/68 antes referida.

Este sistema, con ser un gran avance hacia la consecución de un mercado laboral único, no suponía todavía una apuesta decidida por el mismo. La regulación del SEDOC, siguiendo las pautas del Reglamento 1612/68, era en buena medida tolerante con prácticas contrarias al espíritu integrador europeo. Muestra de ello es que los Estados miembros solo estaban obligados a comunicar aquellas ofertas de empleo “que el mercado nacional no pueda cubrir o que sean improbables que se cubran (Redacción original de art 15 del Reglamento)”⁴⁴, lo que evidenciaba una discriminación por razón de nacionalidad difícilmente compatible con el contenido de los Tratados. Esta permisividad explica en buena medida y por si sola el fracaso del sistema, ya que cabe entender que los puestos ofertados a través del SEDOC quizás no fuesen los más deseados o más cotizados. Además de esta notable deficiencia, el SEDOC presentaba otras disfuncionalidades⁴⁵, tales como una excesiva burocratización en su funcionamiento o la falta de agilidad del sistema derivada, entre otros motivos, del nivel de desarrollo tecnológico de la época y de la obsolescencia del repertorio de ocupaciones, que al no recoger las

⁴³ Sobre esta importancia podemos ver como que ya en 1964 el Jefe de la Sección de Terminología de la Oficina Europea de Coordinación, Sr. Bauer, definió como “indispensable la tarea de eliminar lo más rápidamente posible los problemas de traducción”, En abril de 1964 Se creó un grupo de trabajo para la elaboración de un “Diccionario Comparativo” ad hoc, elaborado por el Comité Técnico para la Libre Circulación y Trabajo, el cual se fue ampliando conforme a la adhesión de nuevos Estados miembros. Luego se usó como referencia la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones (CIUDO), elaborado por la OIT en el año 1968. Actualmente, desde 2009 se viene trabajando en el desarrollo de un sistema propio, el ESCO (clasificación europea de capacidades/competencias, cualificaciones y ocupaciones). Vid. Comisión Europea. *EURES: the story so far Matching jobs and skills in Europe for 15 years*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Luxemburgo, 2009. Pág. 9.

⁴⁴ Y es que, tal y como apunta la profesora Sobrino González, resulta ciertamente contradictorio que el propio Reglamento que asienta el derecho de todo nacional de un Estado miembro a acceder a una actividad por cuenta ajena en otro Estado miembro, consagrando el principio de libertad de trato, a su vez estableciese en su art. 15 una prioridad de acceso a sus nacionales frente al resto de los trabajadores nacidos en Estados diferentes. Esto no solo presenta una incoherencia interna de la norma, sino que también con respecto a los principios de igualdad de trato y no discriminación como Principios Fundamentales de la Unión. Vid. Sobrino González G.M. *La Red EURES: Un instrumento para la Movilidad Europea*. Págs.236 y 237. En Valdés Dal-Re F. et al, *Hacia un Mercado Europeo de Empleo*. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 2007.

⁴⁵ Vid. Guerreiro De Castillo-Elejabeitia A. *Instrumentos Técnicos Comunitarios para la Libre Circulación de Trabajadores. El Programa de Modernización del S.E.D.O.C.* En varios autores: *La Orientación Profesional ante la Unidad Europea. VI Jornadas Nacionales de Orientación Escolar y Profesionales*. Ministerio de Educación y Ciencia. Madrid, 1991. Págs. 71-74.

modificaciones sobrevenidas en el mercado de trabajo dejó de ser un instrumento útil que permitiese la interoperabilidad entre los agentes del SEDOC. Por último, tampoco ayudó al éxito del SEDOC el escenario económico en el que se desarrolló; diseñado durante un periodo de depresión económica, la posterior situación de reactivación del mercado de trabajo desincentivó en buena medida a los trabajadores europeos a buscar ocupación más allá de sus territorios nacionales.

2. La red de servicios europeos de empleo (EURES). Situación previa a la aparición del Reglamento 2016/589. Disfuncionalidades del sistema.

En este estado de cosas, a final de la década de los ochenta y principio de los noventa asistimos a un decidido intento de revitalización del SEDOC por parte de las Instituciones Europeas, que tratan de superar “las deficiencias y limitaciones del sistema [que] se han hecho evidentes a través de los años”⁴⁶. La extinción del SEDOC coincidió con el cambio de rumbo que apreciamos en el legislador comunitario al comienzo de la década de los noventa, que dirige sus políticas hacía una mayor movilidad laboral como principio de la todavía en ciernes política común de empleo europea. En esta línea se dicta el Reglamento (CEE) n.º 2434/92 del Consejo, de 27 de julio de 1992 por el cual se modifica la Parte Segunda del Reglamento 1612/68⁴⁷ y se dicta la Decisión 93/569/CEE de la Comisión Europea, por la que se instauraba la Red de Servicios Europeos de Empleo⁴⁸ (más conocida como Red EURES y que era sucesora directa del SEDOC⁴⁹).

Entre los objetivos de esta nueva Red estaban el desarrollo de unos mercados de trabajo europeos abiertos y accesibles para todos, el intercambio transnacional, interregional y transfronterizo de ofertas y demandas de empleo; la transparencia y el intercambio de información sobre las condiciones de vida y las oportunidades para la adquisición de competencias. Con este nuevo formato, en contraposición con el extinto SEDOC, la Comisión pretendía alcanzar una mayor facilidad en los procedimientos tratando de adaptar los mismos a la nuevas tecnologías así como a la exigencias derivada de la adhesión de nuevos Estados miembros.

Para el tema que aquí nos ocupa, la principal novedad introducida por este nuevo marco normativo surgido a principio de los noventa fue la supresión de la predilección por los trabajadores nativos a la hora de cubrir las vacantes existentes; aunque sin embargo -como volveremos *infra*- lo único que se suprime es la referencia explícita a dicha discriminación contenida en la anterior redacción del art. 15 del Reglamento 1612/68, pues no se estipuló ninguna obligación para que

⁴⁶ Comisión Europea. DOC 5 de septiembre de 1991. *Propuesta de Revisión del Reglamento EEC 1612/68. 5 de septiembre de 1991.*

⁴⁷ D.O. L 245, de 26 de agosto de 1992.

⁴⁸ D.O. L 274, de 6 de noviembre de 1993.

⁴⁹ El mismo reglamento que aprueba la Red EURES deroga las decisiones de 8 y 14 de diciembre de 1972 que instauraron el SEDOC.

los Estados miembros presentasen a la Red EURES todas las ofertas de empleo que tuviesen disponibles para sus nacionales; con lo cual, si bien los Estados ya no tenían que esperar a que la oferta en cuestión no fuese cubierta por los demandantes de empleo nacionales, seguía quedando a su arbitrio la posibilidad de comunicar o no las ofertas de empleo registradas en sus SPEs.

En cuanto a su estructura, la red EURES la componen: a) la Oficina Europea de Coordinación, que es el órgano central a escala Europea que se ocupa de la recolección de la información ofrecida por las Oficinas Nacionales de Coordinación y de su difusión a través del portal EURES; b) las distintas Oficinas Nacionales de Coordinación, que son las encargadas de filtrar y estructurar toda la información de los SPEs nacionales para su remisión a la Oficina Europea así como de elaborar y difundir la información relativa las condiciones de vida y de trabajo de cada Estado; y c) los socios de EURES, que incluyen a los proveedores de servicios públicos –con las últimas reformas también a los privados- que operen en el ámbito de la colocación, así como a organizaciones sindicales y patronales. Los socios son los que tienen el contacto directo con los ofertantes y demandantes de empleo y tienen la doble misión de informar a los mismos de la existencia de la Red EURES y sus posibilidades, así como la de remitir las ofertas y demandas de empleo para su gestión por parte de la Oficina Nacional de Coordinación.

En la actualidad, la Red EURES la forman 32 países, los 28 Estados miembros más Noruega, Liechtenstein e Islandia y Suiza (a la espera de conocer la situación en la que quedará Reino Unido respecto a EURES una vez consumado el proceso de salida conocido como *Brexit*). Además, desde 2014 EURES se ha integrado en el más amplio Programa Europeo de Empleo e Innovación Social (EaSI), desde el que, junto a la movilidad profesional (eje EURES), se persigue la modernización de las políticas de empleo y sociales (eje PROGRESS) así facilitar el acceso a la microfinanciación y al emprendimiento social (eje Microfinanciación y emprendimiento social).

A pesar del largo recorrido de este programa y a pesar de las sucesivas reformas que han ido depurándolo, los resultados del mismo evidenciaban notables disfuncionalidades. La movilidad de trabajadores dentro del mercado laboral europeo –erigida en pilar básico de la agenda europea-, es, todavía, relativamente baja⁵⁰. Esta baja movilidad es especialmente reseñable cuando, con motivo de la crisis económica que vivimos, se ha producido un importante crecimiento del número de ciudadanos de la Unión que buscan un trabajo más allá de sus fronteras nacionales, pasando desde los 175.000 registrados en 2007 a los más de 1.200.000 en el año

⁵⁰ Según los datos de la OCDE manejados por la Comisión Europea, la movilidad anual dentro de los veintiocho es del 0,29%. A título comparativo se ofrece este mismo dato para los ocho estados de Australia y que es del 1,5% o entre los 50 que conforman Estados Unidos donde es del 2,4%. Sólo alrededor de 7,5 millones de la mano de obra europea (3,1% del total) es económicamente activa en otro país de la UE. *Estudios económicos de la OCDE, Unión Europea, marzo de 2012* http://www.oecdilibrary.org/economics/oecd-economic-surveys-european-union-2012_eco_surveys-eur-2012-en

2013⁵¹, sin que se haya producido el congruo incremento de las movilizaciones transnacionales. Y es que, aunque a priori los índices de movilidad no son por sí solos un indicador válido para evaluar el éxito o no de la Red EURES, la baja tasa de movilidad que presenta Europa en un escenario donde existen acuciados desajustes entre las ofertas y demandas de empleo de los distintos Estados y en el que encontramos tasas relativamente altas de paro involuntario, evidencia los fallos de un sistema llamado a contribuir a la creación de un mercado laboral único. La propia Comisión Europea, consciente de ello, admitía que “tal como funciona actualmente, el instrumento no está suficientemente equipado para alentar nuevas pautas de movilidad justa como parte de las soluciones para los desequilibrios en el mercado de trabajo europeo, en particular debido a la magnitud de la mano de obra de la UE y a la naturaleza del reto en la actual situación económica.”⁵² Tratando de sintetizar las carencias del sistema advertidas por la Comisión podemos agrupar estas en dos apartados: de un lado las referidas a la falta de transparencia en la consecución de un registro único de ofertas y demandas de empleo; y, de otro, las referidas a las carencias de los SPEs estatales a la hora de informar sobre la Red EURES y sus potencialidades.

Las encuadradas en primero de estos grupos son tributarias, principalmente, de la tradicional falta de voluntad de los Estados miembros en lo que se refiere a la colaboración interestatal, pues estos no trasladan a la Red EURES todas las ofertas de empleo disponibles en el ámbito nacional⁵³, sin que la normativa reguladora previese ninguna consecuencia para ello. Tampoco es eficiente el intercambio de información sobre la escasez y los excedentes de mano de obra. El corolario natural de esta falta de colaboración es la opacidad del mercado de trabajo que frustra en gran medida la consecución de esa gran base de datos única con todas las ofertas y demandas de empleo existentes en la Unión a la que aspira EURES.

Al margen de esta falta de voluntad política, otro gran escollo que dificulta la colaboración interestatal en la materia es lo que la Comisión denomina “el limitado grado de interoperabilidad semántica entre los diferentes sistemas estatales”⁵⁴ y que no es otra cosa que la ausencia de un lenguaje común entre Estados para referirse a las capacidades, competencias cualificaciones y ocupaciones profesionales. Como dijimos, la armonización semántica de las categorías profesionales es uno de los principales retos a los que debía hacer frente el sistema de compensación de ofertas

⁵¹ Comisión Europea (COD 2014/0002) *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una red europea de servicios de empleo, al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo*. Bruselas, 17 de enero de 2014.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Igualmente aquí existen acuciadas diferencias entre Estados, siendo España uno de los que menor porcentaje de ofertas comunica a la red EURES en relación con las que están disponibles en el ámbito interno, con el 3%. Ello frente al 100% de Bélgica Irlanda, Eslovaquia e Italia. La media del conjunto de los países es del 60%. http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_by_governance_tool/EURES/index_en.htm

⁵⁴ Comisión Europea: *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se Restablece EURES*. <http://representacionpermanente.eu/wp-content/uploads/2014/09/EPSSCO-EPS-08-Red-europea-de-servicios-de-empleo-EURES.pdf>

y demandas de empleo, sin embargo, ni el SEDOC ni la Red EURES, en ninguna de sus revisiones normativas, consiguieron lograrlo con suficiencia.

Por otro lado, en lo que se refiere a la labor de los SPEs a la hora de prestar el asesoramiento necesario a demandantes y empleadores, es preciso apuntar que no existía ninguna concretización sobre cuáles eran las obligaciones que los SPEs de los respectivos Estados miembros debían asumir a la hora de prestar su asesoramiento, especialmente en lo relativo a la existencia del programa EURES y las posibilidades que éste les ofrecía en función al perfil particular de cada demandante u ofertante. Esta ausencia de especificación determinaba, en buena medida, que existiese un considerable margen de discrecionalidad y desigualdad en la información que recibían los ciudadanos. A esto debemos añadir la falta de personal cualificado o formado en el funcionamiento de la Red EURES que presentaban muchos SPEs.

En atención a todo lo expuesto, la propia Comisión Europea, consciente de la manifiesta discordancia entre los resultados ofrecidos y los objetivos marcados en la agenda de empleo europea, emprendió a partir de 2010 una serie de trabajos dirigidos decididamente a abordar una remodelación profunda del sistema. Entre estos trabajos cabe destacar la aprobación del Reglamento de Ejecución (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la puesta en relación y la compensación de las ofertas y demandas de empleo y el restablecimiento de EURES, la Decisión de la Comisión 2012/733/UE⁵⁵ relativa a la aplicación del Reglamento de Ejecución (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la Puesta en Relación y la Compensación de las Ofertas y Demandas de Empleo y el Restablecimiento de EURES -cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 2014- y la Carta de EURES con Orientación y Normas Técnicas de la Red EURES en Aplicación de las Disposiciones del Reglamento 492/2011 y la Decisión de la Comisión 2012/733/UE. En estos documentos comienza a perfilarse un nuevo modelo de Red EURES destinado a superar las disfuncionalidades advertidas, iniciándose un proceso de remodelación que sería culminado con el Reglamento (UE) 2016/589.

3. El nuevo marco dibujado por el Reglamento (UE) 2016/589 relativo a una Red Europea de Servicios de Empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo.

El 22 de abril del presente año se publicaría en el Diario Oficial de la Unión Europea el Reglamento (UE) 2016/589, relativo a una Red Europea de Servicios de Empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo⁵⁶ - el uso del plural “mercados

⁵⁵ D.O.U.E. L 328/21 de 28 de noviembre de 2012.

⁵⁶ D.O.U.E. L 107/1 de 22 de abril de 2016.

de trabajos” creemos que es suficientemente expresivo de la asumida situación derrotista de la que se parte-. La justificación de dicha norma –según se nos presenta- es la de “reflejar las nuevas pautas de movilidad, la mayor exigencia de una movilidad equitativa, los cambios en la tecnología de intercambio de datos sobre ofertas de empleo, el uso de una variedad de canales de contratación por los trabajadores y los empresarios, y un papel cada vez más importante de otros agentes del mercado laboral, junto con los servicios públicos de empleo (SPE), en la prestación de servicios de contratación” (Considerando 3º). Las grandes líneas de la reforma, en atención a las deficiencias de la Red EURES que advertía la Comisión, son la de conseguir una mayor integración de la Red; una mejora en la calidad y eficiencia de los servicios de apoyo reforzando el papel de los SPEs nacionales; más transparencia en el intercambio de información y cooperación interestatal, y, por último tratar de superar definitivamente la interoperatividad semántica, aspirando a alcanzar la puesta en relación automática entre las ofertas y demandas de empleo. En este reglamento, además, según se dispone en su art. 5, se pretende recoger todas las remodelaciones parciales a las que estuvo sometido el sistema EURES, refundiendo en un único instrumento las disposiciones del Capítulo II y el artículo 38 del Reglamento nº 492/2011 y la Decisión de Ejecución 2012/733. Tal y como nos dice la norma –con tintes quizás algo declamatorios⁵⁷- viene a “restablecer” la Red EURES, tratando de asentar un nuevo régimen que supere todas las imperfecciones que se le han atribuido a la misma.

Descartando buscar en este trabajo un análisis integral de la norma, si quisiéramos sintetizar sumariamente cuales son los principales rasgos distintivos de este nuevo régimen jurídico de la Red EURES, al menos aquellos cuya aplicación efectiva entendemos que conduciría a una mejora en su eficiencia.

- a) El principal acierto de la norma es que viene a añadir un claro carácter imperativo en muchas disposiciones ya existentes cuya obligatoriedad no era del todo clara⁵⁸. Esta es sin duda la apuesta más decidida por la integración

⁵⁷ Y es que, como sostendremos, este Reglamento no supone un punto de ruptura con respecto a la senda iniciada por las dos normas refundidas, antes al contrario, podemos definirlo como la concretización necesaria de algunos de los principios en ellas recogidos. En los trabajos preparatorios del Reglamento, el art. 3 (art. 5 en la versión definitiva) se titulaba –no sin cierto adanismo- “Establecimiento de la Red EURES”. Esta redacción fue censurada por el Comité de las Regiones en su informe de valoración, donde sugería que se cambiase “establecer” por “organización”, sosteniendo que “Es fundamental subrayar que el objeto del futuro Reglamento es fortalecer y potenciar la utilización de la red europea de servicios de empleo EURES, en los términos de la Decisión de la Comisión 2003/8/CE, de 23 de diciembre de 2002, y la Decisión de ejecución de la Comisión 2012/733/UE, de 26 de noviembre de 2012 [...] la red EURES no se establece con esta propuesta de Reglamento, sino que se renueva su organización y dinámica.” Enmiendas 2 y 4 del Dictamen de la Comisión de las Regiones — Movilidad laboral y refuerzo de EURES. D.O.U.E. C 271/70 de 19 de agosto de 2014. Finalmente se optó por el giro “restablecimiento”, lo cual, en puridad, no es tampoco y por lo dicho, del todo acertada.

⁵⁸ Y es que, como advertía el Comité de las Regiones en su dictamen sobre los trabajos previos de este reglamento, “si bien en el pasado la UE se ha centrado en la creación de un marco jurídico para el mercado único que garantice el derecho a la libre circulación de todos los ciudadanos de la UE, la posibilidad real de que los ciudadanos ejerzan este derecho ha sido a menudo descuidada, al haber dejado un amplio margen de interpretación a los Estados miembros sobre la normativa vigente, que en la actual época de crisis están utilizando de manera muy restrictiva.” *Ibid.*, Considerando 14º.

Europea que contiene el Reglamento. De esta forma se impone ex art. 12.3 y 17 la obligación a los Estados miembros de dar traslado a la plataforma EURES de todas las ofertas de empleo que publiquen en sus respectivos SPEs, previéndose sólo tres de excepciones tasadas: a) aquellos casos en los que debido a su naturaleza o por imperativo de normas nacionales estas ofertas deban ser desempeñadas por ciudadanos de un país determinado,⁵⁹ b) aquellas vacantes que, teniendo por principal componente el formativo, sean prácticas profesionales o periodos de aprendizaje que sean parte de la formación pública reglada o que cuenten con financiación pública como parte de las políticas activas del mercado de trabajo de los Estados miembros; y c) aquellas que formen parte de programas de políticas activas del Estado. Es preciso aclarar, sin embargo, que la entrada en vigor de estas dos disposiciones queda demorada hasta el 13 de mayo de 2018, según dispone el art. 41 del Reglamento, por lo que tardaremos en apreciar en qué medida esta nueva redacción supone un auténtico punto de inflexión en la tradicional falta de colaboración interestatal.

- b) Otra cuestión que tampoco aparecía expresada con rotundidad era la obligada participación de los SPEs estatales en la Red EURES, así como los servicios obligatorios que estos debían prestar a los usuarios⁶⁰. Cualquier atisbo de duda queda despejado con la redacción del art. 10, que estipula en su apartado segundo que “los Estados miembros velarán por que los SPE, en calidad de miembros de la red EURES, cumplan todas las obligaciones previstas en el presente Reglamento además de con los criterios mínimos comunes establecidos en el anexo I”.
- c) Se aborda también de forma decidida el sempiterno problema derivado de las diferencias semánticas en lo que se refiere a las capacidades, competencias y ocupaciones. Para ello, según preceptúa el artículo 19 del Reglamento, la Comisión adoptará y actualizará la lista de capacidades/competencias y ocupaciones de la clasificación europea, dándole a los Estados un plazo improrrogable de 3 años para la elaboración de un inventario inicial que asegure la correspondencia entre todas las clasificaciones nacionales, regionales y sectoriales y la lista elaborada por la Comisión. Se aspira así a conseguir una puesta en relación automática e informatizada entre las ofertas y demandas de empleo, sin que sea necesaria la intervención de ningún agente intermedio encargado de la taxonomía.
- d) Se refuerza y concretiza los deberes de información relativos a las condiciones de vida y el régimen jurídico aplicable a los trabajadores

⁵⁹ Entendemos que con ello se refiere a la excepción prevista en el art. 45.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativo a los empleos en la administración pública u otras excepciones residuales, y debiéramos de tener presente aquí la postura restrictiva mantenida por el TJCE a la hora de determinar cuáles son los puestos de trabajo sobre los cuales es legítimo establecer una reserva para los ciudadanos nacionales (por todas, véanse las SSTJCE, tres, de 2 de julio de 1996 del TJCE, Comisión contra Luxemburgo, Bélgica y Grecia).

⁶⁰ Dictamen de la Comité de las Regiones *Op.cit.* pág.18.

comunitarios en materia de seguridad, fiscal, laboral y administrativo, que será difundida las Oficinas Nacionales Centrales (art.9.4). También se prevé la prolongación del asesoramiento de los miembros de la Red EURES más allá del momento de la contratación, imponiendo a los miembros EURES el deber de velar por la plena integración del trabajador mediante la formación en materia de comunicación intercultural y cursos de idiomas, incluida la información general relativa a las oportunidades de empleo para los miembros de la familia del trabajador (art.25.1).

- e) Se abunda en el camino iniciado por el Reglamento nº 492/2011, en lo que se refiere a la apertura y ampliación de la Red EURES a nuevos miembros y socios, con especial importancia de los servicios privados de intermediación, instaurándose en el art. 11 el régimen jurídico por el que se regirá el procedimiento de admisión como miembro de la Red EURES y las obligaciones que deberán asumir. En el anexo nº1 se recogen los criterios mínimos de capacidad que éstos deben reunir para formar parte de la red. Aquellos agentes del mercado de trabajo interesados en formar parte de EURES pero que no reúnan los requisitos para ser admitidos como miembros podrán acceder con la condición de socios.

Con esta reforma se supera una de las carencias tradicionales más destacadas de EURES, como era la de no acaparar todas esas ofertas de empleo que eran gestionadas por los agentes de colocación privados, lo cual, en buena medida, dejaba al margen de la red muchas ofertas de empleo vigentes en un Estado miembro que podían revestir interés⁶¹.

- f) Igualmente, se materializa la posibilidad de incluir en la Red EURES ofertas de aprendizaje profesional empleo o en prácticas (art. 8.1.c y 9.4.c); una línea en la que se venía trabajando desde que esta opción fuese sometida a debate en el Pacto por el Crecimiento y el Empleo del Consejo Europeo acordado por los Jefes de Estado o de Gobierno en el Consejo Europeo en junio de 2012.
- g) Por último, un gran avance en lo que a transparencia se refiere, es la apuesta por la plataforma informática común, que desarrolla en su capítulo III y que operará a través del portal EURES, cuya gestión se le atribuye a la Oficina Europea de Coordinación. Esta plataforma, tradicionalmente -desde que se inaugurase la primera página web EURES en junio de 1998 tras la cumbre Europea de Cardiff- ha sido una de las bases del funcionamiento actual de la Red EURES. Con este nuevo impulso se pretende que tengan acceso directo a la misma todos los operadores EURES, tratando de obtener una mayor fluidez en su gestión convirtiéndola en punto común de encuentro, reduciendo así el papel de los agentes intermediarios.

⁶¹ Sobrino González G.M. *La Red EURES: Un instrumento... Op. Cit.* Pág.240.

4. Conclusiones

Mediante la valoración conjunta de estas modificaciones introducidas en el diseño de la Red EURES no podemos sino afirmar la plausibilidad de la propuesta de reforzamiento introducida por el Reglamento 2016/589, a mayor abundamiento cuando ponemos el nuevo marco resultante en contraste con la situación de partida de la que se venía. Se trata de una apuesta decidida por la integración europea, loable en estos días en los que asistimos a un periodo de incertidumbre sobre el avance en el proceso de construcción del proyecto común europeo.

Desde aquí, creemos que es necesario poner en su lugar a la propuesta EURES, y sostener que la misma es un pilar esencial en la política de empleo comunitaria. Es incompatible la existencia de un mercado laboral único en la Unión Europea con la presencia de marcados desajustes entre los niveles de desempleo interestatales. La unidad del mercado laboral en Europa, si no quiere quedar reducida a una realidad formal, solo debería conducir hacia unas magnitudes de oferta y demanda de empleo armonizadas. Este Reglamento es, sin duda, un paso necesario en esa dirección. Con todo, entendemos que deberíamos dejar pasar un tiempo prudencial para pronunciarnos con rigor sobre la trascendencia de este reglamento, tiempo prudencial que permita ver la traducción práctica de unos objetivos que en la norma se nos presentan de forma en ocasiones abstracta. Tengamos presente que a lo largo de la historia del sistema de compensación es habitual ver como el mismo acapara la atención política durante los tiempos de crisis de empleo, pasando de nuevo a un segundo plano durante los periodos de reactivación.

Para concluir, es de justicia señalar que no podemos imputar a las fallas de la Red EURES las bajas tasas de movilidad que presenta el mercado laboral comunitario, pues en todo caso podríamos estimar que nos encontramos ante un concurso de culpas en el que aparecen otros elementos justificativos de las reticencias de la población europea a trasladarse. El principal de ellos, es sin lugar a dudas el de la lengua. A diferencia de otras regiones de estructura federal o confederal que comparten un idioma común, en Europa la maldición de la Torre Babel fue especialmente severa, encontrándonos con 24 lenguas oficiales para sus 28 Estados miembros (amén de 60 lenguas regionales o minoritarias autóctonas). No es de extrañar por tanto que según las encuestas sea la falta de conocimientos lingüísticos lo que constituye el principal obstáculo a la movilidad de los trabajadores dentro de la UE⁶², y a pesar de los esfuerzos paralelos que se efectúan para superarlo⁶³ se ha admitir que es un obstáculo difícilmente superable. Además, según estas mismas encuestas, encontramos otros obstáculos a la movilidad que no son asumibles desde la Red EURES, como pueden ser el relativo al reconocimiento de títulos

⁶² Vid. MKW Wirtschaftsforschung GmbH y Empirica Kft.,Scientific. *Report on the Mobility of Cross-Border Workers within the EU-27/EEA/EFTA Countries* commissioned by European Commission & DG Employment and Social Affairs. Pág. 54. <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=3459&langId=en>

⁶³ Vid. Comisión Europea. Documento de Trabajo. SWD (2012) 372. *Language competences for employability, mobility and growth Accompanying the document Communication From the Commission Rethinking Education: Investing in skills for better socio-economic outcomes*. Strasbourg, 20 de noviembre de 2012

profesionales, la inseguridad sobre el reconocimiento de los derechos sociales o la divergencia entre los diferentes sistemas fiscales nacionales.⁶⁴ En atención a ello se hace evidente que las instituciones europeas no pueden focalizar exclusivamente sus esfuerzos en la Red EURES toda vez que el buen funcionamiento de la misma es condición necesaria pero no suficiente para el impulso de la movilidad laboral, por eso precisamente entendemos que la promoción de EURES deber ir acompañada de otras medidas de mayor calado que tiendan a consolidar los aspectos esenciales de un espacio común y del estatuto de ciudadanía europea; medidas que en nuestra opinión deberían ir dirigidas hacia la convergencia de los diferentes sistemas jurídicos nacionales en sus aspectos básicos, el reconocimiento incondicional de los derechos sociales y la menor burocratización de la administración europea como presupuestos indispensables para la fluida circulación de personas que requiere la constitución de un mercado de trabajo sustantivamente único.

⁶⁴ Vid. MKW Wirtschaftsforschung GmbH y Empirica Kft.,Scientific. Op.cit.

LA CONDICIÓN DE NACIONALIDAD EN EL ACCESO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS: ALCANCE ACTUAL DE LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 45.4 TFUE

Sara Guindo Morales
Contratada Predoctoral FPU.
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

Sumario

1. Introducción: la libre circulación de trabajadores dentro de la UE y la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros.
2. Alcance actual de la excepción establecida en el artículo 45.4 TFUE.
3. Conclusiones.
4. Bibliografía.

1. Introducción: la libre circulación de trabajadores dentro de la UE y la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los estados miembros.

La libre circulación de trabajadores garantizada por el artículo 45 y siguientes TFUE⁶⁵ –entre otros preceptos europeos que la consagran⁶⁶–, constituye un derecho social fundamental que supone la ilegitimidad no ya sólo de toda discriminación por razón de la nacionalidad –caracterizada por actuar como principio estructural del mercado de trabajo europeo– entre los trabajadores de los Estados miembros de la UE en materia de empleo, retribución y demás condiciones laborales, sino también de todo obstáculo que restrinja o dificulte esa libertad económica⁶⁷. No obstante, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden, seguridad y salud pública (artículo 45.3 TFUE), el apartado 4 del precepto estipula expresamente que “las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la Administración Pública”. Aunque pueda parecer obvio que en este supuesto específico el principio de la no discriminación por razón de la nacionalidad en el acceso al trabajo no actuará, no es tan evidente la determinación de a qué empleos de la Administración Pública se refiere, razón por la cual, ante esta situación, el TJUE, al igual que la Comisión Europea, han tenido un papel activo en la restricción del alcance de esta permanente excepción de carácter no económico –la cual encuentra su fundamento en la reserva de soberanía estatal, es decir, en el impedimento de que los nacionales de otros Estados miembros de la UE participen del poder público ejercitando las funciones inherentes al fin del Estado mismo–, al elaborar la noción de “Administración Pública” a efectos del mencionado artículo 45.4 TFUE, debido a su ambigüedad al ser susceptible de una multiplicidad de interpretaciones de diverso y contrapuesto sentido y alcance material.

2. Alcance actual de la excepción establecida en el artículo 45.4 TFUE.

Con arreglo a la copiosa y reiterada jurisprudencia del TJUE, la noción de “*Administración Pública*”, a propósito del artículo 45.4 TFUE, debe recibir una interpretación y aplicación uniforme en toda la UE que limite su alcance a lo estrictamente necesario para preservar los intereses que la mencionada disposición permite a los Estados miembros proteger, no siendo posible, por tanto, dejarla a la absoluta discreción de los mismos, puesto que se trata de una excepción al mencionado principio de la libre circulación de trabajadores al condicionar la nacionalidad en el acceso a los empleos públicos de la Unión. En una de sus más

⁶⁵ Publicado en DOUE de 30 de marzo de 2010.

⁶⁶ Para mayor abundamiento, vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Libertad profesional y derecho a trabajar”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.) et al: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pág. 331 y ss.

⁶⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2015, pág. 71.

importantes sentencias de fecha 17 de diciembre de 1980, y con la finalidad de averiguar el sentido propio de los términos utilizados por la normativa europea en el indicado precepto, declaró que se refiere “a los empleos que implican una prestación o participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público estatal y en las funciones que tienen por objeto la protección de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas y que suponen, por esta razón, la existencia de una especial relación particular de solidaridad entre sus titulares y el Estado, así como la reciprocidad de los derechos y deberes que constituyen el fundamento del vínculo de nacionalidad”. Es decir, que los empleos en la Administración Pública excluidos del derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad en el acceso al empleo⁶⁸, son aquellos donde su labor se encuentra “*revestida de autoridad pública implicando el ejercicio de funciones soberanas*”⁶⁹, emanando la diferencia que se requiere entre unas y otras actividades ejercidas por la Administración a efectos de la aplicación de la restricción del apartado 4 del artículo 45 TFUE de la forma y distintos grados de intensidad de actuación de la misma respecto al *imperium* o *potestad* invertido en la función. Lo determinante para ser capaz de justificar la exclusividad de los nacionales para el ejercicio de determinados empleos en la Administración es participar en el ejercicio de la *publica autoritas*⁷⁰ y, en virtud de la trascendencia que su ejercicio efectivo por parte de los servidores públicos adquiere en orden a determinar el ámbito de aplicación de la excepción prevista en el artículo 45.4 TFUE, según ha manifestado el TJUE, aún cuando es un concepto relativo en el sentido de que el agente público puede ejercer autoridad de modo permanente u ocasional, sólo existe cuando se origina en la soberanía nacional mantenida por los Estados miembros, implicando poderes de coacción que se exigen a los ciudadanos.

Consecuentemente, “*la excepción prevista en el artículo 45 TFUE, apartado 4, no se aplica a los empleos que, a pesar de depender del Estado o de otros organismos de Derecho público, no implican sin embargo ninguna participación en las actividades que competen a la Administración Pública propiamente dicha*”⁷¹ –en caso contrario, “*dejaría fuera del ámbito de aplicación de los principios del Tratado a una considerable cantidad de empleos y causaría desigualdades entre los Estados miembros, en función de las disparidades que caracterizan*

⁶⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La libre circulación de trabajadores en las Administraciones Públicas de los países comunitarios. A propósito del Proyecto de Ley sobre el acceso a determinados sectores de la Función Pública de los nacionales de los demás Estados de la Comunidad Económica Europea”, en *Revista Crítica de Teoría y Práctica, Relaciones Laborales*, 1994, págs. 438-478.

⁶⁹ GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996, pág. 183.

⁷⁰ DA ROCHA BRANDÃO, D.: *La discriminación en el acceso al empleo por razón de nacionalidad*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2015, pág. 172.

⁷¹ Vid. la más reciente sentencia en este ámbito del TJUE de 10 de septiembre de 2014. En este asunto en concreto, la sentencia pone de manifiesto que la participación en el ejercicio del poder público como autoridad portuaria condicionada al requisito de la nacionalidad se opone al Derecho de la UE, no pudiendo un Estado miembro reservar el puesto de Presidente de una Autoridad Portuaria exclusivamente a sus nacionales.

*la organización del Estado y la de ciertos sectores de la vida económica*⁷²-, y es que no todas las actividades del Estado y de sus organismos públicos son de Administración Pública, no debiéndose confundir el sector administrativo con el sector productivo dentro del conjunto de actividades públicas, ni tampoco la tipología de empleados públicos y variedad de funciones de la Administración que se relacionan, a su vez, con los conceptos de soberanía estatal y de intereses generales protegidos⁷³. Ello traslada el problema aquí tratado a la determinación de cuándo la Administración Pública entra en acción revestida de titularidad de poder estatal y cuándo no, lo cual lleva a diferenciar entre funciones públicas, como actividades inherentes a la Administración en sentido estricto, y servicios públicos para el cumplimiento de los diversos intereses de los ciudadanos⁷⁴, es decir, el obstáculo fundamental se encuentra en precisar cuáles son esos empleos que, como se ha indicado anteriormente, comportan la participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y la atribución de responsabilidad para la salvaguarda de intereses generales que pueden quedar reservados a los nacionales, dado que estos dos criterios van unidos de forma acumulativa.

De hecho en nuestro país, el conjunto del personal que presta sus servicios en las administraciones puede ostentar en términos generales dos situaciones jurídicas distintas⁷⁵: a) El personal del sector público puede tener una situación jurídica legal extracontractual, poseyendo la condición de funcionario, con lo que, en consecuencia, su relación de servicios queda sometida a un régimen jurídico de derecho público; y b) Los agentes públicos pueden no tener la condición de funcionarios, al estar vinculados contractualmente con la administración. Este vínculo puede ser administrativo y, por consiguiente, sujeto al derecho público; de carácter laboral, y, consecuentemente, sometido al Derecho del Trabajo; o incluso de naturaleza civil o mercantil de duración determinada. A cada una de estas dos situaciones jurídicas corresponde, en principio, una modalidad de aplicación diferente de la condición de nacionalidad para el acceso y permanencia del personal a los empleos públicos: si éstos han de estar ocupados por funcionarios o por personal asimilado a la situación funcional, la exigencia de la condición de nacionalidad española es la regla general para poder acceder y mantenerlo⁷⁶; sin embargo, si los empleos han de ser desempeñados por personal no funcionario, la condición de nacionalidad española normalmente no es exigible como regla, salvo excepciones. Por tanto, en virtud de todo lo expuesto anteriormente, la excepción contenida en el artículo 45.4 TFUE, en su aplicación por el TJUE, se ha de interpretar restrictivamente –a propósito de garantizar un espacio amplio de libertad de circulación en el importante sector

⁷² STJCEE de 17 de diciembre de 1980.

⁷³ GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*, cit., pág. 181.

⁷⁴ DA ROCHA BRANDÃO, D.: *La discriminación en el acceso al empleo por razón de nacionalidad*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., cit., pág. 171.

⁷⁵ VIDA SORIA, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Colección Estudios, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, págs. 56 y 57.

⁷⁶ Vid. al respecto, el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado.

público de empleo– siguiendo un criterio más funcional (exceptuando de la libre circulación de trabajadores aquellas tareas o puestos de trabajo que por la naturaleza de la función o actividad que despliegue, conllevan inequívocamente el ejercicio de potestades públicas o la salvaguardia de cualificados intereses generales, lo que ostensiblemente limita el ámbito material de la excepción) que institucional (más relacionado con la Administración Pública en sentido subjetivo y con la naturaleza de la relación existente entre el trabajador y la Administración Pública). La utilización de un criterio eminentemente funcional para definir el alcance de tan genérica disposición establecida en el apartado 4 del artículo 45 TFUE⁷⁷ –la cual, no distingue entre los empleos ocupados por funcionarios y los ocupados por otras categorías o grupos de personal⁷⁸–, implica que deba ser considerado por completo irrelevante, a los efectos de aplicación del citado precepto, el carácter público o privado del vínculo contraído entre el Estado y el trabajador a su servicio⁷⁹. Y es que, como ya manifestó WEBER, la Administración contemporánea se basa en un cuerpo de empleados subalternos⁸⁰ en donde se ha producido un fenómeno de contractualización masiva de los empleados públicos, los cuales, en su mayoría, se encuentran apartados por completo de todo ejercicio de autoridad o potestad pública –reservado a la alta función pública que desarrolla actividades soberanas–, a lo que se añade el hecho de la propensión coetánea hacia la desfuncionarización del personal de la administración.

En desarrollo de tan significativas manifestaciones del TJUE, la cuestión desembocó en la Comunicación 88/C72/02 sobre *“la libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración Pública de los Estados miembros. Acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del TCEE (actual artículo 45.4 TFUE)”*⁸¹ de la Comisión Europea, en donde se nombraban determinados sectores de actividad incardinados dentro de la función pública a los que sería aplicable la libertad de circulación de trabajadores. Interpretando su propia normativa a la luz de la jurisprudencia del entonces TJCEE, indicó que el ámbito de exclusión del artículo 48.4 TCEE (actual artículo 45.4 TFUE) *“se refiere a las funciones específicas del Estado y de las colectividades que puedan serle asimiladas, como son las fuerzas armadas, la policía y otras fuerzas de orden público; la magistratura; la Administración fiscal y la diplomacia. Además, se consideran incluidos en esta excepción los empleos en los Ministerios del Estado, de los gobiernos regionales, de las colectividades territoriales y de otros organismos asimilados y de los bancos centrales, en la medida en que se trate de personal (funcionarios y otros agentes) que realiza actividades organizadas en torno a un poder jurídico público del Estado o de otra personal moral de*

⁷⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Ramón Areces, 2011, pág. 289.

⁷⁸ STJCEE de 16 de junio de 1987.

⁷⁹ VIDA SORIA, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, cit., págs. 55 y 56.

⁸⁰ WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2002, pág. 717.

⁸¹ Publicado en DOCE de 18 de marzo de 1988.

*derecho público, actividades tales como la elaboración de actos jurídicos, la ejecución de dichos actos, el control de su aplicación y la tutela de los organismos dependientes*⁸². Pero, advierte también que “*tendrán, pues, que probar que para un empleo concreto y en contra de las previsiones normales, existe una relación con actividades específicas de la Administración Pública. Sólo en este caso, los Estados miembros podrán mantener el requisito de la nacionalidad para el acceso a dichos empleos, con el control del TJCEE*”. Por tanto, se invierte, en cierto sentido, la carga de la prueba, de manera que los Estados miembros interesados en alegar la excepción tienen la posibilidad legítima de hacerlo, pero también el deber de demostrar la conexión de la actividad con el ejercicio de potestades públicas relevantes para la soberanía retenida⁸³ –propias de la posición de supremacía que detentan los funcionarios situados en las escalas jerárquicamente superiores de la administración–.

Por su parte, respecto a las decisiones sobre el derecho del trabajador europeo a acceder en igualdad de condiciones a los empleos de la Administración Pública de otro Estado miembro de la UE que no estén excluidos del apartado 4 del artículo 45 TFUE, a principios del año 1974, el TJCEE de entonces dictó la primera sentencia sobre discriminación por razón de la nacionalidad en el empleo, siendo la Administración Pública de Alemania la parte demandada en este caso, el cual versaba sobre el pago de una compensación por desplazamiento temporal abonada como complemento del salario por separación de su hogar familiar. La cuestión consistía en si se podía considerar dicho complemento una condición laboral y, en su virtud, la demandante, de nacionalidad italiana, podría beneficiarse de ello. En relación a la noción de empleo público, la sentencia considera en uno de sus apartados que “*procede precisar si el alcance de la excepción recogida en el apartado 4 del artículo 48 TCEE (actual artículo 45.4 TFUE) puede determinarse en función de la calificación del vínculo jurídico existente entre el trabajador y la Administración Pública que lo emplea*”; que, “*como el precepto citado no establece distinción alguna, carece de interés determinar si un trabajador presta sus servicios como obrero, empleado o funcionario, o incluso si su relación laboral está regulada por el Derecho público o privado*”; y que, en efecto “*tales calificaciones jurídicas varían según las legislaciones nacionales y, por consiguiente, no pueden aportar un criterio de interpretación adecuado a las exigencias del Derecho comunitario*”. Asimismo, afirma que aún cuando se trate de empleos en la Administración Pública, en el sentido del artículo 45.4 TFUE, lógicamente esta disposición no podría justificar unas medidas discriminatorias contra ciertos trabajadores de otros Estados miembros en materia de remuneración o de otras condiciones de trabajo, después de haber sido admitidos a ocupar estos empleos⁸⁴, concluyendo, por ende,

⁸² CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P. (Dirs. y Coords.) et al: *El Estatuto Básico del Empleado Público: comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, Granada, Comares, 2008, pág. 602.

⁸³ VIDA SORIA, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, cit., pág. 70.

⁸⁴ STJCEE de 12 de febrero de 1974.

que una compensación por desplazamiento temporal, abonada como suplemento de salario, queda comprendida en la noción de “condiciones de trabajo”, sin que quepa distinguir si el pago se efectúa en virtud de una facultad o de una obligación, legal o contractual, es decir, que el artículo 45.4 TFUE debe ser interpretado en el sentido de que la excepción prevista por esta disposición se refiere expresamente al acceso a empleos que dependen de la Administración Pública, siendo el carácter del vínculo jurídico entre el trabajador y la Administración indiferente al respecto.

En la STJCEE de 3 de junio de 1986, el citado Tribunal declaró que “*habida cuenta de la naturaleza de las funciones y de las responsabilidades propias de los empleos de enfermero o enfermera en hospitales públicos, dichos puestos no son empleos en la Administración Pública en el sentido del apartado 4 del artículo 48 TCEE (actual artículo 45.4 TFUE)*”, en otros términos, que no se puede reservar exclusivamente a los nacionales de un Estado miembro el nombramiento y la titularización en empleos de enfermero o enfermera en hospitales públicos. También expresó que el acceso a ciertos empleos no puede limitarse por el mero hecho de que, en un Estado miembro determinado, las personas que los asumen tengan el estatuto de funcionarios. Y, en la STJCEE de 3 de julio de 1986, se pronunció aclarando que el servicio preparatorio de formación para la profesión docente no puede considerarse empleo en la Administración Pública en el sentido del artículo 48.4 TCEE (actual artículo 45.4 TFUE), no pudiendo denegarse el ingreso a los nacionales de los demás Estados miembros. Ya en el año 1991, con el caso *Bleis*⁸⁵, el TJCEE entendió que “*el empleo de profesor de enseñanza secundaria no constituye un empleo en la Administración Pública en el sentido del apartado 4 del artículo 48 TCEE (actual artículo 45.4 TFUE)*”. En sentencias ya más recientes, por ejemplo, en la de 9 de septiembre de 2003, sobre el acceso a un empleo público en un hospital francés por parte de una trabajadora portuguesa poseedora de un título portugués equivalente al exigido por la Administración francesa, admitió que el trabajo al que aspiraba dicha empleada no quedaba comprendido en la excepción establecida en el entonces artículo 39.4 TCE (actual artículo 45.4 TFUE). Aparte de referirse a la profesión regulada como una cuestión exclusiva del Derecho comunitario, volvió a recordar la sentencia reseñada reiterándose en su jurisprudencia que las calificaciones jurídicas de obrero, empleado o funcionario, o incluso de empleo sujeto al Derecho público o al Derecho privado, al variar según las legislaciones nacionales, no pueden constituir un criterio de interpretación apropiado. Particularmente interesante resulta la cantidad de asuntos resueltos por el mencionado Tribunal sobre el acceso a la profesión de notario –especialmente recursos por incumplimiento–, manifestando que este trabajo no forma parte de la lista de empleos de la Administración Pública excluidos del ámbito de la no discriminación por razón de la nacionalidad en el acceso al empleo, quedando de esta manera zanjado que el ejercicio de dicha actividad no está vinculado a la tenencia de la nacionalidad del Estado miembro de acogida. Por último, otra sentencia relevante en la materia es la de 30 de septiembre de 2003, en donde el TJCE

⁸⁵ STJCEE de 21 de noviembre de 1991.

declara que el artículo 39.4 TCE (actual artículo 45.4 TFUE) debe interpretarse en el sentido de que *“únicamente autoriza a un Estado miembro a reservar a sus nacionales los empleos de capitán de buques que enarbolan su pabellón dedicados a la pequeña navegación marítima si las prerrogativas de poder público atribuidas a los capitanes de estos buques se ejercen efectivamente de forma habitual y no representan una parte muy reducida de sus actividades”*⁸⁶.

Por otro lado, en referencia a la normativa vigente de nuestro país, si bien el artículo 56.1.a) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público⁸⁷ (en adelante y para simplificar, TRLEBEP) refleja como requisito de acceso al empleo público tener la nacionalidad española, a continuación admite una amplia serie de excepciones a esta exigencia por remisión a lo dispuesto en el artículo 57 del mismo texto legal. Como se desprende del mentado precepto, la regla general para acceder a la condición de funcionario ya no es ser español, sino nacional de uno de los Estados miembros de la UE por exigencia del principio fundamental de la libre circulación de trabajadores establecido en el artículo 45 TFUE, o bien cónyuge, cualquiera que sea su nacionalidad, no separado de derecho de aquél o descendiente de uno u otro que sea menor de veintiún años o dependiente, o incluso persona de otra nacionalidad a la que se apliquen los Tratados celebrados por la UE y ratificados por España para la libre circulación de trabajadores⁸⁸. Ahora bien, el requisito de la nacionalidad española puede ser requerido legalmente tal y como expresa el artículo 57.1 TRLEBEP –al igual que dispone la insistente jurisprudencia del TJUE referida a lo largo del presente trabajo de investigación– para el acceso a la categoría de funcionario en aquellos empleos públicos que impliquen directa o indirectamente una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses públicos preeminentes del Estado o de las Administraciones Públicas, lo que significa que la reserva a favor de los ciudadanos españoles no puede extenderse a cualquier empleo en la función pública nacional, indicando el párrafo segundo del precepto que *“a tal efecto, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas determinarán las agrupaciones de funcionarios contempladas en el artículo 76 –relativo a los grupos de clasificación profesional del personal funcionario de carrera– a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados”*. Los supuestos que según el artículo 57.1 TRLEBEP pueden reservarse como excepción a los españoles son los mismos casos en que el 9.2 del mismo texto legal –que lleva como rúbrica *“funcionarios de carrera”*– establece la reserva de funciones y puestos de trabajo a personal funcionario, matizando, al igual que dispone el párrafo segundo del artículo 57.1 TRLEBEP, que *“en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”*.

⁸⁶ DA ROCHA BRANDÃO, D.: La discriminación en el acceso al empleo por razón de nacionalidad, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., cit., págs. 172 y 173.

⁸⁷ Publicado en BOE de de 31 de octubre de 2015.

⁸⁸ Apartados 1, 2 y 3 del artículo 57 TRLEBEP.

Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde a los Órganos de Gobierno de cada Administración Pública determinar las agrupaciones de funcionarios a las que no pueden acceder nacionales de otros Estados miembros. Para el ámbito de la Administración General del Estado, tal determinación la lleva a cabo el vigente Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores⁸⁹, que establece una nueva regulación de esta materia, aprobando la relación de Cuerpos y Escalas a los que no podrán acceder los nacionales de otros Estados miembros de la UE, ordenados de acuerdo con su adscripción a los respectivos Departamentos ministeriales u Organismos públicos, y que figuran en el Anexo. Desde el punto de vista instrumental, será en las relaciones de puestos de trabajo, catálogos o plantillas⁹⁰ en la Administración, el lugar donde se determine la exigencia del requisito de la nacionalidad, ya que conforme al artículo 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública⁹¹ (en redacción dada por la Ley 23/1988, de 28 de julio⁹²), las relaciones de trabajo son precisamente “*el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto*”⁹³.

Finalmente, el TRLEBEP contempla en el apartado 5 del artículo 57 que “*sólo por ley de las Cortes Generales o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas podrá eximirse del requisito de la nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario*”. Esta posibilidad de que por medio de una ley estatal o autonómica, según que el Cuerpo o Escala para el que se apruebe la exención del requisito de nacionalidad española o europea pertenezca a una u otra Administración, puede habilitarse el acceso a determinados empleos de la función pública a ciudadanos de otros Estados no contemplados en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 57 TRLEBEP, ha sido vinculada a la evolución demográfica de nuestro país y al fenómeno de la inmigración, pues no es difícil conjeturar que determinados empleos específicos reservados a funcionarios públicos quizá no puedan ser cubiertos en el futuro con personas de nacionalidad española exclusivamente o con otros ciudadanos europeos, por falta de demanda suficiente⁹⁴. Así ha sucedido ya con las clases de tropa y marinería del Ejército,

⁸⁹ Publicado en BOE de 31 de mayo de 2001.

⁹⁰ Tal y como determina el artículo 5 del Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo.

⁹¹ Publicado en BOE de 3 de agosto de 1984.

⁹² Publicado en BOE de 29 de julio de 1988.

⁹³ VIDA SORIA, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, cit., pág. 48.

⁹⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.) et al: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pág. 402, citado por CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P. (Dir. y Coords.) et al: *El Estatuto Básico del Empleado Público: comentario sistemático de la Ley 7/2007*, cit., pág. 603.

cuya Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería⁹⁵ permite el acceso a otros nacionales de países que reglamentariamente se determinen de entre aquellos que mantienen con España especiales vínculos históricos, culturales y lingüísticos, ni siquiera necesariamente europeos.

3. Conclusiones

La discriminación por razón de la nacionalidad es muy sospechosa de infringir el Derecho de la UE. Por ello, en materia laboral, el artículo 45 TFUE establece el derecho social fundamental a la libre circulación de trabajadores dentro de la UE y la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros. Sin embargo, el apartado 4 del mencionado precepto, generando una gran incertidumbre jurídica, estipula que esta libertad económica no será aplicable “a los empleos en la Administración Pública”, creando un arduo conflicto interpretativo a la hora de determinar qué se entiende por Administración Pública y, por ende, a qué concretos empleos públicos se refiere el tenor literal de tan genérica disposición, cuestión que el TJUE y la Comisión Europea han tratado de clarificar, y es que, en principio, no pareció que en el sistema originario del entonces TCEE la liberalización de los empleos del sector público fuese considerado como un elemento fundamental de la construcción del mercado común. Sin embargo, el progresivo avance en la formación de la UE animó la convicción en las instituciones públicas europeas de que no se podrían conseguir los objetivos de la integración europea si al mismo tiempo no se restringían al mínimo razonable las limitaciones a la libertad de circulación de los trabajadores de la UE para los empleos que forman parte de la Administración Pública de los Estados miembros. Pues lo cierto es que para el progreso de la integración europea es crucial garantizar la movilidad de los trabajadores en el ámbito de la UE, ya que la construcción del mercado interno debe implicar indiscutiblemente la formación de un nuevo tipo de trabajador asalariado: el trabajador europeo. En virtud de lo anterior, el TJ ha resuelto multitud de casos respecto a este asunto, siendo su principal declaración interpretativa sobre la exclusión del derecho europeo materializada en el artículo 45.4 TFUE, que el mismo se refiere a los empleos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las administraciones públicas. Sus decisiones han servido para dar luz a los Estados miembros en orden a que éstos puedan determinar en sus legislaciones nacionales cuales son los empleos en las distintas administraciones públicas para los que se exige la condición de nacionalidad en el acceso y el mantenimiento de los mismos, determinación que, obviamente, habrá de hacerse respetando los criterios establecidos por la jurisprudencia del TJUE, la Comisión Europea y los principios del Derecho de la UE, al ser el concepto de empleo en la Administración Pública una noción de carácter europea, ya que, si fuese de otra manera, los Estados

⁹⁵ Publicado en BOE de 25 de abril de 2006.

miembros podrían, por el rodeo de una definición unilateral de esta noción, hacer fracasar a su antojo, la aplicación de la libre circulación de los trabajadores.

4. Bibliografía

- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P. (Dir. y Coords.) et al: El Estatuto Básico del Empleado Público: comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008, Granada, Comares, 2008.
- DA ROCHA BRANDÃO, D.: *La discriminación en el acceso al empleo por razón de nacionalidad*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2015.
- GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “La libre circulación de trabajadores en las Administraciones Públicas de los países comunitarios. A propósito del Proyecto de Ley sobre el acceso a determinados sectores de la Función Pública de los nacionales de los demás Estados de la Comunidad Económica Europea”, en *Revista Crítica de Teoría y Práctica, Relaciones Laborales*, 1994.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Libertad profesional y derecho a trabajar”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coords.) et al: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a. N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2015.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Ramón Areces, 2011.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.) et al: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova, 2007.
- VIDA SORIA, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Colección Estudios, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991.

LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LA RETRIBUCIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO EX ART. 45.2 DEL TFUE

Belén del Mar López Insua
*Profesora Ayudante Doctora de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Granada

Sumario

1. El principio de “transversalidad” por razón de género en las políticas y acciones comunitarias: Libre circulación de trabajadores e igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres en las condiciones de trabajo (incluida la retribución).
2. El principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres como elemento fundamental para la eliminación de obstáculos a la libre circulación de trabajadores.
3. Libre circulación de trabajadores y prohibición de discriminación retributiva por razón de género. La jurisprudencia del TJUE.
4. Conclusiones jurídico-críticas

1. El principio de “transversalidad” por razón de género en las políticas y acciones comunitarias: Libre circulación de trabajadores e igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres en las condiciones de trabajo (incluida la retribución)

En el ámbito de la Derecho de la Unión Europea se consagra, con carácter omnicompreensivo, el principio general de igualdad de trato y no discriminación en el marco de la libre circulación de trabajadores ex art. 45.2 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)⁹⁶. Lo que supone que todos los Estados miembros habrán de eliminar todos los obstáculos sin excepción que perturben o dificulten el logro de este principio consagrado en el Derecho de la Unión Europea. Atendiendo especialmente (aunque no exclusivamente) al principio de transversalidad es importante indagar sobre la incidencia que en ello pueda tener el hecho de que hombres y mujeres puedan efectivamente circular libremente con los mismos derechos. Y ello en consideración, no sólo de garantizar los derechos fundamentales, sino más específicamente en aras de *evitar los obstáculos que supondría (y en la práctica supone) para la una efectiva libre circulación de una parte muy importante de la población activa (las trabajadoras)*.

Importa retener, al efecto, la transversalidad del principio de igualdad y no discriminación por razón de género en todas las políticas y acciones comunitarias (o mainstreaming de género). En el art. 8 del TFUE se establece que: “En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”. Y en el art. 10 del mismo TFUE se dispone que: “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo...”. En esa dirección de política legislativa comunitaria la Comisión Europea (paradigmática, la Comunicación de la Comisión, de 21 de febrero de 1996, “Integración de oportunidades entre las mujeres y los hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias” [COM(1996) 67 final]) parte de un concepto totalizador de la transversalidad, conforme al cual la transversalidad consiste en tener en cuenta de forma sistemática las diferencias entre las condiciones, situaciones y necesidades de las mujeres y de los hombres en el conjunto y acciones comunitarias. Este enfoque globalizador requiere de un esfuerzo de movilización de todas las políticas. Ello incide en las perspectivas de acción en los distintos ámbitos, señaladamente el empleo, las condiciones de empleo y el mercado de trabajo. Ello ha sido realizado también en la Comunicación de 17 de junio de 2000, “Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005) [COM(2008) 355 final]; el Informe de la Comisión sobre el seguimiento de la comunicación: “Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias” [COM (1998) 122 final], y sucesivos instrumentos en la

⁹⁶ En este sentido, dispone el apartado segundo del artículo 45 del TFUE 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”.

misma dirección de política jurídica; Pacto Europeo para la Igualdad de Género (2011-2020), adoptado por el Consejo Europeo; Informe de 6 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo “Sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015 (2014/2152 (INI)”, que la conecta con el principio de libre circulación de trabajadores y la acciones comunitarias para hacerla valer, entendiéndolo, por lo demás, que la reducción de las desigualdades profesionales por razón de género “constituye un objetivo no solo desde el punto de vista de la igualdad de trato, *sino también de la eficacia y fluidez del mercado de trabajo*”; y considera que la igualdad de género “debe tratarse como un aspecto importante y transversal de todos los ámbitos de la política de la UE y de sus Estados miembros” y en situaciones jurídicas diversas. En todo ello destaca la labor garantista por vía de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el Derecho de la Unión Europea se reconoce que la discriminación salarial –en sus diversas manifestaciones y vertientes- puede provenir de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que limiten el principio de libertad de circulación, en cuyo caso los Estados miembros están obligados a su supresión. Pero también derivar de los convenios colectivos o impuesta incluso en los contratos de trabajo. En tales supuestos los Estados miembros deberán actuar de forma activa y vigilante declarando la nulidad de tales cláusulas o acuerdos o induciendo eficazmente a su modificación.

Desde el punto de vista de los sujetos titulares de la libre circulación de trabajadores se observa como la variante “sexo” ha incidido de manera relevante en las diferencias retributivas entre hombres y mujeres, lo que ha llegado a convertir a las mujeres en un colectivo débil y discriminado en el mercado de trabajo. Se produce así, de manera instrumental y artificiosa, una división por género del trabajo remunerado que ha acarreado numerosos problemas en torno al acceso a derechos sociales y que asimismo ha supuesto un obstáculo realmente existente a la libre circulación en condiciones de igualdad y no discriminación de la mujer trabajadora.

Con todo, en este marco jurídico e institucional comunitario se considera que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación retributiva por razón de género constituye un objetivo transversal en el Derecho social comunitario que facilita y autentifica la libre circulación de los trabajadores y trabajadoras en el mercado interior europeo. Principio de transversalidad que, además, proyecta toda su virtualidad jurídico-constitucional en el ámbito interno de cada uno de los Estados miembros. De ahí que, en este ámbito, el Derecho del Trabajo cumpla una función tuitiva destinada a compensar todas las desigualdades estructurales

que dificultan la consecución de la justicia social⁹⁷. A este respecto, el derecho a la igualdad de oportunidades no debe limitar su eficacia hacia una dimensión puramente declarativa, sino que debe ir más allá a fin de optimizar el principio de igualdad tanto en su vertiente formal⁹⁸, como material o funcional⁹⁹ a nivel comunitario (artículo 3.2 del Tratado de Ámsterdam) y propio de cada país.

2. El principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres como elemento fundamental para la eliminación de obstáculos a la libre circulación de trabajadores

En la actualidad, la segregación del mercado laboral europeo impone una devaluación de lo femenino en donde, precisamente, se han adoptado decisiones basadas en la obediencia de ciertos estereotipos o roles tradicionales¹⁰⁰. El inadecuado proceso de heteroidentificación de la mujer perpetúa la secesión horizontal y vertical del mercado de trabajo, consagrando así relaciones desiguales en donde ellas asumen las cargas familiares al tiempo que concilian la vida laboral y familiar (sistema de doble jornada)¹⁰¹. Al término, esta situación lleva aparejada el percibo de menores remuneraciones. A todo ello hay que sumar, como no podía ser de otra manera, la temporalidad en el empleo, la precariedad laboral y el disfrute de jornadas a tiempo parcial. Ciertamente, esta situación provoca una abrupta ruptura con una de las funciones sociales del salario, esto es, la de “reequilibrar las relaciones de poder en una sociedad fuertemente mercantilizada y, en particular,

⁹⁷ GARCÍA LOMBARDÍA, S: “El papel de la Inspección de trabajo y Seguridad Social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: un análisis a la luz del principio de transparencia”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, p. 928.

⁹⁸ Esto es, como instrumento o mecanismo jurídico destinado a integrar en todo ordenamiento jurídico el principio de igualdad de género. Ver LOUSADA AROCHENA, J.F: *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, p. 36.

⁹⁹ Ello obliga a que los poderes públicos determinen la forma de actuación que habrá de llevarse a cabo en la sociedad contemporánea para erradicar la subordinación femenina. Tarea que, no es para nada, fácil pues implica evaluar, revisar y corregir las medidas legislativas presentes y futuras que limiten el principio de igualdad por razón de género. De modo que, la normativa interna de cada Estado deberá exigir que la dimensión material del principio de igualdad juegue un papel relevante para el desarrollo de la política legislativa laboral. Ver LOUSADA AROCHENA, J.F: *El principio de transversalidad de la dimensión de género...op.cit.*, pp. 49-52.

¹⁰⁰ CABEZA PEREIRO, J: “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistemática”, *Revista Lan Harremanak*, nº 25, 2012, pp. 80-81.

¹⁰¹ Actualmente y junto al mainstreaming se han propuesto, entre otras cosas, nuevas definiciones para las nociones de Mercado y de Estado. Entendiendo éstos como dos ámbitos principales que regulan la Economía. “Ahora se reivindica un triángulo formado por Mercado-Familia-Estado. Asimismo, se definen de manera distinta el tiempo y su gestión. Se quiere romper con esa idea tradicional por la que el hombre ha tenido un tiempo dividido en tiempo de trabajo y tiempo de ocio, mientras la mujer ha disfrutado sólo de un tiempo de trabajo continuo acentuado hoy por la doble jornada laboral. Estas nuevas nociones permiten una reforma más profunda de las sociedades actuales, que es decididamente el objetivo para acabar con las discriminaciones por razón de sexo”. Ver MONEREO ATIENZA, C: “La igualdad entre mujeres y hombres en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, VV.AA., Isabel Vázquez Bermúdez (Coord), *Investigación y género, inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género*, Sevilla, Unidad para la Igualdad de la Universidad de Sevilla, 2012, p. 1195.

en las intramatrimoniales”¹⁰². Y ello por no hablar de las consecuencias que sobre la vida activa de los seres humanos despliega, al reducir las cotizaciones a la Seguridad Social y, por ende, la cuantía de las prestaciones públicas.

El derecho a una igualdad salarial entre hombres y mujeres se relaciona de manera indivisible con los principios de igualdad y no discriminación que tanto consagran las instituciones internacionales. A este respecto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ya proclamó en el artículo 41 de su Constitución de 1919 “la especial y urgente importancia” del establecimiento “del salario igual, sin distinción de sexo, por un trabajo de igual valor”, lo cual evidencia que el elemento “sexo” no debe tomarse en cuenta a fin de producir desigualdades salariales¹⁰³. En su momento, el Convenio número 100 de la OIT (1951)¹⁰⁴ supuso un importante paso para la consecución de esa igualdad, ya que en él se promovía y garantizaba “la aplicación del principio de equiparación retributiva entre hombres y mujeres”, acogiendo así aquel concepto de “trabajos de igual valor” que ya esbozaba en la Constitución de la OIT (artículo 117). De acuerdo con el Convenio de 1951, el momento de fijación de las tasas salariales para un trabajo de igual valor será clave en esta materia, pues es ahí cuando mejor se pueden afrontar las discriminaciones indirectas. Junto a este instrumento normativo, en el año 1958 aparece el Convenio núm. 111 de la OIT sobre discriminación en materia de empleo y ocupación. Ambos convenios se configuran, a día de hoy, como fundamentales a raíz de la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo adoptados por la OIT en 1998¹⁰⁵.

Desde el ámbito comunitario el principio de igualdad ha ido abriéndose paso en un espacio no exento de reticencias y dificultades. Este derecho fue en un inicio prácticamente desconocido por los Tratados Funcionales garantes de una Comunidad Europea creada para la defensa de los intereses económicos, siendo así

¹⁰² SERRANO GARCÍA, M^ªJ: “El derecho a la igualdad retributiva por razón de género” en VV.AA., VALDÉS DAL-RÉ, F y QUINTANILLA NAVARRO, B (Dir), *Igualdad de género y relaciones laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 126.

¹⁰³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M: “La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el artículo 119 del Tratado de Roma”, *Relaciones Laborales*, Tomo 1, 1989, p. 1 en su versión digital.

¹⁰⁴ Completado por la Recomendación núm. 90, de 29 de junio de 1951, sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina.

¹⁰⁵ GARCÍA TRASCASAS, A: “La igualdad en la empresa privada: igualdad retributiva y no discriminación por razón de sexo”, en VV.AA., SANZ MULAS, N (Coord), *Políticas de empleo e igualdad: Especial referencia al ámbito universitario*, Granada, Comares, 2012, pp. 33-34. No obstante a lo anterior, se encuentran también otros instrumentos normativos internacionales y comunitarios que también se refieren a este principio, entre otros: la Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944, el artículo 23.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, la Convención de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966 (art. 7), el artículo 14 del Convenio núm.117 de la OIT de 22 de junio de 1962, la Carta Social Europea de 1961, el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 4 de mayo de 1988, la Recomendación núm. 1146 de 11 de marzo de 1991, sobre igualdad de oportunidades y trato entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de 1989, el Tratado de Maastricht de 1992 (el cual incorpora el Acuerdo sobre Política Social de 31 de octubre de 1991), el Libro Verde de 17 de noviembre de 1993, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE del año 2000 (art. 21), el Tratado de Ámsterdam, el Tratado de Lisboa de 2007...etc

el primero de los derechos reconocidos en pro de la igualdad por razón de género. De modo que la CECA, únicamente, incluía dos previsiones al respecto: por razón de nacionalidad y por razón de sexo. Primeramente, por razón de nacionalidad debía suprimirse cualquier restricción que produjese una discriminación en la remuneración¹⁰⁶ o en las condiciones de trabajo entre trabajadores nacionales y migrantes. Se trataba ésta de una materia derivada del derecho a la libre circulación de trabajadores (artículo 48 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea) y que, por consiguiente, estaba basada en una motivación puramente económica (más que social). Mientras que, por razón de sexo, el artículo 119 del Tratado de Roma establecía el principio de igualdad retributiva (hasta que con el Tratado de Ámsterdam se convirtiera en el artículo 141 del TCE). De modo que, sobre un fundamento también económico, se procuraba impedir que la libre competencia se viera fraudulentamente alterada por costes laborales desiguales para sendos sexos¹⁰⁷.

La inclusión en el seno del Tratado de Roma de la igualdad salarial supuso un paso importante para el aseguramiento de esta equiparación retributiva entre ambos sexos en la esfera comunitaria, pues no sólo dibujaba un estándar a nivel colectivo aplicable a los diferentes ordenamientos internos de los Estados parte, sino que además contaba con el privilegio de imponerse a las disposiciones nacionales contrarias. De modo que, la prohibición de discriminación entre los nacionales comunitarios -en términos generales- se convierte así en condición “*sine qua non*” para la existencia de un Mercado Común, sin el cual no se puede alcanzar los fines propios de integración económica y social que establece el Tratado (art. 7 del Tratado de Roma). Por lo que, el principio de igualdad retributiva se eleva a derecho fundamental constitutivo y base del orden europeo¹⁰⁸, en tanto se considera un mecanismo enderezado para evitar el dumping social entre los Estados miembros del naciente colectivo económico europeo.

Esa funcionalización del Tratado ha permitido una interpretación notablemente dinámica, imaginativa y flexible del concepto de discriminación, extendiendo así dicha prohibición más allá de los Estados miembros y de las instituciones comunitarias a los ciudadanos de países comunitarios. Lo que ha permitido, además, un lento desplazamiento del principio desde su originario significado económico hacia una cierta definición de equiparación entre ciudadanos comunitarios que -sobre todo en lo relativo a los límites de la libertad de circulación de personas-

¹⁰⁶ Llama la atención, este punto, los Reglamentos 38/1964 y 1612/1968. En particular, éste último, al regular la libre circulación de trabajadores desarrollaba, ampliamente, la igualdad de trato. De modo que se prohibía toda discriminación por razón de nacionalidad entre trabajadores de los Estados miembro con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo (Véase la Sección II del Capítulo I del Título III de la Parte Tercera, dedicada a la libre circulación de personas y servicios).

¹⁰⁷ QUESADA SEGURA, R: “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº3, 2007, p.54.

¹⁰⁸ CASAS BAAMONDE, M^ºE: “Igualdad de retribución por razón de sexo”, *Relaciones Laborales*, nº22, Tomo 2, 2002, página 2 en su versión digital.

se relaciona cada vez más, por el Tribunal de Justicia de la UE, con los derechos humanos y las libertades fundamentales¹⁰⁹, a saber: “la regla de igualdad de trato consagrada por el Derecho comunitario prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles, fundadas sobre la discriminación, sino también todas las formas disimuladas de discriminación, que, por aplicación de otros criterios de distinción, producen de hecho el mismo resultado”¹¹⁰.

Esta visión de la no discriminación por nacionalidad, se refuerza en materia de libre circulación de personas, en la que la interpretación extensiva del principio ha traspasado incluso su originario fundamento económico. Se ha tendido a construir un cierto estatuto de ciudadano económico, que incluso va más allá de la especialidad funcional de la comunidad y que, finalmente, supera esa visión económica y productiva para fundamentar el principio de igualdad de trato en la propia dignidad de la persona humana, convirtiéndose de esta manera la no discriminación por razones retributivas en un primer pilar para la construcción jurisprudencial de los derechos fundamentales.

A partir de los años 70 el principio de igualdad retributiva ha ido experimentando una notable evolución normativa, que se ha hecho valer en todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena (incluido el trabajo de aquellos que prestan sus servicios para el ámbito de la función pública, bajo cualquier modalidad o relación jurídica por cuenta ajena). Y es que, el efecto directo (tanto horizontal, como vertical), automático o self executing del ahora artículo 157 del TFUE no puede ser objeto de una interpretación estricta, en cuanto que “...esta expresión se utiliza precisamente para hacer resaltar el carácter fundamental de algunos preceptos”¹¹¹.

En el vigente derecho originario, el TFUE establece que en todas las acciones de la UE quedara fijado el objetivo de eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres, por lo que en la ejecución de sus políticas y acciones se luchará contra la discriminación entre sexos (artículos 8 y 10 del TFUE). Ahora bien, en la misma línea, el artículo 45.2 de este Tratado impone 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”, a cuyo efecto el artículo 157.1 del TFUE (antiguo 141 TCE) establece que “cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M: “La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el artículo 119 del Tratado de Roma”..op.cit., página 3 en su versión digital.

¹¹⁰ Ver Asunto REYNERS 2/84, 21 de junio 1974. De igual modo, en el asunto SIMMENTHAL (106/1977 de fecha 09-03-1978) se ha precisado las consecuencias del efecto directo: ser fuente directa e inmediata de derechos y obligaciones para los afectados, ya sean los Estados o los particulares partes en relaciones jurídicas nacidas del derecho comunitario y vincular al juez que ha de proteger los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario.

¹¹¹ La doctrina judicial ya ha resaltado esta idea a través del Asunto Defrenne II del año 1976. Ver también la Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2004 en el Asunto C-284-02, Sass y 13 de enero de 2004, Asunto C-256/01, Allonby.

o para un trabajo de igual valor”¹¹², entendiendo por retribución, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. A este respecto, la igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; y que b) la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo (artículo 157.2 TFUE). Por su parte, la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, establece en su artículo 16 que debe “garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres” y “desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”. A tal fin, conviene intensificar, “donde quiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la ecuación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional” y “desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”.

En lo que respecta al Derecho derivado el crecimiento que se ha experimentado en materia retributiva ha sido notable, siendo a día de hoy dos las Directivas más destacadas en esta materia, de un lado, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)¹¹³ y, de otro, la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para garantizar los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación¹¹⁴.

El hecho de que estadísticamente todavía los salarios de las mujeres sean inferiores a la de los hombres constituye un punto de partida ineludible, que pone de

¹¹² Con “independencia de que lo realice un trabajador o una trabajadora”, Sentencias del TJUE en los Asuntos Lawrence (C-320/00) y Cadman (C-17/05).

¹¹³ En esta directiva se recogen las principales disposiciones en materia salarial de la ya derogada Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

¹¹⁴ Así pues, destaca aquí una idea fundamental: “La libre circulación de los trabajadores otorga a cada ciudadano de la Unión, independientemente de su lugar de residencia, el derecho a desplazarse libremente a otro Estado miembro para trabajar y/o residir en el mismo a efectos laborales. Le protege contra la discriminación por razón de la nacionalidad en relación con el acceso al empleo, las condiciones de empleo y trabajo, en particular la remuneración... garantizándoles la igualdad de trato, con arreglo a la legislación y prácticas nacionales y a los acuerdos colectivos, con respecto de los nacionales de ese Estado miembro. Tales derechos deberían ser ejercidos sin discriminación por razones de nacionalidad a todos los ciudadanos de la Unión que ejerzan su derecho a la libre circulación, entre estos, a los trabajadores permanentes, de temporada y fronterizos...” (Considerando número 3 de la Directiva 2014/54/UE y artículo 2.1 b).

relieve la importante brecha salarial existente¹¹⁵. La eliminación de la discriminación por razón de sexo en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas, supone hoy día un objetivo clave para las instituciones europeas y los interlocutores que trae su causa en: las discriminaciones retributivas directas o indirectas (pago de distinta retribución por la prestación de un trabajo de igual valor), la segmentación horizontal en el mercado de trabajo y la minusvaloración de los trabajos realizados primordial y tradicionalmente por mujeres (sectores feminizados), la alta segmentación vertical y problemas vinculados a roles tradicionales de asunción de responsabilidades familiares y conciliación de vida familiar y laboral (que determina un altísimo porcentaje de parcialidad de jornada en el empleo femenino)¹¹⁶. A este respecto, el Parlamento Europeo ha recordado recientemente que: "... los Estados miembros han adaptado sus legislaciones nacionales al Derecho de la UE; señala que la mera incorporación correcta de las cláusulas de la Directiva refundida al Derecho nacional ha demostrado ser insuficiente para lograr la aplicación plena y la ejecución efectiva de dichas cláusulas y que las diferencias de retribución salarial entre hombres y mujeres siguen persistiendo..."¹¹⁷, lo cual se debe a que pese a la amplia normativa de la UE los avances en el cumplimiento del principio de igualdad de trato son lentos, de ahí que no se haya alcanzado una igualdad de género *de facto*, tal y como ponen de manifiesto los informes anuales sobre "Igualdad entre hombres y mujeres" aprobados por la Comisión Europea¹¹⁸. Por esa razón, el Parlamento Europeo reitera que es necesario que "... existan definiciones claras armonizadas para facilitar la comparación a escala de la UE de términos como brecha retributiva entre mujeres y hombres, brecha pensional entre hombres y mujeres, remuneración, discriminación retributiva directa e indirecta, trabajo «equiparado» y trabajo de igual valor; considera que, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el valor del trabajo debe evaluarse y compararse utilizando criterios objetivos tales como requisitos educativos, profesionales y de formación, las cualificaciones, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión; señala que, debido a los distintos tipos de contratos de trabajo existentes, tanto

¹¹⁵ El salario de los hombres españoles es un 19,3% superior al de las mujeres, mientras que a nivel europeo esa diferencia se sitúa en el 16,3% (según los datos difundidos por la Comisión Europea). Los países donde la brecha es menor son Eslovenia (3,2%), Malta (5,1%), Polonia (6,4%) e Italia (7,3%), mientras que los que tienen una mayor diferencia a nivel de salarios entre hombres y mujeres son Estonia (29,9%), Austria (23%), república Checa (22,1%) y Alemania (21,6%). Comunicados de USTEA publicado a fecha de 24 de febrero de 2016. Ver <http://ustea.es/new/comunicado-igualdad-salarial-mujeres-hombres/>

¹¹⁶ Ver el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE, emitido el 6 de diciembre de 2013. En esta línea, LÓPEZ BALAGUER, M: "El principio de igualdad en materia retributiva", en VV.AA., MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR (Coord), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp.104-105.

¹¹⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de octubre de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (2014/2160(INI)).

¹¹⁸ Informe del Parlamento Europeo sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015 (2014/2152(INI)). De igual modo, véase la Estrategia de la Comisión Europea para la igualdad de género 2016-2019.

estatutarios como contractuales, el cálculo actual de la brecha retributiva entre mujeres y hombres puede generar una imagen distorsionada del problema de la igualdad de retribución; pide a la Comisión que analice estas posibles distorsiones y que proponga soluciones adecuadas, incluida la introducción de auditorías salariales obligatorias para las sociedades cotizadas de los Estados miembros de la UE, excepto las pequeñas y medianas empresas (PYMES), y la posibilidad de aplicar sanciones en casos de incumplimiento...¹¹⁹.

3. Libre circulación de trabajadores y prohibición de discriminación retributiva por razón de género. La jurisprudencia del TJUE

El Tribunal de Justicia de la UE ha desempeñado un papel relevante en materia de igualdad de trato, siendo así su doctrina modelo para la promoción en la equiparación salarial por condiciones de género en todo el ámbito comunitario. Sin que quepa entrar a analizar a fondo en si las diversas legislaciones nacionales cumplen o no satisfactoriamente con las exigencias europeas, lo que sí está claro es que confluyen aquí una serie de puntos que hacen muy difícil vislumbrar las distintas formas de discriminación por razones retributivas y ante un trabajo igual o de igual valor.

Actualmente muchos comportamientos discriminatorios se esconden bajo una aparente legitimidad que no es tal y que tiene como resultado un daño, basado o no en una justificación objetiva. A este respecto, ya el punto de inflexión lo constituye la reiterada sentencia *Defrenne II*, que intentaba diferenciar, aunque a través de parámetros no del todo coincidentes con los actuales, ambos tipos de discriminación. En efecto, se dice que “procede establecer una distinción dentro del ámbito de aplicación global del artículo 119, entre, por una parte, las discriminaciones directas y abiertas, que ya cabe advertir meramente sobre la base de los criterios de identidad de trabajo e igualdad de retribución referidos en el citado artículo y, por otra parte, las discriminaciones indirectas y encubiertas que solamente pueden identificarse en función de disposiciones de desarrollo más explícitas, de carácter comunitario o nacional”¹²⁰.

Con posterioridad, la doctrina judicial expresaría de modo más claro el concepto de discriminación indirecta, saber: “... el principio de igualdad de retribución exige esencialmente que se tenga en cuenta de manera objetiva la naturaleza del trabajo que debe realizarse. Por consiguiente, un mismo trabajo o un trabajo al que se atribuya un mismo valor debe ser retribuido de la misma manera, ya sea realizado por un hombre o por una mujer. Cuando para la determinación de la retribución

¹¹⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de octubre de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (2014/2160(INI)).

¹²⁰ Se reitera esta misma doctrina en la Sentencia Jenkins de 31 de marzo de 1981 (Asunto 96/80).

se aplique un sistema de clasificación profesional, será necesario que éste utilice, por una parte, criterios que no sean diferentes según que el trabajo sea realizado, por un hombre o por una mujer, y, por otra parte, que no esté organizado, en su conjunto, de tal manera que conduzca de hecho a una discriminación general de los trabajadores de un sexo con relación a los de otro¹²¹. Por tanto, la discriminación será indirecta cuando no exista una justificación objetiva del resultado obtenido (por ejemplo: cuando el empleador diversifique el trabajo, de modo que, feminice o masculinice determinadas categorías profesionales en función del criterio del esfuerzo físico), aunque produzca un daño, consciente o inconsciente,¹²² para uno de los géneros.

Antes que nada, hay que valorar la pertinencia de la comparación para determinar el tipo de discriminación, debiendo los trabajadores y las trabajadoras implicados encontrarse en una situación equiparable. En este sentido, el asunto Hlozek se expresa que “el principio de igualdad de retribución, al igual que el principio general de no discriminación del que constituye una expresión particular, lleva implícito que los trabajadores y las trabajadoras a los que se aplica deben encontrarse en una situación idéntica o comparable¹²³”. A partir de este dato, se entiende que la discriminación será directa cuando el “sexo” sea un factor determinante, único y decisivo para que opere una diferenciación o diferencia de trato. Hay que tener en cuenta que la conducta discriminatoria se califica, en este caso, por el resultado peyorativo para la mujer, quien ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas en la concurrencia hacia una situación comparable a la del varón (a buen ejemplo, cabe citar los supuestos de discriminación que, sobre la base de regímenes retributivos elaborados a partir de sistemas de clasificación profesional, producen diferenciación entre los trabajos realizados por hombres y mujeres, atribuyendo a cada uno de los géneros una retribución diferente). Se trata de una cuestión muy controvertida que debe ser valorada internamente por el órgano judicial competente. Supone implicar, más que tratar igual a los semejantes, tratar distinto a los diferentes. Y es que, como ha declarado el TJUE en la sentencia de 14 de febrero de 1995, una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes: “el principio de igualdad de retribución consagrado en el artículo 119 del Tratado no se opone al pago de una asignación a tanto alzado reservada únicamente a las trabajadoras que inician su permiso de maternidad, siempre que dicha asignación esté destinada a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas¹²⁴”. Así pues, de manera análoga, en la Sentencia *Barber* de 17 de mayo de 1990 (Asunto C-262/88), el tribunal declaró que todas las formas de pensiones profesionales constituyen una retribución a los efectos del artículo 119 [actual artículo 141 del TCE], por lo que

¹²¹ Sentencia de 1 de julio de 1986 en el Asunto C-237/85, *Rummler*.

¹²² SERRANO GARCÍA, M^ªJ: “El derecho a la igualdad retributiva por razón de género”. op.cit., pp. 151-152.

¹²³ Véanse las sentencias de 9 de noviembre de 1993, Roberts, denominada “Birds Eye Walls”, C-132/92, apartado 17; de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C-342/93, apartados 16 a 18; *Abdoulaye* y otros, antes citada, apartado 16, y de 13 de diciembre de 2001, *Moufflin*, C-206/00, apartado 28.

¹²⁴ Doctrina del asunto *Abdoulaye* (1999) y Asunto C-279/93, *Schumacker*.

es aplicable el principio de igualdad de trato. De este modo, los trabajadores del sexo masculino tienen derecho a disfrutar de sus derechos en materia de pensiones de jubilación o de supervivencia a la misma edad que sus compañeras del sexo femenino.

La comparación entre trabajos de igual valor no resulta una tarea fácil de llevar a cabo o de resolver mediante parámetros generales. Y ello es porque habría que definir ¿qué pautas nos han de servir para equipar trabajos igualmente valiosos? y ¿qué criterios operan como diferenciadores sin que quepa hablar de discriminación por razones de género? No obstante, podrán producirse supuestos en los que no siendo el trabajo de igual valor provoque discriminación¹²⁵, debido a que el TJUE no ha sido concluyente en la definición del tercero en comparación¹²⁶. Así por ejemplo, y en cuanto a los elementos diferenciadores, la doctrina judicial ha hecho hincapié en la admisibilidad del esfuerzo físico como criterio de deslinde o diferenciador: “... aunque un criterio determinado, como el del esfuerzo muscular exigido, pueda de hecho favorecer a los trabajadores masculinos, ya que se supone que en general su fuerza física es superior a la de los trabajadores femeninos, es necesario, para examinar su carácter discriminatorio, considerarlo en el conjunto del sistema de clasificación profesional, con respecto a otros criterios que intervienen para la determinación de los niveles de retribución. Un sistema no es necesariamente discriminatorio únicamente por el hecho de que uno de sus criterios se refiera a cualidades que poseen más fácilmente los hombres. Para no ser discriminatorio en su conjunto y responder así a los principios de la Directiva, un sistema de clasificación profesional deberá estar constituido, sin embargo, de tal manera que implique, si la naturaleza de las tareas de que se trata lo permite, empleos a los que se atribuya un mismo valor y respecto de los que se tengan en cuenta otros criterios con relación a los cuales los trabajadores femeninos pueden presentar especiales aptitudes” (Asunto *Rummler* de 1986). En otros casos, se ha tenido en cuenta para determinar la existencia de una discriminación por razón de sexo elementos tales como: la feminización del contrato a tiempo parcial¹²⁷, la antigüedad en el empleo¹²⁸ -más propia de los hombres que de las mujeres¹²⁹-, el disfrute de contratos temporales... etcétera. Sea cual sea el caso de discriminación, directa o indirecta, la doctrina judicial de la Corte de Luxemburgo atribuye la carga

¹²⁵ Ver la Sentencia de 4 de febrero de 1988, asunto 157/86, *Murphy*.

¹²⁶ El considerando 9º de la Directiva 2006/54/CE establece que “de conformidad con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia... debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajos se encuentran en una situación comparable”.

¹²⁷ Ver las sentencias de 13 de mayo de 1986, en el asunto 170/84, *Bilka-Kaufhaus*; la sentencia de 17 de junio de 1998, asunto C-243/95, *Hill y Stapleton* y, en cuanto a la retribución de las horas extraordinarias de los trabajadores a tiempo parcial, la sentencia de 6 de diciembre de 2007, asunto C-300/06, *Vofß*.

¹²⁸ Sentencia de 17 de octubre de 1989, asunto 109/88, *Danfoss*.

¹²⁹ Ver Sentencia de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97, *Seymour Smith y Laura Pérez*

de la prueba al empresario¹³⁰, quien deberá acreditar el carácter neutro del sistema retributivo aplicado¹³¹.

Otro concepto no exento de polémica es el concerniente al “concepto de retribución”. En principio, en el ámbito de la igualdad retributiva por razón de género, entra cualquier abono, en dinero o en especie, actual o futuro, que sea realizado por el empresario (directa o indirectamente) al trabajador¹³², aún cuando la relación laboral se hubiera extinguido. Resulta indiferente la naturaleza jurídica de la concesión, el motivo de la misma y de si su base se encuentra en una decisión unilateral del empresario, un acuerdo colectivo, acuerdo individual, disposición legislativa o judicial¹³³. En particular, la jurisprudencia comunitaria aplica el principio de igualdad de trato a las siguientes partidas: salario base, pago de horas extraordinarias¹³⁴ y a las gratificaciones vinculadas a factores de política de recursos humanos¹³⁵ (Asuntos Lewen y Krüger, ambos del año 1999). Y, como complementos salariales, se incluyen: la nocturnidad, el resultado obtenido (Asunto Dansk Industrial, sentencia del TJCE de 31 de mayo de 1995 (C-400/93) y los méritos profesionales (Asunto Danfoss de 17 de octubre de 1989). De igual modo, se adhieren a este concepto de retribución algunas partidas económicas que no poseen naturaleza jurídica de salario, a saber: prestaciones por matrimonio (STJCE de 28 de octubre de 1999, Asunto Comisión contra Grecia (C-187/98) e indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo (STJCE de 9 de febrero de 1999, Asunto Seymour-Smith y Laura Pérez (C-167/97).

4. Conclusiones jurídico-críticas

Compensar las desigualdades y cerrar la brecha salarial (al igual que ocurre, ciertamente, con tras desigualdades de trabajo) que separa a hombres y mujeres constituye uno de los objetivos primordiales a lograr por Europa, sin embargo no deja de ser cuanto menos una utopía dada la grave situación económica actual. Ciertamente, el principio de transversalidad está siendo aplicado en un sentido más formal que funcional, puesto que a pesar de haberse procedido en la mayoría de los

¹³⁰ En este sentido, la sentencia del asunto Danfoss se expresa como sigue: “cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria, una vez que los trabajadores femeninos hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos”.

¹³¹ CABEZA PEREIRO, J: “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistemática”...op.cit., pp. 91-93.

¹³² STJCEC-80/70, de 25 de mayo de 1971, Asunto Defrenne I; C-192/85, de 3 de diciembre de 1987 en el asunto Newstead; C-152/91, de 22 de diciembre de 1993 (Asunto Neath); Sentencia de 9 de febrero de 1999, en el Asunto Seymour-Smith y Pérez (C-167/97) y sentencia de 23 de octubre de 2003, C-5/02 en el Asunto Schönheit y Becker.

¹³³ STJCE de 9 de febrero de 1982, Asunto Garland (C-12/81); 21 de octubre de 1999, en el asunto Lewen (C-333/97) y 17 de mayo de 1990, en el asunto Barber (C-262/88).

¹³⁴ Sentencia de 6 de diciembre de 2007, asunto C-300/06, Voß.

¹³⁵ Se refiere, por ejemplo, a gratificaciones voluntarias y revocables otorgadas como incentivos al futuro trabajo o a una prima especial de fin de año.

ordenamientos jurídicos nacionales a la transposición formal de las disposiciones de la Directiva 2006/54/CE, lamentablemente, no se ha efectuado conjuntamente un análisis material de los problemas prácticos que plantea la discriminación retributiva. De forma que, que los instrumentos complementarios que resultan indispensables para que los mecanismos previstos en la Directiva puedan desplegar toda su virtualidad práctica devengan en inoperantes. De ahí que todavía, en pleno siglo XXI, la garantía efectiva de la libre circulación de trabajadores (que consagra el artículo 45.2 del TFUE) no se haya alcanzado debido a que la brecha salarial que separa a hombres y mujeres es cada vez mayor. En este sentido, cabe valorar muy positivamente la posición adoptada por la Comisión Europea y el Parlamento Europeo en sus últimos informes publicados, al marcar un punto de inflexión hacia esa vertiente funcional del *mainstreaming* de género, entendiendo así que no puede considerarse adecuadamente transpuesta dicha Directiva a los distintos derechos nacionales de los países miembros mientras el legislador y los interlocutores sociales no analicen y den una respuesta jurídica adecuada a los problemas prácticos descritos. Sin embargo, y como se puede vislumbrar, la raíz del problema de desigualdad y discriminación retributiva está primero en el ámbito comunitario, pues el empleo de técnicas de “*soft law*” no sirven en absoluto para que se eliminen las divergencias retributivas que tanto se pretenden alcanzar a través del principio de transparencia, en relación con el de libre circulación de trabajadores. La naturaleza imperativa del principio de igualdad de trato, en sintonía con el principio de transversalidad y el de libre circulación no ha calado suficientemente en el ámbito comunitario, de ahí que se precise urgentemente de una revisión de la normativa laboral antidiscriminatoria que introduzca todos los elementos garantistas exigidos por el Derecho Comunitario (inversión de la carga de la prueba, garantía de indemnidad, conceptos claros de los diversos tipos de discriminación). Se presume de que las diferencias en la tasa de empleo y en la remuneración entre hombres y mujeres han disminuido levemente a lo largo de los últimos años, cuando lo cierto es que dicha situación no se ha debido a la mejora de la situación de las mujeres sino al descenso de la tasa de empleo y de los niveles de remuneración de los hombres durante la crisis económica.

Por otra parte, y en conexión con la problemática retributiva, interesa destacar que el paso de una sociedad patriarcal hacia un modelo más equilibrado de distribución de responsabilidades familiares no parece que haya calado suficientemente en los distintos sistemas jurídicos europeos. Es por ello que las mujeres se encuentran todavía soportando el sistema de doble jornada, la precarización en el empleo, la feminización del trabajo a tiempo parcial, la temporalidad laboral y la asunción absoluta de responsabilidad familiares, lo que al término provoca desigualdades retributivas y consecuencias peyorativas desde el punto de vista de la Seguridad Social (a saber: el acceso a una pensión digna o equiparable a la de los varones). Estos elementos unidos a los de: falta de transparencia salarial y valoración de los puestos de trabajos en las empresas, así como la existencia de cierta inseguridad jurídica y soluciones judiciales contradictorias en torno a situaciones de discriminación equiparables... están abocando a cierta “invisibilidad” en

materia de igualdad retributiva. Las principales perjudicadas de esta traba (casi siempre las mujeres) llevan desde hace años viéndose indefensas en materia de no discriminación por razones retributivas, debido a que la puesta en escena de todas esas meras declaraciones y tentativas europeas brillan completamente por su ausencia. No parece que al legislador comunitario (y, de igual modo, al español) le interese remover todos aquellos obstáculos que invisibilizan la práctica de las situaciones de discriminación retributiva.

La negociación colectiva constituye, el instrumento por excelencia de regulación de las condiciones de trabajo y, en particular, para la garantía de los derechos fundamentales en el seno de la empresa. Precisamente por ello, a través de los convenios colectivos se debería tratar de eliminar toda discriminación por razón de género en el empleo y en las condiciones de trabajo, pues con vistas a hacer efectivo el principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres la ley encomienda a los negociadores que cumplan con una serie de funciones. Pese a la importancia que desempeña la negociación colectiva para la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la realidad demuestra como todavía ésta se encuentra aún lejos de alcanzar ese objetivo y ello es debido, quizás, a factores como: la escasa participación femenina en las mesas de negociación, la deficiente preparación de los negociadores colectivos, la relegación de la igualdad frente a los temas retributivos, clasificación profesional, acceso al empleo y la repetición de las normas precedentes, por lo que no se innova en materia de igualdad de género.

A pesar de todos los esfuerzos legislativos, la realidad es que la normativa actual no se ajusta a los problemas que presenta la sociedad contemporánea, llegando incluso a promover más desigualdades de las ya existentes. Bien es cierto que, aunque la realidad económica y social ha evolucionado, ésta no podrá instituirse todavía en óbice para los derechos fundamentales comunitarios, adoptando así una postura menos garantista. De ser así la práctica nacional-empresarial seguirá convirtiéndose en el principal escollo para las trabajadoras, quienes tras años de pugna y discusión por alcanzar unas condiciones de empleo y retribución equiparables a la de hombres se verán envueltas en una batalla perdida de antemano, que convertirá todos sus esfuerzos históricos en vanas volutas de humo. Una vía ésta que nos irá acercando, poco a poco, a la aniquilación del Derecho del Trabajo garantista y por ende, a la destrucción de todos aquellos principios (igualdad de trato y no discriminación -por razones de empleo, condiciones de trabajo y retributivas-) aseguradores de una cohesión social europea.

LIBRE CIRCULACIÓN, BREXIT Y TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA

Juan Manuel Moreno Díaz
*Prof. Dr. de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Sevilla (E.U. Osuna)

Sumario

1. UNA EUROPA QUE ENVEJECE: LOS DATOS DEMOGRÁFICOS
 - 1.1. La evolución de la edad de la población europea
 - 1.2. La población trabajadora en la Unión Europea: cada vez más trabajadores de edad avanzada.
2. EL BREXIT: LA POSIBILIDAD DE QUE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UE ABANDONE LA UNIÓN.
3. LAS POSIBLES CONSECUENCIAS PARA LA POBLACIÓN TRABAJADORA EUROPEA DE AMBOS HECHOS

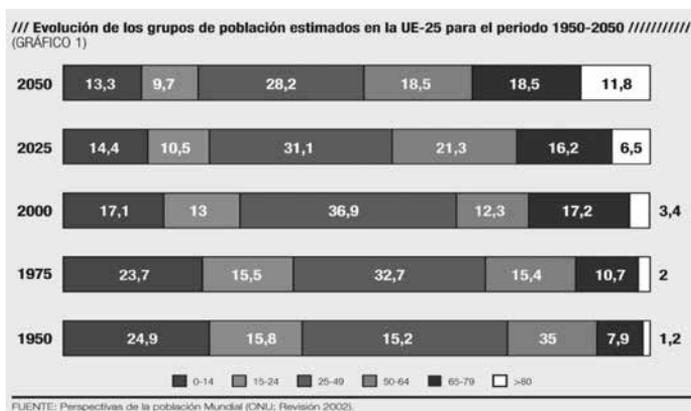
1. Una Europa que envejece: los datos demográficos

1.1. La evolución de la edad de la población europea

La comunicación que se presenta tiene por objetivo analizar los vínculos que pueden existir entre una de las libertades fundamentales de los trabajadores en la UE y el hecho de que la edad de la población, en general, y la de los trabajadores, en particular, sea cada vez más alta, y todo ello en relación a la posible salida del Reino Unido de la Unión Europea, fenómeno que ha sido conocido por el nombre de Brexit.

En efecto, los recientes datos demográficos ponen de manifiesto el envejecimiento general de la población europea, lo que va a conllevar, necesariamente, la existencia de un número cada vez más alto de trabajadores de edad avanzada, es decir, aquellos situados en el tramo de edad entre 55 y 64 años.

En este sentido, hay que partir de los datos que avalan estas afirmaciones en el plano europeo. Partiendo de un análisis de la evolución de dicha población en el período que va desde 1950 a 2050, hay que hacer una afirmación inicial que incide en el cambio significativo de dicha población en ese lapso de tiempo, habiendo cambiado los distintos grupos de la población de las distintas edades. Y aunque esto se ha manifestado, como decimos, en todos los tramos de edad, hay un hecho que llama la atención por encima del resto: los grupos de edad de 65 a 79 años y de 80 años en adelante están creciendo rápidamente, ya que del 10% en 1950 llegará al 33% en 2050, lo que muestra fehacientemente un claro envejecimiento de la población europea en general, que ha sido definido como “un crecimiento de los grupos de mayor edad que vivirán en el futuro en nuestras sociedades y estará acompañado por un decrecimiento generalizado de la población”¹³⁶.



¹³⁶ ZAIDI, A. (2008): *Características y retos del envejecimiento de la población: la perspectiva europea*, Centro Europeo de Investigación en Política Social, Viena, p. 3.

Los factores que están provocando el envejecimiento de las sociedades europeas son varios, pero principalmente se atribuyen al envejecimiento de la generación del “baby-boom” al superar la edad de 65 años en 2010 y en años siguientes, a una fertilidad mucho más baja desde el fenómeno del “baby-boom” y a un aumento de la esperanza de vida en personas de edad avanzada (factor crítico que seguramente continuará aumentando), que es mayor en las mujeres que en los hombres¹³⁷.

Por países, hay que decir que el fenómeno del envejecimiento de la población es común a todos, si bien es verdad que en España, el crecimiento de la población de mayor edad será mucho más rápido que en el resto de países europeos. Es decir, en España este crecimiento ha sido especialmente acelerado, ya que en menos de treinta años se ha duplicado el número de personas mayores de 65 años, y esa tendencia no ha terminado aún, sino que se prevé proseguirá especialmente en nuestro país en los próximos años, donde el envejecimiento poblacional tendrá una incidencia especial¹³⁸.

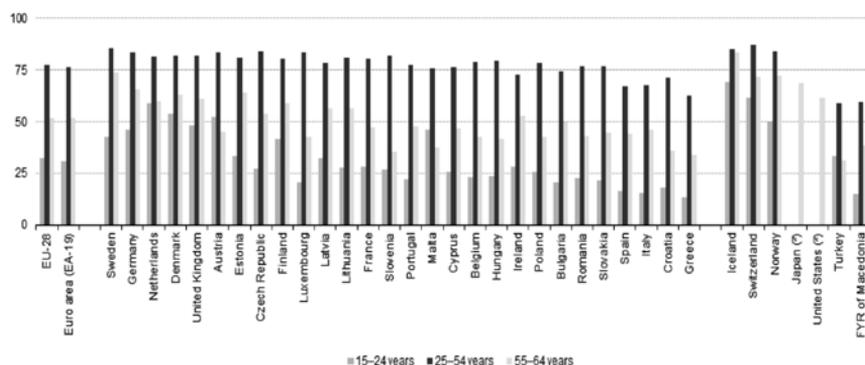
OLDER POPULATION						
	PERCENTAGE AGED 65+			PERCENTAGE AGED 80+		
	1960	2010	2060	1960	2010	2060
EU27 :	-	17.4	29.5	-	4.6	12.0
Spain	8.2	16.8	31.5	1.2	4.9	14.2

(FUENTE: Eurostat: Proyecciones poblacionales de la UE 2010-2060)

Todo ello, como puede comprenderse fácilmente, va a traducirse en un envejecimiento de la población trabajadora en Europa, con lo que esto puede suponer desde el punto de vista de la libre circulación de trabajadores, ya que este hecho presenta ciertos riesgos, manifestados en la sustitución de los trabajadores mayores por otros más jóvenes, sin tener en cuenta el caudal de experiencia acumulada por aquellos, las discriminaciones por edad, que tienen una especial virulencia en esos tramos de edad (tal como pone de manifiesto los datos del Eurobarómetro 2012, que muestra que la discriminación por edad en el trabajo es la forma más extendida de discriminación por edad, habiendo sufrido o presenciado personalmente alguna manifestación de ella uno de cada cinco ciudadanos europeos), u otras como el mayor reclamo por parte de las empresas con sede en la UE de trabajadores jóvenes, con la posible afectación del principio de igualdad que podría darse en estos casos.

¹³⁷ ZAIDI, A. (2008): *Características y retos...*, op. cit, p. 3.

¹³⁸ El Informe de la CEOE (2016) *El envejecimiento de la población y sus efectos en el mercado laboral español* (p. 4) señala, además, que “las proyecciones de población del INE apuntan a que España será uno de los países en los que el envejecimiento será más acusado (...), dado que en 2050 España será el segundo país del mundo con la ratio más elevada (69,5 personas de 65 o más años por cada 100 personas con entre 15 y 64 años), tan solo por detrás de Japón y muy por encima de la media de las economías avanzadas (45,8)”.



(*) The figure is ranked on the overall employment rate.

(*) 15-24 years and 25-54 years: not available.

Source: Eurostat (online data code: lfsi_emp_a)

(Población trabajadora por grupos de edad y por países en la ue-28) (Fuente: Eurostat)

	Male, age group 15-64			Female, age group 15-64			Older workers (55-64 years)		
	2004	2009	2014	2004	2009	2014	2004	2009	2014
EU-28	70.3	70.6	70.1	59.5	58.3	59.6	40.6	45.9	51.8
Euro area (EA-19)	71.3	70.8	69.0	54.8	56.1	58.8	38.7	46.1	51.7
Belgium	67.9	67.2	65.8	52.6	50.0	57.9	30.0	35.3	42.7
Bulgaria (*)	57.9	66.9	63.9	50.6	58.3	58.2	32.5	46.1	50.0
Czech Republic (*)	72.3	73.8	77.0	56.0	56.7	60.7	42.7	46.8	54.0
Denmark	79.7	78.0	75.8	71.6	72.7	69.8	60.3	58.2	63.2
Germany (*)	70.8	75.4	78.1	59.2	60.2	69.5	41.8	56.1	65.6
Estonia	65.7	64.3	73.0	60.7	63.2	65.3	53.0	60.3	64.0
Ireland (*)	75.9	66.5	66.9	56.5	57.4	56.7	49.5	51.3	53.0
Greece	73.0	73.0	58.0	45.2	49.0	41.1	39.0	42.4	34.0
Spain (*)	73.6	66.5	60.7	48.8	53.3	51.2	41.2	44.0	44.3
France (*)	69.4	68.3	67.7	58.2	60.8	60.0	37.8	39.0	47.0
Croatia	61.8	66.2	59.1	47.8	53.7	50.0	30.1	39.4	36.2
Italy	70.2	68.6	64.7	46.6	48.4	48.8	30.5	36.6	46.2
Cyprus (*)	79.8	76.3	66.0	58.7	62.3	58.6	49.9	55.7	46.9
Latvia	66.3	60.3	68.4	57.2	60.4	64.3	46.6	62.5	56.4
Lithuania	65.2	59.3	66.5	58.3	60.4	64.9	47.3	51.2	56.2
Luxembourg (*)	72.0	73.2	72.6	51.0	57.0	60.5	30.4	38.2	42.5
Hungary	63.1	60.7	67.8	50.7	48.6	55.9	31.1	31.9	41.7
Malta (*)	75.1	71.9	74.9	32.7	39.0	49.3	31.5	29.1	37.7
Netherlands (*)	80.2	82.4	78.1	66.8	71.5	68.1	45.2	55.1	59.9
Austria	73.3	75.5	75.2	59.7	65.2	65.9	27.1	39.4	45.1
Poland (*)	57.2	66.1	68.2	46.2	52.8	55.2	26.2	32.3	42.5
Portugal (*)	74.0	70.8	60.8	01.5	01.5	59.0	50.2	49.7	47.8
Romania (*)	63.4	65.2	68.7	52.1	52.0	53.3	38.9	42.6	43.1
Slovenia	70.0	71.0	67.5	60.5	63.0	60.0	38.9	35.6	35.4
Slovakia (*)	63.2	67.6	67.6	50.9	52.8	54.3	26.8	39.5	44.8
Finland	69.7	69.5	69.5	60.6	67.9	68.0	50.9	55.5	59.1
Sweden (*)	73.6	74.2	76.5	70.5	70.2	73.1	69.1	70.0	74.0
United Kingdom	77.9	74.9	70.8	60.6	64.8	67.1	56.2	67.5	61.0
Iceland	86.8	80.0	84.0	78.8	75.5	79.3	81.8	80.2	83.6
Norway	77.9	78.3	77.0	72.2	74.4	73.4	65.8	68.7	72.2
Switzerland (*)	84.4	84.4	84.4	79.3	73.6	75.1	65.2	66.3	73.6
FYR of Macedonia	...	52.8	56.1	...	33.5	37.4	...	34.6	38.6
Turkey	...	64.5	60.5	...	24.2	29.5	...	27.4	31.4
Japan	80.0	80.2	81.5	57.4	58.8	63.0	63.0	66.5	68.7
United States	77.2	72.0	73.5	65.4	63.4	63.0	59.0	60.6	61.3

(*) 2009-14: break in series.

(*) 2004-09: break in series.

Source: Eurostat (online data code: lfsi_emp_a)

(Tasa de empleo de grupos de población determinados, 2004-2014, (%))

(Fuente: Eurostat (lfsi_emp_a))

Junto a todo lo anterior, hay otro dato preocupante por lo que respecta al envejecimiento de la población europea, y este no es otro que la denominada “tasa de dependencia”, definida como el índice demográfico que expresa la relación entre la población productiva y la población dependiente. En relación con ello, hay dos países que tienen especial protagonismo y cuya comparativa muestra datos interesantes: España y Reino Unido. En esa comparación, los datos muestran que en

España, la tasa de dependencia está creciendo a mayor velocidad que en Inglaterra, lo que significa que España está envejeciendo más rápidamente.

Sin embargo, hay que distinguir dos períodos: hasta 2025, la tasa de dependencia crecerá más rápidamente en España que en Gran Bretaña. No obstante, entre 2025 y 2050 la tasa de dependencia continuará creciendo en España, mientras que en Inglaterra se prevé una reversión de esta tendencia. Ello significa que España tendrá que asumir el reto del envejecimiento y otras cuestiones derivadas del mismo mucho antes que otros países europeos y para un período de tiempo mucho más largo.

Por tanto, y en resumen, puede concluirse en lo relativo a los aspectos demográficos estudiados, que en la UE hay un claro envejecimiento poblacional, que va a repercutir en la población trabajadora, y habrá que estudiar las consecuencias que esto puede tener en el caso previsto de la salida final del Reino Unido de la Unión Europea.

2. El brexit: la posibilidad de que un Estado miembro de la ue abandone la Unión

La problemática inicialmente descrita, relativa al envejecimiento general de la población europea, hay que ponerla en conexión con un hecho político que ha tenido lugar recientemente en la UE, como es el Brexit o salida del Reino Unido de la UE. En efecto, en junio de 2016 tuvo lugar un referéndum en dicho país para que los ciudadanos del mismo decidieran entre quedarse perteneciendo a la UE o salir de ella. El resultado, aunque apretado, fue mayoritario a favor de la salida de la UE.

No obstante, a pesar del referéndum ya producido con los resultados que conocemos, todavía es pronto para saber qué sucederá en relación con la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea, dado que, a partir de ese momento, se abre un panorama de negociaciones entre las partes afectadas que conducirán a un escenario que no está aún determinado.

En efecto, el TUE contempla la posibilidad de que uno de los Estados Miembros tome la decisión de abandonar la UE¹³⁹. En dicho supuesto, habrá que estar a lo que hayan establecido las partes, es decir, el Consejo Europeo y el país que abandona la UE, para saber las consecuencias de dicho abandono. Las posibilidades son varias y fundamentalmente se ciñen a dos: desde la firma de un tratado bilateral entre el Reino Unido y la UE, hasta la posibilidad de que el Reino Unido se integre en el Espacio Económico Europeo (EEE), como ya lo hicieron en su día Noruega, Islandia y Liechtenstein¹⁴⁰. En relación con una u otra posibilidad, como se ha

¹³⁹ El art. 50 del Tratado de la Unión Europea (TUE) prevé dicha posibilidad.

¹⁴⁰ Dicha integración está prevista por el art. 217 TFUE.

dicho, la integración en el EEE plantea más problemas que beneficios a un país como Reino Unido que no desea ya pertenecer a la UE¹⁴¹.

En consecuencia, parecería más probable la intención británica de proceder a una retirada de la UE a través de la firma de un convenio bilateral, dado que la integración en el EEE le supondría la aceptación de toda la normativa comunitaria relativa al Mercado Interior, con lo que ello supone de libre ingreso y circulación de los trabajadores de un Estado Miembro en RU, que es, precisamente, la causa fundamental por la que el estado británico ha promocionado su salida de la UE.

Por tanto, lo que parece más factible, en este escenario de posibilidades que está abierto aún a día de hoy, es la proposición y firma de un convenio bilateral entre la UE y Reino Unido, en virtud del cual éste siga pudiendo disfrutar de intercambios comerciales con los países miembros de aquella con las menores restricciones posibles, y sin que, por otra parte, el Reino Unido tenga que admitir la entrada de nacionales de otros Estados de la UE que vayan a trabajar allí, es decir, la inmigración de ciudadanos comunitarios, que es lo que el estado británico llevaba tiempo persiguiendo.

El tratamiento que dicho Convenio bilateral haga de los trabajadores nacionales del Reino Unido que prestan sus servicios allí y en los demás países de la UE, y, por otra parte, de los trabajadores nacionales de cualquier país de la UE que preste sus servicios en Gran Bretaña pasaría por las siguientes posibilidades:

a) Los trabajadores que ya están prestando servicios en el otro país seguirán siendo beneficiarios de las prestaciones sociales igual que los demás ciudadanos comunitarios. Teniendo en cuenta que existen 1.800.000 británicos trabajando en la UE y 2.000.000 de trabajadores comunitarios trabajando en Gran Bretaña, la opción de mantener el statu quo no sería nada descabellada, dado el gran perjuicio que se produciría para una masa importante de trabajadores. Hay que tener en cuenta que existe un precedente al respecto, en Turquía, país al que se dio en su día un tratamiento parecido por esta misma razón¹⁴².

¹⁴¹ V. al respecto GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (2016): *La inmigración y el Brexit: un referéndum inútil*, Comentario Elcano, nº 27, http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contentido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/demografia+y+poblacion/comentario-gonzalez-enriquez-inmigracion-y-brexit-un-referendum-inutil).

¹⁴² Los convenios firmados por Turquía al respecto, desde mediados del pasado siglo, fueron los siguientes: a) Convenio de Seguridad Social, de 9 de septiembre de 1959, entre Turquía y el Reino Unido, que entró en vigor el 1 de junio de 1961; b) Convenio de Seguridad Social, de 30 de abril de 1964, entre Turquía y la República Federal de Alemania, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1965; c) Convenio de Seguridad Social, de 5 de abril de 1966, entre Turquía y los Países Bajos, que entró en vigor el 1 de febrero de 1968; d) Convenio de Seguridad Social, de 4 de julio de 1966, entre Turquía y Bélgica, que entró en vigor en 1 de mayo de 1968; e) Convenio de Seguridad Social, de 20 de enero de 1972, entre Turquía y Francia, que entró en vigor en 1 de agosto de 1973; f) Convenio de Seguridad Social, de 30 de julio de 1978, entre Turquía y Dinamarca, que entró en vigor en 1 de febrero de 1978; g) Convenio de Seguridad Social, de 30 de junio de 1978, entre Turquía y Suecia, que entró en vigor en 1 de mayo de 1981; h) Convenio de Seguridad Social, de 20 de julio de 1978, entre Turquía y Noruega, que entró en vigor en 1 de junio de 1981.

Sin embargo, ese tratamiento solo se daría, como decimos, a los trabajadores que ya están prestando servicios para un empleador en el territorio de la UE. Por tanto, los trabajadores británicos que, a partir de que comiencen a surtir efectos el Brexit, pasen a trabajar en la UE lo harán a sabiendas de que serán considerados ciudadanos extracomunitarios. Lo mismo sucedería con los ciudadanos de la UE que pasen a prestar servicios por cuenta ajena en Gran Bretaña.

b) Los ciudadanos de Gran Bretaña empleados en otros países y los de los demás Estados de la UE que presten servicios en las islas británicas dejarán de disfrutar de los derechos establecidos en el acervo comunitario desde el momento en que el Brexit surta efectos, como consecuencia de la aplicación del art. 50 TUE.

c) Puede establecerse un período transitorio, en virtud del cual se plantee que durante las negociaciones del acuerdo bilateral que rijan en el futuro las relaciones entre la UE y Gran Bretaña se aplique el derecho comunitario a los trabajadores de nacionalidad británica que estén prestando servicios, bien en las Islas Británicas, bien en el territorio de algún país miembro de la UE.

Ahora bien, por lo que respecta a esta comunicación, debemos conocer cuáles son los efectos que, desde el punto de vista laboral, se producirían para los ciudadanos del Reino Unido que prestan sus servicios en algún país de la UE, y más concretamente en España, y a la inversa, sobre todo, en lo que respecta a los trabajadores de edad avanzada. Eso es lo que veremos en el siguiente apartado.

3. Posibles consecuencias del brexit para los trabajadores de edad avanzada: la afectación de las pensiones y de la asistencia sanitaria.

En relación con la salida del Reino Unido de la Unión Europea, parece claro que la principal consecuencia es la inaplicación de los Tratados en dicho país. Esto tendrá lugar a los dos años de la notificación que se haya hecho al Consejo Europeo por parte del Reino Unido, salvo que el Consejo, de acuerdo con dicho Estado, decida por unanimidad prorrogar dicho plazo¹⁴³.

Por tanto, el ordenamiento jurídico comunitario dejará de aplicarse en el territorio del país que se retira (en este caso, el Reino Unido) con todas las consecuencias, y ello tanto para los ciudadanos nacionales del país, como para aquellos ciudadanos de otros países de la UE que tengan allí su residencia. De la misma manera, esta inaplicación del acervo comunitario también tendría lugar para aquellos ciudadanos con nacionalidad británica que tuvieran su residencia más allá de las fronteras de su país, ya que, en virtud del TUE pasarían a ser considerados a partir de ese momento ciudadanos extracomunitarios.

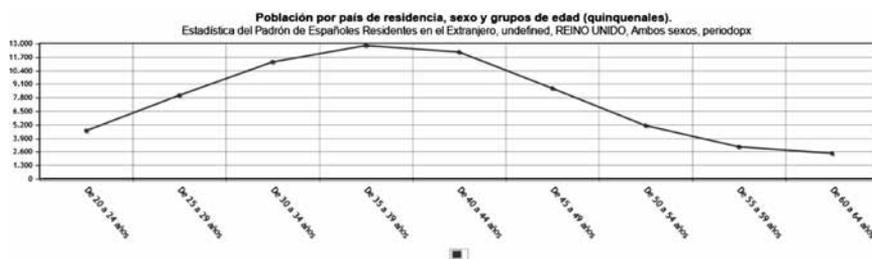
¹⁴³ Art. 50.2 TUE

Por tanto, y dado que este trabajo persigue fundamentalmente conocer la repercusión que el Brexit tendrá para los trabajadores de edad avanzada, tanto británicos, como de otros países de la Unión Europea que residen en las islas británicas, lo primero que deberemos conocer es el número de ciudadanos ingleses que tienen su residencia en España y a la inversa, para hacernos una idea del alcance que esto puede tener, y ello habrá que ponerlo en conexión con los derechos principalmente afectados para estos trabajadores.

Así pues, el último dato importante relacionado con la demografía y que habría que añadir a los que vimos en el apartado primero, sería el número de trabajadores de cada país que prestan sus servicios en el otro. Esto es relevante, si se tiene en cuenta que estos empleados, cuyas vidas laborales están en su última fase, van a poder verse afectados en ciertos aspectos de su relación laboral y de sus condiciones de trabajo, por ejemplo, en lo afectante a sus prestaciones de Seguridad Social, su asistencia sanitaria y prestaciones de dependencia o, incluso, en lo relativo a los cuidados de larga duración, que ya en esas edades son cada vez más frecuentes.

VARIACIÓN DE LA POBLACIÓN EXTRANJERA RESIDENTE EN ESPAÑA DURANTE 2015 SEGÚN PRINCIPALES NACIONALIDADES				
	POBLACIÓN A 1 DE ENERO		CRECIMIENTO ANUAL	
	(*) 2016	(*) 2015	ABSOLUTO	RELATIVO
Total extranjeros	4.418.898	4.454.353	-35.456	-0,80
Reino Unido	297.000	301.811	-4.811	-1,59

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del INE



Total de españoles residentes en Reino Unido por grupos de edad. Fuente: INE, 2016

EVOLUCIÓN DE LA EMIGRACIÓN DE ESPAÑA A REINO UNIDO EN LOS AÑOS 2010-2015		
AÑOS	50-54 AÑOS	55-59 AÑOS
2010	69	56
2011	111	
2012	81	40
2013	119	56
2014	115	37
2015	149	50

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del INE

EVOLUCIÓN DE LA INMIGRACIÓN A ESPAÑA DESDE REINO UNIDO EN LOS AÑOS 2010-2015		
AÑOS	50-54 AÑOS	55-59 AÑOS
2010	1360	1760
2011	1243	1418
2012	1246	1539
2013	1090	1212
2014	1186	1353
2015	1265	1431

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del INE

Como puede verse en las tablas anteriores, llama la atención, en primer lugar, la evolución que han tenido los flujos migratorios entre España y Reino Unido en los últimos años en las franjas de edad relativas a los trabajadores mayores. Por lo que respecta a la emigración de españoles al Reino Unido en el período comprendido entre 2010 y 2015, el número de españoles con edades comprendidas entre 50 y 59 años fue de 950, mientras que en ese mismo período de tiempo, el número de ciudadanos británicos que emigraron a España fue de 16.103. Es por tanto muy superior el flujo migratorio hacia España que hacia Gran Bretaña.

Esa desproporción se va a ver también reflejada en el número de ciudadanos de uno y otro país que residen en España y Gran Bretaña. Así, puede verse que aquí la desproporción es aún mayor, dado que hay muchos más ciudadanos británicos de edad avanzada residiendo en España que al contrario, porque en España residen en torno a 300.000 ciudadanos británicos, con una edad media de 53,0 años¹⁴⁴.

Estos datos van a tener un claro reflejo por lo que respecta a las consecuencias que van a significar para los trabajadores españoles y británicos que prestan sus servicios en el otro, una vez que se produzca el Brexit. Estas consecuencias,

¹⁴⁴ Según el INE, *Avance de la Estadística del Padrón Continuo* (2016). la edad media de los extranjeros que residen en España a 1 de enero de 2016 es de 39,3 años (UE-28), mientras que la del Reino Unido es de 53,0 años.

para los empleados que se encuentran en estas edades, van a tener su traducción, especialmente, en lo relativo al cobro de prestaciones de jubilación, a la posibilidad de disfrutar de la asistencia sanitaria en el otro país, y a verse beneficiados de los cuidados de larga duración y ayudas a la dependencia que existen en nuestro país.

Sin embargo, todo esto será así si Reino Unido no abandona la UE, porque si lo hiciera, sus ciudadanos que actualmente residen en España (y en cualquier país de la UE) dejarían de disfrutar los derechos que nuestro país ofrece para los españoles y para cualquier ciudadano comunitario que resida en España¹⁴⁵. De la misma manera, la salida del Reino Unido de la UE también supondría el que los trabajadores de edad avanzada de nacionalidad española que residan en Gran Bretaña dejarían de poder disfrutar de todas las prestaciones sociales de las que actualmente disfrutan en su condición de ciudadanos comunitarios, tales como la asistencia sanitaria, las prestaciones de Seguridad Social y Asistencia Social, y las relativas a los cuidados de larga duración, fundamentalmente, por lo que respecta a los ciudadanos con edades próximas a la jubilación. Y ello con independencia de todos los derechos reconocidos por el Reglamento 883/2004 para aquellos trabajadores que hayan ejercido la libre circulación con respecto a la totalización de las prestaciones sociales para el caso de que un trabajador haya cotizado a lo largo de su vida laboral en diversos Estados Miembros.

En definitiva, los ciudadanos españoles residentes en Gran Bretaña o británicos residentes en España dejarán de disfrutar, tanto en su última fase de trabajadores activos, como después en su etapa de jubilados, de aquellos derechos y prestaciones más comunes a su perfil, y, fundamentalmente, los referidos a las prestaciones de Seguridad Social, a la Asistencia Sanitaria, Ayudas a la Dependencia y a los cuidados de larga duración si finalmente tiene lugar el Brexit duro, tal como se prevé a día de hoy.

Bibliografía

- ZAIDI, A. (2008): *Características y retos del envejecimiento de la población: la perspectiva europea*, Centro Europeo de Investigación en Política Social, Viena.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (2016): *La inmigración y el Brexit: un referéndum inútil*, Comentario Elcano, nº 27, http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/demografia+y+poblacion/comentario-gonzalez-enriquez-inmigracion-y-brexit-un-referendum-inutil).
- LÓPEZ CUMBRE, L.: *Consecuencias laborales del Brexit*, Análisis GA&P, Septiembre 2016.
- SARMIENTO, D. Y MACHUCA, J.C.: *Brexit: consecuencias jurídicas y empresariales del referéndum*, Informe Uría&Menéndez, mayo 2016.

¹⁴⁵ En virtud del art. 50.3 TUE.

LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS COMO GARANTÍA DE EFECTIVIDAD DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
*Contratado Predoctoral FPU. Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social.*
Universidad de Granada

Sumario

1. Contexto económico y social: introducción
2. El despido colectivo y la libertad de circulación: la reestructuración empresarial en el marco comunitario
3. Escenario causal flexibilizador del despido colectivo
4. Conclusiones: propuestas lege ferenda

1. Contexto económico y social: introducción

La finalidad de este texto es trazar un panorama general sobre la regulación del despido colectivo y los problemas de adaptación del ordenamiento laboral español a los instrumentos jurídicos comunitarios que regulan las consecuencias laborales de las operaciones de reestructuración de empresas, con especial incidencia en

el principio de libre circulación de trabajadores como sustento de la normativa comunitaria. En esta materia, es importante la influencia determinante del Derecho Social Comunitario, concretamente, la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos y, en especial, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). Doctrina judicial que realza la necesidad de la interpretación del Derecho interno de acuerdo con la Directiva correspondiente: se debe de interpretar la normativa interna conforme a las previsiones y finalidades de las normas comunitarias con objeto de no negarles su efecto útil. Igualmente, la Directiva impone obligaciones jurídicas a los Estados miembros, exigiéndoles que establezcan un sistema reforzado de garantías judiciales y administrativas para el caso de incumplimiento de las obligaciones empresariales que las normas de transposición deben instaurar: el Derecho interno tiene que fijar mecanismos adecuados de garantía de cumplimiento del preceptivo desarrollo informativo y consultivo previo a la realización efectiva de los despidos, así como garantías judiciales eficaces para reclamar sobre la posible ilegitimidad de los despidos efectuados –indispensable para su correcta transposición–¹⁴⁶.

Entre los polos opuestos que se representan en la normativa comunitaria, a saber, principio de rendimiento –inserto en la libertad de empresa en el marco de un sistema de economía de mercado– y principio de protección, la misma parece inclinarse hacia el rendimiento, poniendo de relieve que cuando el ciclo económico es desfavorable, se subordina el principio de protección al principio del rendimiento. Lo cierto es que el legislador debe huir del riesgo de la coyunturanilidad, debiendo plantearse una nueva redefinición del modelo de relaciones laborales en el escenario comunitario. El replanteamiento de este modelo de relaciones laborales no puede asentarse en un conjunto de normas tendentes a la flexibilidad. En un escenario de garantía del principio de protección del trabajador es manifiesto que el Derecho del Trabajo requiere de una economía en expansión, porque solo de esta manera, será compatible con el principio de rendimiento inherente al principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Ocurre que el Derecho del Trabajo actúa, por vocación original, como instrumento de racionalización del sistema de relaciones industriales. Este Derecho es el resultado de una determinada elección de política previa: el principio de protección –artículo 9.2 CE– cede ante el principio de rendimiento inherente a la libertad de empresa –artículo 38 CE–. En otros términos, en la práctica jurídica, el principio de libre empresa delimita el desarrollo del principio de protección. Esta afirmación, al interpretarse en el ámbito de las reestructuraciones empresariales, significa la subordinación de la prestación de trabajo a las necesidades cambiantes de la organización productiva¹⁴⁷.

Las reformas liberalizadoras tienen la tentación y el propósito de transformar el Derecho del Trabajo en un Derecho de la economía: un Derecho de regulación

¹⁴⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho interno”, en *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, p. 313.

¹⁴⁷ MONEREO PERÉZ, J. L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1994, pp. 21 y ss.

funcional-instrumental. Es la pretensión utópica de claudicar la organización de la sociedad al mercado, sin plantearse la mercantilización producida, y menos, las insuficientes necesidades humanas que no permiten imponer una sociedad civilizada digna del hombre. En esta concepción instrumentalista y subordinada, el Derecho del Trabajo se convierte en una útil herramienta al servicio del funcionamiento de la economía de mercado: encubre la realidad jurídica de la construcción de un marco institucional más beneficioso para las empresas¹⁴⁸. Por contra, el Derecho laboral europeo debería sustentarse a través de un sistema de derechos fundamentales protegidos al máximo nivel, con especial interés en el principio de igualdad real y efectiva, limitando los presupuestos económicos y sociales de la fragmentación social¹⁴⁹. Para ello, el mejor remedio sería asumir –cuanto antes– las miserias y consecuencias perversas heredadas del modelo de sociedad industrial y post-industrial constituyendo un modelo de organización social más viable y que permitiera satisfacer las necesidades de protección y garantía de las personas¹⁵⁰.

2. El despido colectivo y la libertad de circulación: la reestructuración empresarial en el marco comunitario

La libertad de circulación es un derecho fundamental de los ciudadanos europeos –sustento actual de la integración europea– reconocido en el artículo 45 TFUE. Supone la abolición, no sólo de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros de la UE en materia de empleo, retribución y demás condiciones laborales, sino también de todo obstáculo que restrinja o dificulte esa libertad económica. La libertad de circulación se caracteriza por ser¹⁵¹: a) Un derecho inherente a la ciudadanía de la Unión Europea –se excluye a los nacionales de terceros Estados–; b) Un derecho que entraña una obligación de resultado, además de un precepto con efecto directo –que puede hacerse valer ante los órganos jurisdiccionales–; c) Un derecho fundamental individual, no dependiente del ejercicio de actividad económica o laboral –aún cuando está íntimamente relacionado–; d) Su fundamento último reside en el principio estructural de la no discriminación por razón de la nacionalidad, exigible en relaciones verticales –el particular puede exigir su cumplimiento en sus relaciones con los Estados miembros– y horizontales –respeto a las relaciones con otros particulares–. Libertad de circulación que, al conectarla con el despido

¹⁴⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 20-21, 2009, p. 71.

¹⁴⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) et al: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p. 745.

¹⁵⁰ BECK, U.: “Teoría de la modernización reflexiva”, en GIDDENS, A., BAUMAN, Z., LUHMANN, N. y BECK, U.: *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, Anthropos, 1996, pp. 223 y ss.

¹⁵¹ MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: “Libre circulación y residencia (art. 45)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) et al: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 1205.

colectivo, nos sitúa automáticamente en el escenario de la norma europea –en referencia a la Directiva–, y a su importante “comunitarización” e incidencia en las legislaciones nacionales.

En el marco de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, la figura jurídica del despido colectivo es típicamente una medida de flexibilidad laboral externa: se constituye con objeto de acomodar el volumen del personal que se emplea en la empresa a las variables del funcionamiento de la organización productiva y al entorno cambiante en el que la empresa actúa¹⁵². El fundamento de la normativa comunitaria se encuentra en el afán de la Unión Europea de incidir directamente –con la regulación de esta materia– en el funcionamiento del mercado interior comunitario y en su principio de libre circulación; igualmente, persigue promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los empleados, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso¹⁵³. Se pretende reforzar la protección de los trabajadores e impedir que las diferentes regulaciones de los países miembros puedan incidir negativamente en el funcionamiento del mercado interior. La regulación comunitaria de esta institución tiene dos objetivos primordiales: por un lado, reforzar la protección de los trabajadores –racionalidad social–; por otro, impedir que las diferencias de regulación en los países que conforman la Unión Europea incida negativamente en el funcionamiento del mercado interior –racionalidad económica–. En otros términos, se quiere evitar que las empresas dejen de invertir en un país o se retiren del mismo con objeto de eludir sus procedimientos en materia de reducción de personal o cierres de empresa, implantándose en otros países cuyas exigencias regulativas sean menos onerosas¹⁵⁴. Para el cumplimiento de ambos fines –racionalidad económica y social– se establece un modelo abierto de regulación comunitaria desde la perspectiva de un “*mínimo común denominador*”, mejorable por las legislaciones y normas convencionales nacionales más favorables para los trabajadores¹⁵⁵. La tensión permanente entre el orden económico y el orden socio-laboral tiende a resolverse con el predominio de la racionalidad económica sobre la social. Pero aún cuando se desea separar ambas racionalidades, en la práctica, son dimensiones interdependientes¹⁵⁶.

No es finalidad de la Directiva establecer limitaciones esenciales a la libertad de decisión del empresario para ejecutar despidos: por ello no individualiza las causas colectivas; sólo se garantiza explícitamente el procedimiento del mecanismo decisorio. Su objetivo –el de la normativa comunitaria– consiste en interceder en el procedimiento de la decisión empresarial de despedir y permitir la intervención, el control y la función mediadora y de apoyo a las partes sociales de la autoridad pública. El texto comunitario persigue la armonización de las legislaciones laborales

¹⁵² MONEREO PÉREZ, J. L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, en *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, p. 320.

¹⁵³ Artículo 151 TFUE.

¹⁵⁴ Vid. SALA FRANCO, T.: “Igualdad de trato. Despidos colectivos”, en AA. VV.: *El espacio social europeo*, Valladolid, Lex Nova, 1991, p. 255.

¹⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, cit., p. 39.

¹⁵⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, en *Temas Laborales*, núm. 125, 2014, p. 274.

introduciendo garantías en el procedimiento de las decisiones del empresario de despedir colectivamente¹⁵⁷.

El despido colectivo es configurado como un supuesto de resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, fundado en causas sobrevenidas de carácter empresarial –artículos 49.1.i) y 51 ET–. El fundamento causal radica en una situación objetiva sobrevenida –hecho sobrevenido– derivada de la propia marcha de la empresa, nunca dependiente de factores inherentes a la persona o conducta del trabajador, ejecutado por la propia voluntad de la dirección de la empresa¹⁵⁸. Obviamente, la Directiva 98/59/CE respeta la lógica de la prohibición de despido arbitrario e incondicionado –aun cuando la motivación no se ha construido en base a un reforzado principio de justificado motivo–. Para la verificación de la extinción se exige legalmente la concurrencia de tres requisitos¹⁵⁹: a) Un elemento causal constituido por la constatación de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; b) Un elemento cuantitativo-numérico, condicionado al volumen de plantilla de la empresa afectada; y c) Un elemento temporal, limitado por un período de noventa días. Igualmente, será despido colectivo, por asimilación ex lege, la extinción que afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa, debiendo concurrir dos requisitos: uno numérico –que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco–, y otro causal –la extinción se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial–¹⁶⁰.

La definición del despido colectivo, conforme a la Directiva, está compuesta de dos componentes esenciales: a) Un primer elemento cualitativo, concerniente a los motivos de la medida, definidos por la vía negativa al no ser inherentes a la persona de los trabajadores afectados; b) Un segundo elemento cuantitativo-temporal, debiendo concurrir un número mínimo de despidos dentro de un marco temporal determinado. En suma, serán despidos colectivos las extinciones sustentadas en causas independientes de la persona o conducta del empleado y que, además, integre el elemento cuantitativo y temporal de la definición normativa comunitaria. Pero es trascendental realzar que la Directiva no impone, ni establece, la causalidad específica de este despido: en otros términos, no concreta específicamente los motivos que justifican la decisión extintiva¹⁶¹.

De acuerdo con el artículo 1.1 del texto normativo europeo, se entiende por despidos colectivos los efectuados “por un empresario, por *uno o varios motivos*

¹⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La regulación comunitaria de la reestructuración de empresas como elemento necesario de la reforma del mercado de trabajo: la normativa sobre despidos colectivos”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) *et al: La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Granada, Universidad de Granada, 1996, p. 443.

¹⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho interno”, en *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, pp. 317 y 318.

¹⁵⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 27.

¹⁶⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 19.

¹⁶¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho interno”, en *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, p. 320.

no inherentes a la persona de los trabajadores”. Este precepto es una noción de mayor amplitud que la utilizada por nuestro ordenamiento interno: la Directiva no instituye un principio de causalidad del despido colectivo; su regulación se limita a disciplinar la vertiente procedimental¹⁶².

Sobre la afectación de la extinción de contratos a un determinado número de trabajadores en función del volumen de plantilla de la empresa, debajo de estos baremos, no se considera legalmente que nos encontremos en presencia de un despido colectivo. Los citados umbrales, de acuerdo con el artículo 51.1 ET, son: “a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores”. Interpretando el citado artículo, de acuerdo con la Directiva 98/59/CE y de conformidad con la sentencia del TJUE¹⁶³, debe calificarse como despido colectivo aquel que supere los umbrales legales en un único centro con más de 20 trabajadores. Nuestra normativa laboral no contrapone la empresa y el centro de trabajo como unidades de referencia empresarial necesariamente diferenciadas, sino que, por el contrario, los asimila y equipara en su tratamiento jurídico en todos esos aspectos tan esenciales y relevantes de las relaciones laborales —no son en modo alguno excluyentes el uno del otro—. Se llega a la conclusión de que, en los preceptos legales, se utiliza indistintamente el término empresa/centro de trabajo. Por tanto, existe despido colectivo tanto en las situaciones en las que las extinciones de contratos computables superen los umbrales fijados en el artículo 51.1 ET, tomando la totalidad de la empresa como unidad de referencia, como aquellas otras en las que se excedan esos mismos umbrales en los casos en que afecten a un único centro de trabajo aisladamente considerado, siempre que en el mismo presten servicios más de 20 trabajadores¹⁶⁴.

La realidad es que el despido colectivo termina por configurarse como una medida de gestión ordinaria de la empresa para garantizar la maximización de beneficios. En este contexto, el despido colectivo, ex artículos 51 y 52.c) ET, constituye una categoría *sui generis*, específicamente *iuslaboral* de alteración sobrevenida de circunstancias que actúa sobre el negocio jurídico-contractual laboral, con mayor amplitud y flexibilidad que las resoluciones admitidas en el marco de la contratación civil, aún cuando en nuestro país no existe base normativa directa y explícita que reconozca la excesiva onerosidad resolutoria¹⁶⁵.

¹⁶² RUIZ CASTILLO, M. M.: “La acomodación del ordenamiento español a las pautas de derecho comunitario en materia de despido colectivo”, en MARTÍN VALVERDE, A. y RODRÍGUEZ-SANUDO GUTIÉRREZ, F. (Coords.) et al: *Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea. V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Madrid, MTSS, 1987, pp. 566 y 567.

¹⁶³ STJUE 13 de mayo de 2015. Asunto C-392/13, Rabal Cañas.

¹⁶⁴ STS 17 de octubre de 2016 [RJ 2016, 4654].

¹⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho interno”, en *Temas Laborales*, cit., p. 320.

3. Escenario causal flexibilizador del despido colectivo

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la organización empresarial “*se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas*”¹⁶⁶. Por tanto, en despidos empresariales, el elemento causal sobrevenido es triple: pérdidas actuales, pérdidas previstas –sustentado en elementos objetivos acreditables– y, en fin, la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas –que se presume *iuris et de iure* si se desarrolla durante tres trimestres consecutivos–. En suma, las causas económicas serían aquellas relacionadas con acaecimientos que ocurran o se prevean –fundadamente– y que provoquen pérdidas, faltando los recursos o siendo insuficiente la inversión en comparación con lo obtenido¹⁶⁷. Evidentemente, estas causas poseen una influencia desfavorable en la organización empresarial, ocasionando el desequilibrio del balance económico, poniendo en peligro su subsistencia y el mantenimiento del empleo¹⁶⁸. Aluden a unas circunstancias manifiestas de crisis derivadas de diversos factores: pérdidas económicas reiteradas, dificultades de venta, impedimentos en el aprovisionamiento de materia prima, problemas de financiación o tesorería, disminución de la productividad y venta, o anulación de contratos con empresas clientes, entre otras causas¹⁶⁹.

Pero la norma no se refiere exclusivamente a pérdidas económicas actuales; también abarca las pérdidas previstas. Estas pérdidas sustentan un elemento preventivo que atiende a situaciones de riesgo empresarial: lo cierto es que no dejan de ser una ficción jurídica ya que ningún dato fáctico permite predecir el futuro¹⁷⁰. Asimismo, la norma también se refiere a la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, “*se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior*”¹⁷¹. En este apartado es posible una prueba plena de los hechos configurando el supuesto legitimador como la simple merma de la rentabilidad actual de beneficios empresariales: la consecuencia no es otra que la ampliación de los poderes empresariales del despido¹⁷². En definitiva, nos encontramos ante una enumeración abierta, no *numerus clausus*, quedando así reflejado en las propias

¹⁶⁶ Artículo 51.1 ET.

¹⁶⁷ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho de Trabajo*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la UCM, 1995, p. 389.

¹⁶⁸ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “El despido colectivo”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 156, 1994, p. 3.

¹⁶⁹ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho de Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 726.

¹⁷⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, cit., p. 30.

¹⁷¹ Artículo 51.1 ET.

¹⁷² MONEREO PÉREZ, J. L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, en *Temas Laborales*, cit., pp. 325 y 326.

expresiones del precepto que regula el despido colectivo: “*en casos tales como*” o “*cuando se produzcan cambios, entre otros*”¹⁷³.

Se entiende que concurren causas técnicas, “*cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción*”¹⁷⁴. En otros términos, las causas técnicas se refieren a la adopción de medidas tendentes a la racionalización de la organización productiva a través de la integración de avances tecnológicos con los que aumentar la competitividad de la empresa en el mercado: tienden a maximizar la eficiencia productiva de la empresa¹⁷⁵. Las causas técnicas se identifican con la maquinaria tecnológica avanzada¹⁷⁶. La relación de las causas técnicas con el despido deviene de las necesidades de ajuste del personal ante la implantación de bienes de empresa¹⁷⁷.

Se entiende que concurren causas organizativas, “*cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción*”¹⁷⁸. Las causas organizativas se encuentran vinculadas con la organización de los recursos humanos de la empresa. Estas causas, entre otras, se refieren a la aparición de nuevos métodos de trabajo, a la agrupación de instalaciones o de personal para una mayor eficiencia en el trabajo, a la utilización intensiva de las instalaciones mediante el trabajo a turnos, a la reconversión del empleado o a cambios de puesto de trabajo¹⁷⁹. Son situaciones en las que, accesoriamente a las extinciones contractuales, se producirán también movi­lidades y modificaciones sustanciales, así como opciones descentralizadoras de la organización productiva¹⁸⁰.

Se entiende que concurren causas productivas, “*cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado*”¹⁸¹. Se refiere a las causas que afectan a los costes y al volumen de la producción empresarial con objeto de adecuarla a las exigencias de mercado para mantener la competitividad de la empresa¹⁸². Se vinculan con los obstáculos e inconvenientes asociados a la capacidad de producción de la organización empresarial, lo que supone, consecuentemente, la disminución de la

¹⁷³ Artículo 51 ET.

¹⁷⁴ Artículo 51.1 ET.

¹⁷⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 91.

¹⁷⁶ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores”, en *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1995, p. 377.

¹⁷⁷ GOERLICH PESET, J. M^º: “Los despidos colectivos”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) et al: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido. Tomo II*, Madrid, Edersa, 1994, p. 99.

¹⁷⁸ Artículo 51.1 ET.

¹⁷⁹ RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de las condiciones de trabajo”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) et al: *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo VIII*, Madrid, Edersa, 1988, pp. 174 y ss.

¹⁸⁰ Vid. al respecto MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. et al: *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Navarra, Aranzadi, 1997, p. 169.

¹⁸¹ Artículo 51.1 ET.

¹⁸² MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “El despido colectivo”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, cit., p. 3.

producción¹⁸³: en suma, las razones del mercado obligan a la empresa a producir menos cantidad y, por consiguiente, a reducir proporcionalmente la plantilla.

Al final, las causas del despido colectivo encuentran una definición legal sustentada en el resultado o en atención a los objetivos perseguidos: se sitúan en un marco que atiende a un orden finalista de racionalidad económica. Es manifiesto que con las modificaciones y reformas sufridas se produce la apertura de una etapa de mayor flexibilidad en el despido dada la indeterminación de las nociones jurídicas estipuladas en la noción causal, actuando los operadores judiciales, más como componedores de intereses de relevancia jurídica que propiamente como aplicadores del Derecho.

Como consecuencia se pretende evitar una disminución jurídica en beneficio de las categorías extraídas directamente de la ciencia económica: ha de obstaculizarse que la racionalidad económica –y su ignorancia por las funciones reguladoras del derecho– penetre, sin más, en las categorías jurídicas. En otros términos, el fenómeno de sustitución de la lógica jurídica por la económica: en este objetivo, la eficiencia se convierte en principio de acción para la regulación de contrastes sociales y para la construcción de un Derecho del Trabajo que sea partícipe de los valores de la cultura industrial, pero, obviamente, eficiencia compatibilizada con los objetivos del Derecho social. Al final, se trata de evitar el reemplazo de la lógica jurídica por la económica más que renunciar a la integración o coordinación entre ambas, por supuesto, desde una perspectiva que evite la contraposición entre racionalidad económica y racionalidad social. Estamos observando como la eficiencia se está transformando en un solemne principio de acción esencial para la construcción de un Derecho del Trabajo sostenido por los valores de la cultura industrial. Pero cuando el Derecho Laboral se analiza en términos economicistas se produce una completa simplificación en la propia descripción de la realidad jurídica, toda vez que el Derecho se interpretaría de acuerdo a simples términos económicos –determinismo economicista del Derecho– vaciando de significado las categorías construidas por los juristas para ser reemplazadas por categorías sustentadas en el discurso del rendimiento económico¹⁸⁴. El objetivo de la eficiencia económica –cultura industrial– de las instituciones jurídicas debe ser compatible con la función del Derecho como principal protector de valores superiores del sistema socio-jurídico. Nada impide que las normas legales puedan desarrollarse bajo criterios de eficiencia –ganancias y riqueza– pero también de efectividad –efectos o consecuencias en los ámbitos de integración social–¹⁸⁵. Por tanto, aún cuando la eficiencia económica y el sistema socio-jurídico puedan condicionarse, ambos elementos, en su aplicación, no son excluyentes en sí.

¹⁸³ GOERLICH PESET, J. M^º.: “Los despidos colectivos”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al*: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido*. Tomo II, cit., p. 101.

¹⁸⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 391.

¹⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, cit., pp. 51 y 52.

Es posible construir un gobierno democrático de la economía que respete, y no reemplace, la eficacia real del conjunto de los derechos fundamentales. Al respecto, existen varias alternativas de política del Derecho sobre la necesidad de introducir ajustes o de atender a las exigencias del modelo: por un lado, encontramos el arquetipo de la flexibilidad de adaptación inherente al garantismo flexible¹⁸⁶; por otro, encontramos la flexibilidad neoliberal que pretende la liberalización del trabajo¹⁸⁷. Obviamente, apostamos por el primero de los modelos, el garantismo flexible, pero, siempre y cuando, las medidas de reforma del mercado en sentido garantista-flexibilizador reconozca el garantismo legal laboral y el garantismo legal de Seguridad Social compensador, pero nunca con carácter sustitutivo del *iuslaboral*: lo contrario supondría una continua degeneración de las tutelas del empleo, eludiendo el derecho al trabajo y su cometido de dignificación de la condición del trabajador y su funcionalidad integradora en la sociedad democrática¹⁸⁸.

La flexibilización de las causas del despido colectivo ha provocado una transferencia de los riesgos de la organización empresarial al trabajador –aún siendo el riesgo económico del proceso productivo de asunción exclusiva por el empresario, lo cierto es que la esfera de riesgo laboral que asume el trabajador ha aumentado progresivamente– lo que, evidentemente, ha beneficiado al empresario.

4. Conclusiones: propuestas *lege ferenda*

Resulta llamativo que tras las reformas legislativas desarrolladas en el despido colectivo, aún se mantenga un modelo de regulación que facilite y favorezca, en la práctica jurídica, la expulsión de los trabajadores en supuestos de crisis y reorganización del sistema productivo. Además, la inseguridad jurídica –al aplicar las causas– sigue permaneciendo al tratarse de criterios de carácter económico y conceptos jurídicos indeterminados con alto grado de imprecisión. Como consecuencia se aumenta el arbitrio judicial en el enjuiciamiento de los despidos: especialmente, siguen quedando bajo tratamiento de doctrina jurisprudencial, la valoración de la concurrencia de causas, la empresa de estructura compleja y la interferencia del grupo de empresas. A ello también contribuye la valoración de las circunstancias sobrevenidas que incorpora un elemento cierto de actualidad.

Resulta fundamental –como preocupación del legislador comunitario– una mayor implicación activa y mediadora de la autoridad laboral pública en la búsqueda de soluciones a los problemas suscitados por el despido colectivo. Sería positivo que esta teórica implicación de la autoridad laboral se viera reforzada eludiendo cualquier tipo de actitud pasiva. Es posible superar el actual modelo de orientación

¹⁸⁶ Que apuesta por la contratación estable y una cierta flexibilización de despido o contención del coste económico de mismo, pero sin merma de los derechos de trabajador.

¹⁸⁷ Que se traduce en una re-mercantilización del conjunto de garantías que supone cuestionar el principio de causalidad de despido mediante la propuesta de un despido libre indemnizado mínimamente.

¹⁸⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., pp. 135 y 136.

defensiva orientado a la expulsión de trabajadores por un modelo positivo, activo y de carácter preventivo: con esta finalidad, habría que redefinirse el modelo de reestructuración y de regulación del empleo, desarrollándose, de este modo, formas innovadoras de flexiseguridad garantista de regulación del mismo, en detrimento de las formas neoliberales de flexiseguridad. Se sustituiría, de esta manera, el enfoque de flexibilidad externa –hacia la salida de trabajadores– por medidas de flexibilidad interna proactiva y preventiva, apostando por un planteamiento claramente ofensivo.

El modelo garantista actual se ha visto debilitado por el impulso del poder discrecional del empleador al reforzarse el modelo sustentado y orientado en los intereses y beneficios del titular de la empresa. Lo cierto es que las bases materiales que soportan el proceso negociador se han debilitado. La reforma ha reconfigurado el modelo de regulación legal del despido colectivo en una línea de marcada flexibilidad liberalizadora. En este sentido, preocupa la flexibilización del elemento causal que favorece a la discrecionalidad unilateral del empresario que termina, en su actuación, por desestimular, voluntariamente, el acuerdo durante el periodo de consultas. Es manifiesta la deformación y adulteración del modelo comunitario, pues con las reformas iniciadas, solo se resalta el papel de los interlocutores sociales, sin obligación de finalizar un determinado acuerdo; la preocupación se localiza porque esta desvirtualización entona –y se siente cómoda– con los nuevos y recientes criterios de flexiseguridad procedentes de Europa.

Las citadas pautas comunitarias otorgan una posición fundamental a la negociación colectiva, prevaleciendo el enfoque preventivo y activo, al mismo par que propicia la implicación directa de los poderes públicos en la solución de los problemas en la reestructuración. La Comunicación de la Comisión Europea, “Libro Verde, Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?”¹⁸⁹, plantea el desafío de adaptabilidad de las empresas y de sus trabajadores a través de una reestructuración permanente: evidentemente, desde esta perspectiva está exteriorizando su adaptación al nuevo enfoque de flexiseguridad liberalizada, admitiendo su debilidad por la Estrategia Europea de 2020, que gira en torno a la idea de que Europa tiene que encontrar formas nuevas de flexibilizar sus mercados laborales aportando, al mismo tiempo, seguridad en el empleo. Pero ocurre que en esta teoría, caben modelos antagónicos, bien de enfoque neoliberal o bien de enfoque garantista.

Si bien es cierto que la teoría es lícita, es llamativo como la aplicación práctica produce resultados totalmente contradictorios a los deseados: *“la Comisión está muy interesada en fomentar una adaptación permanente de las empresas a las circunstancias económicas en rápida evolución, al tiempo que persigue un alto nivel de empleo y de protección social a través de medidas de apoyo apropiadas”*. Igualmente, relevantes son las funciones de las autoridades nacionales, regionales y locales en los procesos de reestructuración, el diálogo social y la negociación

¹⁸⁹ Bruselas, 17 de enero de 2012 [COM (2012) 7].

colectiva –teniendo un papel destacado a la “hora de adaptar la producción, la *organización del trabajo y las condiciones de trabajo a las circunstancias estrictas y en rápida mutación impuestas por la crisis*”–. Por su parte, las autoridades públicas “*han intensificado el recurso a instrumentos públicos con objeto de fomentar la reinserción en el mercado laboral de las personas que perdieron su empleo durante la crisis*”, al igual que otras medidas como la reducción del tiempo de trabajo y la semana de jornada laboral reducida. Lo cierto es que, un modelo efectivo de reestructuración, debería distanciarse de una mera estrategia correctora, buscando medidas preventivas: “*un cambio hacia una estrategia más proactiva que contribuya a minimizar los impactos sociales ligados al proceso de reestructuración. Las estrategias preventivas tienen en cuenta los riesgos inherentes a la reestructuración, de modo que los resultados pueden ser tanto una movilidad profesional positiva de los trabajadores afectados como un aumento de la competitividad de las empresas*”. El problema es que, en la realidad jurídica, si se atiende a los procesos de reestructuración, se advierte que las prácticas, en este ámbito, son más bien reactivas que previsoras y proactivas, actuándose con demasiado retraso en el proceso de toma de decisiones, sin que sea posible implicar a entidades exteriores con la suficiente anticipación para que puedan ayudar a mitigar el impacto social de la reestructuración.

Por otro lado, distanciándonos de la normativa europea y adentrándonos en la normativa interna, de *lege ferenda*, aun cuando somos conscientes de la capitalización del período de consulta-negociación, sería positivo exigir –imperativamente– la elaboración del plan de recolocación externa para empresas de 25 o más trabajadores –y no solo de 50 trabajadores en adelante–. O incluso, para empresas inferiores a 25 trabajadores dependiendo de la facturación prevista o de los beneficios de cursos anteriores.

Es evidente que nuestro modelo facilita las extinciones de los contratos laborales, prevaleciendo el objetivo de competitividad y rentabilidad empresarial en detrimento de la seguridad del empleo. Aún así, nuestro modelo de reestructuraciones empresariales no es contrario a la Directiva de despidos colectivos –pues se mantiene el periodo de consulta-negociación– aunque, eso sí, ha de reconocerse que se ha visto debilitado con las reformas laborales del último lustro, tanto de manera directa –con la limitación de la exigibilidad del plan social exclusivamente a un mero plan de recolocación en relación al número de trabajadores despedidos– como indirecta –con la formulación abierta e indeterminada de las causas del despido junto a la supresión de la autorización administrativa–. En definitiva, y en línea análoga a la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, y a la Comunicación de la Comisión Europea, “Reestructuraciones y empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea”, las operaciones de reestructuración permanente de la empresa deben quedar englobadas por una estrategia institucional, garantista y ofensiva, en un marco o escenario proactivo, previsor y de anticipación a los cambios o circunstancias sobrevenidas.

**DIFICULTADES Y RETOS DE LOS
TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD
EN EL CONTEXTO EUROPEO
ACTUAL: ANÁLISIS NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL DE SU RÉGIMEN
JURÍDICO**

José Luis Ruiz Santamaría
Profesor PSI-Dpto. de D° del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

Sumario

1. Cuestiones preliminares.
2. Protección de la discapacidad y la libre circulación de los trabajadores en la UE: Configuración del marco jurídico.
3. Alcance y contenidos de la libre circulación de los trabajadores con discapacidad en la UE.
 - 3.1. Aproximación al concepto de trabajador con discapacidad
 - 3.2. Contenidos
 - 3.3. Limitaciones
4. Conclusiones

1. Cuestiones preliminares

El tratamiento de la discapacidad en los últimos tiempos se ha convertido en un tema recurrente y de especial atención a nivel global. En este sentido, un examen sobre el contenido del último *Informe Mundial sobre la Discapacidad*¹⁹⁰, nos desvela un panorama desalentador reflejándolo en los siguientes términos: “Más de mil millones de personas viven en todo el mundo con alguna forma de discapacidad; de ellas, casi doscientos millones experimentan dificultades considerables en su funcionamiento. En los años futuros, la discapacidad será un motivo de preocupación aún mayor, pues su prevalencia está aumentando. Ello se debe a que la población está envejeciendo y el riesgo de discapacidad es superior entre los adultos mayores, y también al aumento mundial de enfermedades crónicas tales como la diabetes, las enfermedades cardiovasculares, el cáncer y los trastornos de la salud mental”. El citado informe sigue diciendo que: “(...) En todo el mundo, las personas con discapacidad tienen peores resultados académicos, ello es consecuencia de los obstáculos que entorpecen el acceso de las personas con discapacidad a servicios indispensables, en particular la salud, la educación, el empleo, el transporte, o la información”. Estos peores resultados académicos, son el reflejo de los impedimentos y barreras¹⁹¹ que se presentan para este colectivo, y que supone un lastre importante en el proceso de búsqueda de empleo.

Con respecto al problema que nos ocupa, contextualizado en el espacio europeo actual, y según se desprende de la lectura de la *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010 – 2020*, una de cada seis personas tiene una discapacidad entre leve y grave, lo que suman ochenta millones de personas en todo el territorio de la UE. A este escenario, hay que añadir otro hecho, como es la tasa de empleo de estas personas en Europa, que apenas llega al nivel del 50%. Situación preocupante,

¹⁹⁰ Este informe de fecha 9 de junio de 2011, emitido conjuntamente por la OMS y el Grupo del Banco Mundial y que lleva por título: “Informe mundial sobre la discapacidad: rompiendo barreras [*New World report on disability: Breakind down barriers*]”, reúne la mejor información disponible sobre la discapacidad con el fin de mejorar la vida de las personas que la padecen. También, ofrece a los gobiernos y a la sociedad civil un análisis exhaustivo de la importancia de la discapacidad y de las respuestas proporcionadas, basado en las mejores pruebas disponibles, y recomendar la adopción de medidas de alcance nacional e internacional. La visión que nos impulsa, es la de un mundo inclusivo en el que todos podamos vivir una vida de salud, comodidad y dignidad.

¹⁹¹ Véase también en este sentido, LORENZO GARCÍA, R., “El futuro de los discapacitados en el mundo: el empleo como factor determinante para la inclusión”, Madrid, *Revista del Ministerio e Inmigración*, núm. 50, 2004, págs. 73-90. El autor de este artículo ha dirigido por mandato del Club de Roma a nivel mundial, el informe titulado: “El futuro de las personas con discapacidad en el mundo. Desarrollo humano y discapacidad”, en el que se realiza un profundo análisis del conjunto de problemas que afectan a la discapacidad a nivel mundial, desde la perspectiva de la integración y el reconocimiento pleno de los derechos inherentes a la dignidad de la persona, y desde la óptica del respeto a la diversidad. A través de la experiencia y aportaciones del referido informe, el autor aborda en este trabajo específico para la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la cuestión concreta de la inserción laboral de las personas con discapacidad como factor determinante para una plena integración social. A partir de la constatación de la situación extraordinariamente negativa en materia de empleo, se analizan las diferentes vías o técnicas de intervención conducentes al objetivo común de la integración laboral. Asimismo, se esbozan las líneas generales de una “nueva estrategia para enfrentar viejos problemas”, describiendo sus ejes principales; enumerando los principios y criterios de actuación con carácter general; y concretando éstos en una serie de criterios específicos respecto de la inserción laboral de personas con discapacidad.

porque el derecho a un trabajo digno constituye un hito fundamental histórico para el desarrollo integral de las personas, que en el caso de las personas con discapacidad, este derecho se hace aún más necesario y se materializa en la oportunidad de poder ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible¹⁹². Por lo tanto, el derecho al trabajo de este colectivo, se configura como un *derecho dual*¹⁹³, porque por un lado, es una libertad -la persona es libre para trabajar- y, por otro, es un derecho social -la persona puede y debe exigir que se establezcan las condiciones reales y efectivas para poder acceder al empleo-, y que además como ha afirmado el profesor Lorenzo García: “(...) no vale cualquier empleo; es necesario incorporarse a empleos de mayor calidad¹⁹⁴”.

Todas estas razones, unidas al complejo¹⁹⁵ entramado normativo y jurisprudencial que implica su carácter transversal¹⁹⁶, han provocado nuestro interés en realizar el estudio de la no discriminación en el empleo por motivos de discapacidad vinculado a la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea, que amparado en el marco de estas *XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, nos ofrecen una excelente oportunidad para profundizar en el análisis de su configuración jurídica, así como de aquellos conceptos fundamentales que integran sus contenidos esenciales.

2. La protección de la discapacidad y la libre circulación de los trabajadores en la UE: Configuración del marco jurídico

La protección de la discapacidad respecto a la libre circulación de trabajadores, no se ha presentado con la misma intensidad y forma a lo largo de estos sesenta años de historia de la UE. Su marco normativo, se ha ido configurando de forma asistemática y por senderos diferentes.

En un principio, con la fundación de la entonces llamada Comunidad Económica Europea en 1957, se puso el énfasis en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, todo ello desde la perspectiva del mercado único y de permitir

¹⁹² Condiciones indispensables para este colectivo que se podrán asegurar cuando se garantice la no discriminación por discapacidad en la libre circulación de trabajadores en la UE.

¹⁹³ García Presas, I., “El acceso al trabajo de las personas discapacitadas”, la Coruña, AFDUC, núm. 17, 2013, pág. 303.

¹⁹⁴ Vid. Lorenzo García, R., “El futuro de los discapacitados en el mundo...”, op. c., pág. 87.

¹⁹⁵ “Un derecho de contenidos y contornos complejos”, Vid. MARTÍN VALVERDE, A., “Los derechos de los trabajadores en el ordenamiento comunitario: del Tratado de Roma a la Constitución Europea”, *Actualidad Laboral*, 2004, Vol.-II, pág. 2290.

¹⁹⁶ Tratado de Lisboa (2009). También Vid. Domínguez Alonso, A., “Los principios generales del Derecho en el ámbito de la protección de las personas con discapacidad”, Madrid, Aletheia: *Cuadernos críticos del Derecho*, núm. 2, 2011, pág. 42. También, sobre el “principio de transversalidad de la discapacidad”, en la primera función del Consejo Nacional de la Discapacidad, regulado por el Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre.

la libre circulación de trabajadores, bienes, servicios y capitales en igualdad de condiciones. Sin embargo, no fue objeto del mismo interés la no discriminación por motivo de discapacidad¹⁹⁷, quedando su protección relegada a un segundo plano.

La libre circulación de trabajadores asalariados dentro de la CEE (hoy UE), suponía ciertamente la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad¹⁹⁸ ante los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razón de orden público, seguridad y salud¹⁹⁹.

En el Tratado de Ámsterdam, que entraría en vigor en 1997, aparece por primera vez la necesidad de que la Unión Europea aborde el tema de la discriminación por razón de discapacidad. En su art.13, se autorizaba a la UE a adoptar medidas para luchar contra la discriminación de las personas con discapacidad, siendo ésta, de hecho, la primera referencia específica de los Tratados a la discapacidad. Este artículo proporcionaba por primera vez una base para abordar situaciones de discriminación múltiple, mediante el establecimiento de una política y un enfoque legal común para los distintos motivos de discriminación.

En virtud precisamente del fundamento jurídico que proporcionaba el art.13 del Tratado de Ámsterdam, se adoptó la aprobación de la Directiva 2000/78, sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, mediante la cual se prohibía la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

En 2001, se modifica el art.13 por el Tratado de Niza con el objeto de permitir la adopción de medidas de incentivos por mayoría cualificada del Consejo²⁰⁰.

Años más tarde, mediante el Tratado de Lisboa²⁰¹ en 2009, se establece el carácter vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales, que contiene un amplio catálogo de derechos, destacando la transversalidad²⁰² de la no discriminación por razón de discapacidad²⁰³. También conviene destacar la incorporación de la Convención al acervo comunitario y al derecho positivo de los Estados miembros, lo que supone un importante avance en materia de discapacidad a nivel europeo, sobre todo a través de futuros desarrollos jurisprudenciales²⁰⁴.

¹⁹⁷ Sucedió lo mismo con la no discriminación basada en motivos de raza o edad.

¹⁹⁸ La “no discriminación por nacionalidad”, fue el pilar principal en el que se sustentaba la libertad de circulación de los trabajadores, reflejado en el texto del art. 48.2 TCEE.

¹⁹⁹ Regulada en el art. 48.3 TCEE, art. 69 TCECA y art. 96 TCEEE. VID. PALOMEQUE LÓPEZ, M., “La libre circulación de los trabajadores comunitarios”, *Proyecto social: Revista de Relaciones Laborales*, ISSN 1133 – 3189, núm. 1, 1993, págs. 127.

²⁰⁰ Las medidas legislativas seguían requiriendo aprobación por unanimidad de todos los Estados miembro.

²⁰¹ Desarrollado con mayor amplitud en DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa”, Madrid, *Revista del Ministerio e Inmigración. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 92, 2011, págs. 257–282.

²⁰² Cit. Supra nota 5.

²⁰³ Quedando encuadrado tras la aprobación en el art. 19 TFUE.

²⁰⁴ Cabra de Luna, M., “La protección de la discapacidad en el ámbito internacional: la Unión Europea”, en AA.VV., *Protección social: Seguridad Social y Discapacidad. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez*, Ed. Cinca, 2014, págs. 288–389.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), aprobado en 2006 y ratificado en 2010 por la UE, es el primer instrumento amplio de derechos humanos del siglo XXI, así como el primer tratado internacional de derechos humanos que se abre a la firma de organizaciones regionales de integración, como la propia Unión Europea²⁰⁵. Además de recoger los derechos de las personas con discapacidad, también contempla las obligaciones de los Estados de promover, proteger y asegurar tales derechos²⁰⁶. A partir de su entrada en vigor en enero de 2011, tanto los Estados miembros como la propia UE han comenzado a adaptar sus ordenamientos jurídicos a la nueva realidad²⁰⁷.

La última iniciativa política y legislativa orientada a la lucha contra la discriminación y la igualdad de trato de las personas con discapacidad, que adoptó la Comisión Europea en 2010, es la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020²⁰⁸. Tiene como una de las principales prioridades la incorporación de las personas con discapacidad al mercado laboral. Igualmente se centra en la eliminación de barreras e identifica medidas a escala de la UE complementarias a las acciones a nivel nacional. También determina los mecanismos necesarios para aplicar la Convención. Asimismo, se focaliza en otros aspectos fundamentales para la plena integración y la igualdad de trato de las personas con discapacidad.

3. Alcance y contenidos de la libre circulación de los trabajadores con discapacidad en la UE

3.1. Aproximación al concepto de trabajador con discapacidad

La libertad de circulación de personas en la UE, está regulada en el TFUE como una triple libertad: la libre circulación de los trabajadores asalariados en los arts. 45 a 48 del TFUE²⁰⁹, la libertad de prestación de servicios de los trabajadores

²⁰⁵ *Ib.* 389. También puede consultarse sobre este asunto el mismo autor, en: “El empleo de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico comunitario y nacional”, en Castillo Díaz, M. (pr.), I Congreso Nacional sobre Empleo de las Personas con Discapacidad: Hacia la plena inclusión laboral, ISBN 978-84-7993-307-4, UNIA, 2016, pág. 9.

²⁰⁶ Concretamente, la Convención establece como principios generales el respeto de la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plena y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana. Vid. Cabra de Luna, M., “La protección de la discapacidad...”, op. c., pág. 390.

²⁰⁷ Sin embargo, al día de hoy queda mucho por hacer, es necesario que la Comisión Europea desarrolle unas directrices que permitan el *mainstreaming* de la CDPD en toda la legislación europea y que revise todo el acervo comunitario actualmente vigente. No le corresponde únicamente a la UE, realizar su trabajo, también es imprescindible que los Estados miembros realicen sus tareas.

²⁰⁸ Sobre los objetivos, en AA.VV., “*Des droits pour tous: contribution des organismes de lutte contre les discriminations à l'évaluation de la Stratégie 2010-2020 de L'Union Européenne en faveur des personnes handicapées. Un avis équilibré*”, Bruselas, Equinet European network of equality bodies, diciembre, 2014, también en Ballester Pastor, M., “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, Madrid, *Revista del Ministerio e Inmigración. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 92, 2011, págs. 207–255.

²⁰⁹ También en parecidos términos los arts. 39 a 42 TCEE.

por cuenta propia y la libertad de establecimiento, en los arts. 49 a 62 del TFUE²¹⁰, dirigidas tanto a las personas que prestan sus servicios por cuenta propia, como a las personas jurídicas²¹¹.

Por otra parte, el concepto de “trabajador con discapacidad” en el contexto de la libre circulación de personas en la UE, no se encuentra definido ni en el TFUE que regula la libertad de circulación de los nacionales de los Estados miembros, ni en el compendio normativo analizado en el epígrafe anterior, dedicado a la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Tampoco se ha incluido la noción de “trabajador” o “trabajador por cuenta ajena” ni en el texto del TFUE, ni en el Derecho derivado²¹². La única mención²¹³ de los términos *trabajador migrante por cuenta ajena* y *trabajador migrante por cuenta propia*, la encontraremos tras la aprobación del Tratado de Lisboa de 2009²¹⁴. Para poder acercarnos al concepto de “trabajador” en el contexto de la UE, tendremos que acudir a la jurisprudencia del TJUE, que atribuye dicha consideración a: “cualquier persona que realiza un trabajo genuino y efectivo bajo la dirección de otra persona por el que se le paga²¹⁵”. En este sentido, el TJUE en el asunto C-138/02, afirmaba que: “la característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución²¹⁶”. El concepto de *trabajador* y de *actividad por cuenta ajena*, sostiene el TJUE que deben “(...) interpretarse ampliamente²¹⁷, mientras que las excepciones y los casos de inaplicación del principio de libre circulación de los trabajadores deben interpretarse, con criterio restringido²¹⁸”.

Al hilo de lo expuesto, y con independencia de la modalidad contractual o de que la actividad laboral se preste en un número inferior de horas a la jornada ordinaria, y al margen incluso de que la retribución no alcance el salario mínimo fijado en el Estado miembro de acogida, el TJUE en el asunto 139/85, consideró²¹⁹ que: “(...) no podía excluirse de los beneficios de la libre circulación a una persona que ejerza una actividad por cuenta ajena real y efectiva a tiempo parcial por el

²¹⁰ *Idem* arts. 43 a 55 TCEE.

²¹¹ *Vid.* PALOMEQUE LÓPEZ, M., “La libre circulación de los trabajadores...op.c., págs. 126. También, sobre este asunto, aunque se establece como una “doble libertad”, en DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Libre circulación de los trabajadores ...op.c., pág. 269.

²¹² No al menos, en las normas que a día de hoy desarrollan el principio de la libre circulación de los trabajadores dentro de la UE: el Reglamento (CEE) nº 1612/6868, la Directiva 2004/38/CE y la Directiva 2005/36/CE69.

²¹³ Pero no lo define.

²¹⁴ Quedando ubicado en el nuevo art. 48 TFUE, dentro del Cap. 1º “Trabajadores” del Tit. IV “Libre circulación de personas, servicios y capitales”.

²¹⁵ *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, Libre circulación de trabajadores: la plena realización de sus ventajas y posibilidades, COM (2002) 694 final, Bruselas, 2002, también en, Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes, COM (2010) 373 final, Bruselas, 2010.

²¹⁶ STJUE de 23 de marzo de 2004, asunto C-138/02, F. Collins.

²¹⁷ Sobre la interpretación del TJCE en sentido amplio, se puede ver en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho Español y comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, 2001, pág. 55.

²¹⁸ *Vid.* DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Libre circulación de los trabajadores ...op.c., pág. 270.

²¹⁹ STJUE de 3 de junio de 1986, asunto 139/85, Kempf.

simple hecho de que se trate de completar la remuneración percibida por dicha actividad, inferior al mínimo necesario de subsistencia, con otros medios lícitos de vida²²⁰". En el mismo sentido, y en referencia al número de horas de trabajo, el citado Tribunal, en el asunto 171/88, se concluyó²²¹: "(...) la oposición a la libre circulación de trabajadores una norma alemana que permitía a los empresarios mantener una diferencia de retribución global entre dos categorías de trabajadores: quienes trabajaban un número mínimo de horas por semana o mes y aquellos otros que, prestando la misma actividad no cumplían dicho mínimo".

Una vez delimitado el concepto *trabajador*, en relación a la libre circulación en la UE, nos restaría intentar aproximarnos al término *discapacidad* en este contexto. En este sentido, observamos que en la Directiva 2000/78/CEE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, el concepto de *trabajador con discapacidad* no lo define, ni hay una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, a efectos de esta definición²²². El TJUE en el asunto C-12/05²²³, interpretaba la referencia al término *discapacidad* del art1 de la Directiva 2000/78/CEE, en un sentido diferente al de *enfermedad*, por lo que es preciso excluir la equiparación de ambos conceptos, entendiendo el TJUE, que el concepto de *discapacidad*²²⁴ se refiere a "una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe, en la vida profesional".

En la actualidad, y tras la ratificación por la UE en 2010 de la CDPD (ONU), aparece un concepto de *persona con discapacidad* definido en su art 1, párrafo 2º: "son personas con discapacidad aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás²²⁵".

3.2. Contenidos

El contenido esencial de la libre circulación de trabajadores, es "la prohibición de toda forma de discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás

²²⁰ Situación muy habitual en los trabajadores con discapacidad, como tendremos ocasión de analizar en los asuntos: C-303/06, Coleman y C-354/13, FOA.

²²¹ STJUE de 13 de julio de 1989, asunto 171/88, Rinner-Kühn.

²²² Si se hace referencia a la "discapacidad" (aunque no se define) en el art 1 de esta Directiva. Vid. Argüelles Blanco, A., "La no discriminación laboral por motivos de discapacidad conforme al Derecho de la Unión Europea: un análisis de la jurisprudencia reciente", en AA.VV., "*Ist. International Virtual SBRLab Conference. <Finding solutions for a post-crisis society>*", ISBN 978-84-8424-410-3, Tarragona, Universitat Rovira i Virgili, 2015, pág. 108.

²²³ STJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-12/05, Chacón Navas.

²²⁴ Se trata de un concepto restrictivo de *discapacidad*, el que adopta el TJUE.

²²⁵ Ver en referencia al concepto de discapacidad en sentido amplio, las siguientes: STJUE de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, Coleman; STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, HK Denmark y STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, FOA.

condiciones de trabajo²²⁶ y se aplicaría tal como se establece en el TFUE²²⁷ a los *trabajadores migrantes*, entendiéndose por tales: “aquellos que trabajen en un Estado miembro distinto de su país de origen; los que trabajen en su país de origen pero residan en otro Estado miembro²²⁸ y los que regresen a su país de origen tras haber ejercido el derecho a la libre circulación”. Ahora bien, si la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad es el eje central sobre el que pivota el derecho de los trabajadores nacionales de los Estados miembros a circular y emplearse libremente en la EU, éste no agota su contenido en lo dispuesto por el TFUE, y por lo tanto, puede extenderse²²⁹ dicho contenido en un derecho de los trabajadores migrantes: a beneficiarse de las mismas prioridades que los nacionales del Estado miembro de acogida en el acceso a los empleos disponibles, sin que resulten de aplicación las disposiciones legales o administrativas ni las prácticas estatales que tengan por finalidad o efecto eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de la oferta de empleo; a ser tratados exactamente de la misma forma que los trabajadores nacionales en el ejercicio de su prestación laboral, es decir, en lo que se refiere “a las condiciones de empleo y trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo”; a la igualdad de trato en cuanto a la afiliación a organizaciones sindicales y al ejercicio de los derechos sindicales; a beneficiarse de las mismas ventajas fiscales y sociales que las concedidas a los trabajadores nacionales, incluidas las ventajas en materia de alojamiento; y a la reagrupación familiar²³⁰, así como a la educación de sus hijos, en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro de acogida. El TJUE en el asunto C-237/94²³¹, mantiene en su doctrina este criterio: “(...) prohíbe no sólo 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(...) deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos de Derecho nacional que, aunque se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente(...) o en su mayor parte a los trabajadores migrantes(...) así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes(...) o incluso aquellos requisitos que puedan perjudicar particularmente a los trabajadores migrantes”.

Por otra parte y en referencia a los derechos accesorios a la libre circulación, el TFUE²³², establece: “la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo; d) de permanecer en el territorio

²²⁶ Regulado en actual artículo 45 TFUE.

²²⁷ Ver a este respecto el Reglamento (CEE) n° 1612/68, que desarrolla el art. 45.2 TFUE.

²²⁸ También conocidos como trabajadores “transfronterizos”.

²²⁹ *Vid.* DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Libre circulación de los trabajadores ...op.c., pág. 272.

²³⁰ Con independencia de la nacionalidad de los miembros de la familia que estén a su cargo.

²³¹ STJUE de 23 de mayo de 1996, asunto C-237/94, O’Flynn.

²³² Art. 45.3 TFUE.

de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión”.

3.3. Limitaciones

El art. 45.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea eleva a la categoría de derecho fundamental la libre circulación de personas. Pese a que en un principio, se pueda pensar que es una libertad absoluta²³³, un derecho público e individual del que puedan beneficiarse todos y cada uno de los ciudadanos de la Unión por el simple hecho de ostentar la nacionalidad de un Estado miembro, esto no es cierto, existiendo ciertas limitaciones al respecto.

En primer lugar, el propio art. 45 TFUE, dispone que se podrán establecer limitaciones a la libre circulación de trabajadores, en aquellas situaciones que vengan justificadas “por razones de orden público, seguridad y salud públicas²³⁴”, en concreto y según se extrae del articulado, cualquier Estado miembro podrá denegar la entrada o expulsar de su territorio a un ciudadano²³⁵ de la UE o a un miembro de su familia cuando concorra alguna de las aludidas razones, sin que en ningún caso la decisión de que se trate pueda estar fundada en motivos económicos. Por una parte, la medida deberá fundarse “exclusivamente en la conducta personal del interesado” y ésta tiene que “constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”. Ahora bien hay que matizar lo siguiente: no podrán adoptarse tales medidas por razones preventivas; las restricciones al derecho de libre circulación y residencia “deben basarse en una amenaza real y no pueden justificarse simplemente por un riesgo general (...) y no pueden invocarse razones ajenas a la conducta personal de un individuo”. Por otra parte, las medidas en cuestión deberán “ajustarse al principio de proporcionalidad” y, precisamente por eso, la Directiva 2004/38/CE limita su alcance cuando se trate de ciudadanos de la UE que “se integraron verdaderamente en el Estado de acogida”, tras una residencia prolongada en él, de esta manera, quienes hubiesen adquirido la residencia permanente sólo podrán ser expulsados “por motivos graves de orden público o seguridad pública”, mientras que los que hayan residido en dicho territorio por espacio de diez años únicamente podrán ser expulsados “por motivos imperiosos de seguridad pública²³⁶”.

La citada Directiva 2004/38/CE, también contiene otra importante restricción a la libre circulación de todo ciudadano europeo que se desplace por razones distintas a las de trabajo: “la carencia de recursos económicos para su subsistencia en el Estado anfitrión y la falta de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los gastos médicos, para sí mismo y para los miembros de la familia que estén a su

²³³ Los arts. 20 y 21 TFUE y el art. 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales no explicitan límite alguno a la libertad de circulación y de residencia.

²³⁴ Las limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia por razones de orden público, seguridad o salud pública están cumplidamente desarrolladas en el Capítulo VI de la Directiva 2004/38/CE.

²³⁵ Independientemente de su condición de trabajador.

²³⁶ *Vid.* DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Libre circulación ...op.c., págs. 275-277.

cargo”. Pensamos que en este caso, esta limitación debería entrar en juego cuando el sujeto interesado pretenda beneficiarse del “derecho de residencia por más de tres meses²³⁷”.

Con respecto a los límites al principio de no discriminación por discapacidad, lo encontraremos en el art. 3.4 de la Directiva 2000/78/CE²³⁸, establece este precepto literalmente lo siguiente: “Los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que la presente Directiva no se aplique a las fuerzas armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad²³⁹”. De la lectura de este art. 3.4, parece que se está impidiendo por la normativa nacional el acceso a cualquier actividad en las Fuerzas Armadas a cualquier discapacitado, sea cual sea la función y la naturaleza o grado de la discapacidad²⁴⁰.

Otro aspecto importante a destacar, es el referente a la regulación de los ajustes razonables para las personas con discapacidad, que se configuran con carácter impreciso y ambiguo en la Directiva: de un lado, la obligación de ajustes razonables aparece formulada en modo imperativo en el art. 5 de la Directiva 2000/78 “se realizarán ajustes razonables”; y de otro lado, no obstante, la razonabilidad del ajuste debido se difumina hasta prácticamente hacer desaparecer la teórica obligación, puesto que el ajuste no es obligatorio cuando supone una carga excesiva y la carga no se considera excesiva cuando sea paliada en grado suficiente por el Estado.

Para finalizar, creemos que pese a las limitaciones analizadas, el derecho comunitario por vía jurisprudencial, ha acometido una importante extensión de la protección frente a discriminaciones motivadas por razón de la discapacidad. La extensión aplicativa se ha producido de modo bastante peculiar porque ha permitido incluir en el ámbito subjetivo de la protección a los sujetos que han sido objeto de trato peyorativo por su vinculación con sujetos discapacitados, aunque dicha condición no recayera en su persona. Esta discriminación por vinculación se ha reconocido expresamente en el asunto C-303/06²⁴¹. El TJUE interpretó que constituía discriminación prohibida el trato peyorativo recibido por una trabajadora a partir del momento en que su situación personal y familiar quedó alterada como consecuencia de los cuidados específicos que requería su hijo discapacitado. Expresamente manifestó que: “las discriminaciones comunitarias prohibidas tenían un ámbito de aplicación objetivo, delimitado por los motivos de trato diferenciado

²³⁷ Regulado en los arts. 7 a 15 de la Directiva 2004/38/CE.

²³⁸ También se contempla con la discriminación por razón de la edad.

²³⁹ “Se trata de una excepción que solo resultaría comprensible si se tuviera en cuenta el estereotipo de actividad propia de las Fuerzas Armadas (con altos requerimientos de fortaleza física) y se partiera de la existencia de un solo tipo de discapacidad. Pero no todas las tareas que se pueden realizar con carácter laboral en las Fuerzas Armadas requieren dicha fortaleza, y aunque fuera así, no todas las discapacidades suponen necesariamente una merma relevante al respecto”, en BALLESTER PASTOR, M., “La lucha contra la discriminación...op. c., pág. 235.

²⁴⁰ Ver en este sentido las: STJUE de 26 de octubre de 1999, asunto C-273/97, Sirdar y STJUE de 11 de enero de 2000, asunto C-285/98, Kreil.

²⁴¹ STJUE de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, Coleman.

que se consideraban intolerables, y no requerían necesariamente que el motivo de discriminación prohibida recayera en el sujeto demandante de protección”.

4. Conclusiones

La protección de la discapacidad respecto a la libre circulación de trabajadores, no se ha presentado con la misma intensidad y forma a lo largo de la historia de la UE. En un principio, se puso el énfasis en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, quedando la protección de la no discriminación por motivo de discapacidad, relegada a un segundo plano.

El marco jurídico de la libre circulación de los trabajadores con discapacidad se ha ido forjando de forma asistemática y por senderos diferentes. Por un lado, la libre circulación de trabajadores regulada en el TFUE, ha ido experimentando sucesivas modificaciones introducidas fundamentalmente por los Tratados de Ámsterdam, Niza, Lisboa y por la jurisprudencia del TJUE. Y por otra, han sido la Directiva 2000/78, sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobado en 2006 y ratificado en 2010 por la UE, los instrumentos más importantes que han contribuido de una manera eficaz en los últimos años a la erradicación de la discriminación por discapacidad.

La configuración del alcance y contenidos de la libre circulación de trabajadores con discapacidad en la UE, se ha conformado mediante la aproximación al concepto de trabajador con discapacidad en el contexto de la libre circulación en la UE, observándose una evolución histórica, que parte de la ausencia total de definición, pasando posteriormente a conformarse como un concepto restrictivo construido por la jurisprudencia del TJUE, hasta llegar al concepto más amplio de nuestros días. Los contenidos esenciales y derechos accesorios de la libre circulación se han ido identificando en las reformas sucesivas del TFUE, al hilo de las correspondientes doctrinas jurisprudenciales del TJUE.

Por último, se ha podido detectar las diferentes limitaciones a la libre circulación de trabajadores con discapacidad, destacando como las más significativas, aquellas situaciones que vengan justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

DELIMITACIÓN DE LA FIGURA DEL TRABAJADOR FRONTERIZO Y SU EVOLUCIÓN CONCEPTUAL EN EL PANORAMA DE LA UE

Alejandro Zalvide Bassadone
*Profesor Ayudante. de D^o del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva*

Sumario

- 1. El concepto de trabajador fronterizo en el Reglamento 1408/1971 de la Unión Europea.**
 - 1.1. Factores determinantes
 - 1.1.1. El factor territorial*
 - 1.1.2. El factor temporal*
- 2. La simplificación del concepto en los Reglamentos 883/2004 y 589/2016 de la Unión Europea.**
- 3. Diferenciación con figuras afines.**
 - 3.1. La distinción entre trabajador fronterizo y trabajador transfronterizo
 - 3.2. Trabajador fronterizo y trabajador de temporada
 - 3.3. Otros supuestos afines
- 4. Conclusiones**

El derecho a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión Europea reconoce como una manifestación más de dicha movilidad, la de los trabajadores fronterizos²⁴². Estos sujetos precisan desplazarse de un país a otro para acudir a prestar su trabajo ordinario, originando una corriente repetitiva en el cruce de fronteras que se genera más fácilmente en aquellas zonas territorialmente limítrofes, donde se ve más factible el desplazamiento de trabajadores de un Estado a otro para desempeñar la actividad laboral, para una vez concluida, regresar de nuevo al lugar de residencia habitual.

Esta situación conlleva la existencia de una serie de circunstancias que van a condicionar el desarrollo de la misma, destacando el factor territorial y el factor temporal. Dentro del factor territorial se integran el lugar de residencia, el traspaso de frontera y el lugar de trabajo, a los que hay que sumar el desplazamiento necesario. En cuanto al factor temporal, hay que tener en cuenta como cuestión principal que es un viaje de ida y vuelta, el cual ha de desarrollarse dentro de una determinada frecuencia, ya sea diaria o semanal.

1. El concepto de trabajador fronterizo en el Reglamento 1408/1971 de la Unión Europea.

En este escenario laboral existe una falta de coincidencia entre el lugar de trabajo y el de residencia habitual, pero no solo son puntos geográficos diferentes, sino que su particularidad estriba en el hecho de estar situados en países diferentes. Esta dualidad territorial y por tanto con ordenamientos jurídicos diferentes, sirvió como detonante para que desde la UE se atendiera esta situación con la finalidad de coordinar esta realidad y su sistema de protección en temas de seguridad social dentro del espacio común europeo, elaborándose al efecto el Reglamento (CEE) 1408/71²⁴³.

La regulación se establece como garantía hacia los trabajadores y sus familias que precisan desplazarse dentro del territorio europeo, para lo cual se trata de clarificar el ámbito de protección social aplicable. Aunque al margen de atribuir los regímenes pertinentes de seguridad social a estos trabajadores y sus familias; establece la norma, una cuestión de índole definitoria que sirve para reconocer la figura del trabajador fronterizo. Así, el Reglamento inicia sus disposiciones generales estableciendo qué ha de entenderse por trabajador fronterizo, considerando como tal “a todo trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que ejerza su actividad profesional en el territorio de un Estado miembro, y resida en el territorio de otro

²⁴² Reglamento (UE) 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. Que actualiza la libre circulación como derecho fundamental para los trabajadores, y donde reconoce como parte expresa de los mismos, a los trabajadores fronterizos.

²⁴³ Reglamento (CEE) 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, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad.

Estado miembro, al que regresa en principio cada día o al menos una vez por semana”.

Aparece así, el concepto de trabajador fronterizo de forma novedosa, abarcando inicialmente tanto la actividad de trabajo dependiente o por cuenta ajena, como la realizada de forma autónoma o por cuenta propia, sirviendo en todo caso para ambos supuestos. Se manifiesta de esta manera el reconocimiento de esta figura como una garantía más de la libre circulación de trabajadores en el marco europeo, ordenando cuestiones de aplicación relativas al ámbito de la seguridad social, en el que van a verse afectados distintos Estados con el movimiento de este personal trabajador.

Sobre estos desplazamientos que se dan entre distintos territorios y que se generan por motivos de trabajo, interesa delimitar su elemento subjetivo desde la perspectiva del trabajador fronterizo, y su diferenciación con otros sujetos afines que también intervienen en tales movimientos migratorios.

1.1. Factores determinantes

Dos son los factores que condicionan este tipo de flujo de personas, por un lado, el factor territorial, en cuanto a la existencia de dos espacios geográficos diferentes que hacen necesario el desplazamiento, y por otro, el factor temporal, para saber la frecuencia en la que se han de dar estos movimientos y hasta cuando ha de durar la condición de trabajador fronterizo.

1.1.1. El factor territorial

El desplazamiento lleva implícito un lugar desde donde se inicia el trayecto, que para estos casos ha de corresponder a un Estado miembro de la UE, donde el trabajador ha de tener fijada su residencia, y el lugar de destino, donde se va a ejecutar la actividad laboral, que ha de corresponder igualmente a otro Estado perteneciente a la UE. Por tanto, el espacio territorial de referencia ha de ser el europeo tanto para considerar el punto de partida y llegada, como para conectar la nacionalidad del sujeto ejecutante de la acción.

La “residencia” del trabajador según el Reglamento ha de considerarse como la estancia habitual, a diferencia del término “estancia”, que lo considera como la estancia temporal. Es decir, ha de entenderse desde el punto de vista de su localización, el primer territorio, como el de residencia habitual, y el segundo, como el de lugar de trabajo.

El desplazamiento de los trabajadores por el espacio europeo es el objeto de atención general de la norma, pero es la dualidad geográfica, entre el lugar de residencia y el de trabajo, la que genera un tratamiento específico, aplicando reglas particulares para determinadas prestaciones a los trabajadores fronterizos y/o los miembros de sus familias²⁴⁴.

²⁴⁴ Reglamento (CEE) 1408/71, arts. 20, 21.3, 53, 54.1, 59 y 71

El ámbito territorial conecta también con la nacionalidad que ha de poseer el sujeto fronterizo, toda vez que la previsión justificativa de la libre circulación de trabajadores, parte de la ostentación de la nacionalidad de un Estado miembro, y por tanto bajo la naturaleza de ser ciudadano de la Unión Europea²⁴⁵. Previsión de carácter nacional que en cualquier caso no se prolonga más allá de compartir una cualidad concéntrica con el criterio de residencia o lugar de trabajo, que igualmente han de corresponder a Estados miembros de la UE. Por tanto, siempre y cuando se mantenga la condición comunitaria del trabajador, lo que realmente va a someter la situación desde la perspectiva reglamentaria va a ser el factor territorial tanto de residencia como de trabajo.

De hecho, el criterio de la residencia prevalece por encima incluso de la nacionalidad para otorgar la condición de trabajador fronterizo, de tal forma que, el nacional de un Estado miembro donde además trabaja, que conservando el empleo en su país de procedencia traslade su domicilio a otro Estado miembro, se entiende que ejerce desde entonces su actividad profesional como trabajador fronterizo pudiendo invocar su condición de trabajador migrante²⁴⁶. Es decir, el ciudadano de un país que vive y trabaja en su mismo territorio pero que traslada su residencia a otro Estado, pasa a considerarse como trabajador fronterizo a los efectos oportunos. Por consiguiente, lo determinante va a ser el elemento locativo en el que se desenvuelve el sujeto, en cuanto a lugar de residencia y trabajo, siempre y cuando se respete en ambos casos la regla de pertenencia al espacio común europeo; y no tanto, el de la nacionalidad del trabajador, que en todo caso ha de ser de un país comunitario.

El factor territorial también condiciona el sometimiento de estos trabajadores a una normativa diferente según el lugar que se tenga en consideración. Para estas situaciones el principio general de *lex loci laboris* juega con normalidad y, por tanto, el trabajador fronterizo queda incluido en el ámbito de la Seguridad Social del país donde desarrolla su trabajo²⁴⁷. No obstante, el propio Reglamento establece una excepción a dicho principio general, para el caso concreto de los trabajadores fronterizos que se encuentren en situación de desempleo total²⁴⁸. La jurisprudencia

²⁴⁵ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada), *Diario Oficial de la Unión Europea* n° C 326 de 26 de octubre de 2012. EA en el art. 20 (antiguo art. 17 TCE), establece que “será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”.

²⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de julio de 2007 (TJCE 2007/199). Caso Hartmann, a propósito de la inclusión para las ventajas sociales del nacional de un Estado miembro que ejerce su profesión en su Estado miembro y traslada su domicilio a otro Estado miembro y ejerce su actividad como trabajador fronterizo.

²⁴⁷ DESDENTADO BONETE, Aurelio. Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2006, no 64, p. 19-40.

²⁴⁸ Decisión 2006/351/CE, de la Comisión administrativa de las comunidades europeas para la seguridad social de los trabajadores migrantes. En relación al art. 71, apartado 1 letra a) del Reglamento 1408/1971, en su considerando (1) alude a esta excepción al principio general *lex loci laboris*, enunciado en el art. 13, apartado 2, letra a) de dicho Reglamento.

europea también se hace eco de esta cuestión en la STJCE de 13 marzo 1997²⁴⁹, como consecuencia del cambio de residencia de un trabajador fronterizo al Estado miembro competente, reconociendo que el hecho de encontrarse en situación de desempleo origina una ficción jurídica con el sometimiento a la legislación del Estado de residencia “como si” dicho Estado fuera el del último empleo.

Es también significativo desde el punto de vista territorial, el hecho de que pese a la apariencia calificativa en la denominación trabajador “fronterizo”, el Reglamento no establece el carácter limítrofe entre los territorios afectados como requisito necesario para la existencia de esta figura. Seguramente el supuesto del fronterizo estaba previsto para el movimiento de trabajadores en territorios limítrofes, con una distancia relativamente corta entre el domicilio y el centro de trabajo, porque tal vez en el momento de publicación de la norma no se imaginara otro escenario posible. Sin embargo, hoy en día se permite otro tipo de actuaciones debido en gran medida al avance de las comunicaciones y los medios de transportes, siendo perfectamente factible el desplazamiento de un país a otro no fronterizo (máxime si la frecuencia del retorno no es diaria sino semanal), y no por ello se ha de perder el carácter de trabajador fronterizo. Quiere ello decir, que lo determinante va a ser el desplazamiento de un Estado a otro para el desempeño de una actividad profesional, con independencia de si dichos países comparten o no frontera.

1.1.2. El factor temporal

El factor temporal gira en torno a la frecuencia, estableciéndose una regla general que contempla el regreso del lugar de trabajo al domicilio con carácter diario o al menos semanal; siendo esta última y en principio, la posibilidad más distante que reconoce la norma para otorgarle la calificación de trabajador fronterizo. El regreso diario de estos trabajadores una vez finalizada la jornada se da como la de cualquier empleado normal, con la particularidad de que en estos casos se produce cruzando una frontera. En cuanto a la posibilidad de ampliar la frecuencia del regreso a una vez por semana, parece indicar que en esta ocasión el trabajador por la circunstancia que sea, o no puede o no le interesa el regreso diario, pero su vuelta se materializa una vez disponga del preceptivo descanso semanal que corresponde a todo trabajador por cuenta ajena, permaneciendo en todo caso el ánimo del retorno al domicilio.

La frecuencia contemplada con carácter general para el regreso, se ve no obstante ampliada por la propia norma a renglón seguido, cuando establece una previsión excepcional para el trabajador destacado. Se entiende como tal, aquel trabajador fronterizo que se encuentra destacado por la empresa de la que depende, o que preste servicios en el territorio del mismo Estado miembro o de otro Estado

²⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de marzo de 1997 (TJCE 1997/50), En el caso Huijbrecht, a propósito de un cambio de residencia al Estado miembro competente, en relación con la situación de paro total y el pago de su prestación. En el apartado 24 considera que “Si bien dicha ficción jurídica suspende las obligaciones del Estado de empleo mientras continúe residiendo en el territorio de otro Estado miembro, no produce su extinción”.

miembro, conservando la condición de fronterizo pese a que esta circunstancia le impida regresar con la continuidad prevista como regla general. Luego la prestación laboral desempeñada por el trabajador se ve sometida a una de las vicisitudes previstas en las relaciones laborales para este tipo de circunstancia, como es la movilidad geográfica, sea de orden nacional o transnacional, es decir, se produce el desplazamiento del trabajador hacia un lugar distinto y posiblemente distante del centro de trabajo habitual, impidiéndole el regreso a su lugar de residencia habitual. Para este tipo de situación de desplazamiento coyuntural, se amplía la regla temporal hasta cuatro meses, y por tanto, pese a no darse el retorno diario o semanal, se mantiene la calificación de trabajador fronterizo durante ese periodo de tiempo.

Otra cuestión temporal que sin duda afecta a la consideración de trabajador fronterizo, es saber hasta cuándo se mantiene esta cualidad, ya que la situación parece poder prolongarse más allá del espacio temporal en el que se mantiene el vínculo contractual. Esta circunstancia se planteó como cuestión prejudicial para saber si un trabajador fronterizo pierde esta condición por el hecho de hallarse en situación de desempleo total, a lo que la STJCE de 15 octubre 1991²⁵⁰, responde negativamente y por tanto no se pierde la condición de trabajador fronterizo en situación de desempleo total. Es decir, se da una prolongación temporal de dicha cualidad, en aquellas circunstancias en las que realmente ya no existe la relación laboral que originaba el movimiento transfronterizo entre los Estados de residencia y trabajo, pero que sin embargo, ha servido como causa necesaria para originar la situación posterior de desempleo total, y por tanto el reconocimiento a los efectos oportunos como trabajador fronterizo.

2. La simplificación del concepto en los Reglamentos 883/2004 y 589/2016 de la Unión Europea.

El Derecho Comunitario trata de actualizar el Reglamento existente desde 1971, como consecuencia de las modificaciones que se habían ido sucediendo fruto de la evolución natural desde entonces en el ámbito europeo, así como de la jurisprudencia suscitada al efecto, y de las diferentes legislaciones acaecidas en los panoramas nacionales. Como consecuencia de todo ello se elabora el Reglamento (CE) 883/2004²⁵¹, que trata de coordinar los sistemas aplicables de seguridad social dentro del marco de la libre circulación de personas.

Sin embargo, con independencia de la aplicación correspondiente en materia de seguridad social, la cuestión conceptual sobre los trabajadores fronterizos,

²⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de octubre de 1991 (TJCE 1991/277), Caso Faux, Apartados 10 y 12. Aunque es relativo al Reglamento 36/63 CEE, el reconocimiento sigue vivo, reflejándose en el Reglamento 1408/71, en su art. 71. a) ii), que “el trabajador fronterizo que se halle en paro total...”, no perdiendo por tanto tal condición en esta situación y a los efectos oportunos.

²⁵¹ Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (DOUE) de 30 de abril). Que define al trabajador fronterizo en su art. 1, f).

no solo no se ve actualizada, sino que se ve simplificada, definiendo como tal a “toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana”. De tal suerte, que ya no aparece incluida en la misma, ninguna mención sobre el trabajador fronterizo destacado, obviando la equiparación temporal que durante cuatro meses se hacía en la norma precedente que seguía considerando a estos trabajadores como fronterizos, pese a la falta de regreso diario o semanal.

Siguiendo el orden cronológico, todavía se llega a una mayor simplificación del concepto, cuando el Reglamento 589/2016 de la UE²⁵², sobre la red europea de servicios de empleo (EURES), el acceso a los servicios de movilidad por parte de los trabajadores e integración de los mercados de trabajo; considera como “trabajador fronterizo”: “el trabajador que realice una actividad por cuenta ajena en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que el trabajador en principio regrese a diario o al menos una vez por semana”.

Se llega por tanto al concepto más restrictivo de trabajador fronterizo en el que solo va a tener cabida el trabajador por cuenta ajena o asalariado, dejando al margen al trabajador por cuenta propia o autónomo, que hasta entonces se reconocía como fronterizo en las reglamentaciones precedentes. Bien es verdad, que se realiza a efectos de esta norma, sin que a priori pueda interferir en la definición dada anteriormente a efectos de prestaciones sociales; pero no lo es menos, que se hace en el marco de la libre circulación de trabajadores en lo que ha de ser un verdadero mercado único de trabajo europeo, y por tanto, con unificación de criterios a las hora de definir el elemento subjetivo del que ha de partir su posterior aplicación normativa.

3. Diferenciación con figuras afines

3.1. La distinción entre trabajador fronterizo y trabajador transfronterizo

La denominación utilizada en la normativa europea de “trabajador fronterizo”, para definir a las personas que atraviesan fronteras para trabajar y regresan posteriormente a su lugar de origen, no coincide con la mencionada en la legislación española para describir esta situación. De hecho, la ley de extranjería²⁵³

²⁵² Reglamento (UE) 2016/589 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de abril de 2016 relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 492/2011 y (UE) n° 1296/2013. Art. 3. 6), cuando define como “trabajador fronterizo”: el trabajador que realice una actividad por cuenta ajena (...). Dando una definición prácticamente idéntica a la del Reglamento 883/2004, con la única diferencia de haber quitado en este caso, la posibilidad de realizar una actividad por cuenta propia.

²⁵³ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Dedicó el título X, a los trabajadores transfronterizos, definiéndolo en su art. 182.

lo denomina como “trabajador transfronterizo”, definiéndolo como aquel “que haya sido autorizado para desarrollar actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español, residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regrese diariamente”.

Pero no solo parece una discrepancia literal, sino que efectivamente describen realidades diferentes, de hecho, ya en el ámbito temporal, la frecuencia prevista para el regreso del transfronterizo es solo de carácter diario, a diferencia de la previsión para el fronterizo que abarca también la de carácter semanal. Dicha previsión temporal conecta a su vez con el ámbito territorial, toda vez que en el caso de los transfronterizos, según la definición, tanto el lugar de desempeño del trabajo, como el lugar de residencia, han de estar situados en zonas fronterizas de Estados limítrofes. Cuestión en la que incide el legislador, cuando prevé como uno de los requisitos necesarios para poder obtener la autorización para trabajar en nuestro país, en el hecho de “residir en la zona fronteriza con territorio español de que se trate”²⁵⁴. No existe a este respecto la misma previsión territorial en la reglamentación europea para el caso de los trabajadores fronterizos, los cuales han de residir y trabajar en diferentes Estados miembros, sin más precisiones al respecto, dejando por tanto abierta la posibilidad que sean en zonas no necesariamente limítrofes.

Pero sobre todo, lo más significativo es precisamente, el hecho de que el trabajador transfronterizo necesite de una autorización previa para poder desarrollar la actividad en nuestro territorio, toda vez que para los ciudadanos de la UE rige el principio de libre circulación de trabajadores, y por tanto estarían exentos de dicha autorización. Lo cual nos lleva a concluir que en España la denominación utilizada ha de referirse a una realidad diferente, en el sentido de que con la expresión “trabajadores transfronterizos” se hablaría de trabajadores extracomunitarios, mientras que la expresión “trabajadores fronterizos” aludiría a los trabajadores comunitarios²⁵⁵.

3.2. Trabajador fronterizo y trabajador de temporada

Con independencia del tratamiento correspondiente a efectos de seguridad social, se define por el Reglamento (CEE) 1408/71 en términos parecidos al fronterizo, al trabajador de temporada, considerando como tal, a aquel trabajador que igualmente se desplaza de un Estado a otro para efectuar un trabajo, regresando al de residencia una vez finalice el mismo. Luego sin duda coincide con el trabajador fronterizo en cuanto al hecho de tener que cruzar la frontera de un país a otro por motivos de trabajo y el regreso posterior, pero a partir de aquí, existen notables diferencias, en cuanto a que, para los temporeros, el trabajo a efectuar ha de tener

²⁵⁴ Real Decreto 557/2011, art. 183.2. a) y b). 3º

²⁵⁵ CARRIL VÁZQUEZ, José Manuel. Tres apuntes sobre la regulación legal de los desplazamientos fronterizos en el Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Unión Europea y su impacto en el Derecho interno de los Estados miembros. 2009.

carácter estacional, y en cuanto a que, el regreso al lugar de residencia habitual no se da con carácter repetitivo, sino de una sola vez.

La figura del trabajador de temporada también es objeto de atención en la normativa española, concretamente en la conocida como Ley de extranjería que solicita al ejecutivo la regulación reglamentaria de la autorización de residencia y trabajo para los trabajadores extranjeros en actividades de temporada o campaña²⁵⁶. En dicha norma se perfilan ya, los rasgos más significativos de este supuesto, en el sentido de ir dirigido expresamente al personal extranjero, el cual ha de precisar de una autorización para poder trabajar, por tanto dejando al margen al personal comunitario, incluidos los trabajadores fronterizos, que no necesitan de este permiso.

Por otro lado, la exigencia de una autorización de residencia temporal, indica la permanencia necesaria por el periodo de tiempo que ha de durar el trabajo, con el límite máximo de nueve meses²⁵⁷; dejando claro que ha de ser un trabajo temporal de carácter estacional. Cuestión muy distinta a la prevista para los trabajadores fronterizos, los cuales pueden prolongar su actividad sin límite, de forma indefinida, siempre y cuando no permanezcan en lugar de trabajo más allá de una semana de manera continuada, toda vez que para estos trabajadores se exige el regreso reiterativo al territorio de residencia.

Se manifiesta por todo ello, la diferencia existente entre el trabajador fronterizo y el temporero, ya que este último necesita permiso de residencia y trabajo, permanece en el país mientras dura la campaña de trabajo, regresa al domicilio una sola vez al finalizar la temporada, tiene carácter cualitativamente temporal, y sobre todo por el hecho de ser realizado por trabajadores extranjeros no comunitarios.

3.3. Otros supuestos afines

Existen otras situaciones en las que también se da el movimiento de personas de un territorio a otro por razones de trabajo, y en los que al igual que en el caso de los trabajadores fronterizos, no coincide el Estado de residencia con el Estado de trabajo. Estos supuestos obedecen a panoramas bien distintos, que podemos agrupar en dos grandes bloques, por un lado las relaciones que se desarrollan en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, y por

²⁵⁶ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Conocida como Ley de Extranjería, en su art. 42, sobre régimen especial de los trabajadores de temporada, insta al Gobierno a reglamentar la autorización de residencia y trabajo de estos trabajadores extranjeros.

²⁵⁷ Real Decreto 557/2011. Que cumpliendo con el mandato previsto en la ley de extranjería, regula en su art. 98, el tema de la autorización de residencia y trabajo para ejercer actividades laborales por cuenta ajena de campaña o temporada, fijando en su apartado 3.a), la duración de dicha autorización, y estableciendo un límite máximo de nueve meses, dentro de un periodo de doce meses consecutivos.

otro, aquellas otras destinadas a ejercer un trabajo por cuenta ajena de duración determinada en otro país.

En cuanto a la prestación transnacional de servicios, supone en esencia, el desplazamiento de trabajadores que realizan las empresas para trabajar en otro Estado miembro distinto al que lo hacen normalmente, en lo que se considera como transnacionalización de las relaciones de trabajo²⁵⁸. Esta situación en el espacio europeo supone una manifestación más de la libre prestación de servicios que se prolonga para estos casos en la libre circulación de trabajadores, pero este tipo de prestaciones también puede afectar a trabajadores extranjeros provenientes de empresas no pertenecientes a la Unión Europea²⁵⁹.

Este supuesto de hecho coincide con el previsto para el caso del trabajador fronterizo en la existencia de dos territorios distintos, el de residencia habitual y el de trabajo; sin embargo a partir de aquí existen notables diferencias. De tal forma, que en el caso del trabajador desplazado de carácter transnacional, el trabajo habitual era el que se desempeñaba en el territorio de residencia, siendo el actual de carácter meramente transitorio, sin que suceda lo mismo en el caso del trabajador fronterizo, que su trabajo habitual coincide con el actual, que desempeña de forma no necesariamente temporal. Tampoco se da el regreso continuado propio del trabajador fronterizo, y donde además el vínculo laboral sigue existiendo con la empresa del territorio de origen, no así en el caso de los fronterizos. Por último, en cuanto al sujeto en sí, puede ser no solo ciudadano europeo como se regula para el trabajador fronterizo, sino también extracomunitario, eso sí, siempre y cuando en este último caso medie la pertinente autorización para su ejercicio, de residencia y trabajo.

El resto de supuestos afines serían aquellos que se integran en el bloque de los que van a ejercer un trabajo por cuenta ajena de duración determinada en otro país. En particular la normativa española contempla a los que se realizan como obras o servicios para ciertas actividades de: montaje, construcción o de instalación y mantenimiento; otros de carácter temporal de alta dirección, deportistas profesionales, artistas y otros posibles colectivos; y en su caso para formación o prácticas profesionales²⁶⁰.

Para este conjunto de supuestos sirve extender los mismos argumentos comparativos esgrimidos entre trabajadores fronterizos y de temporada, en el sentido de que para estos últimos y a diferencia de los primeros, se necesita permiso de residencia y trabajo, que no regresan al país de residencia habitual de forma reiterativa, que tienen carácter temporal y que quienes lo realizan son según la normativa trabajadores extranjeros, en el sentido ya aludido de extracomunitarios.

²⁵⁸ Directiva 96/71 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Traspuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

²⁵⁹ Real Decreto 557/2011, art.110.

²⁶⁰ Real Decreto 557/2011, art. 98.

4. Conclusiones

El derecho fundamental de carácter general a la libre circulación de trabajadores dentro del territorio de la Unión Europea, se manifiesta también como una parte representativa de los movimientos de personas de un Estado a otro por motivo de trabajo, con el reconocimiento de la figura del trabajador fronterizo. Este reconocimiento se ve plasmado en la reglamentación europea, sobre todo para ordenar cuestiones de prestaciones sociales referente a estos trabajadores en los distintos territorios que se vean afectados, ante lo cual se define el elemento subjetivo como parte fundamental sobre la que ha de girar toda esta normativa.

Sin embargo, la delimitación de este sujeto trabajador ha ido evolucionando en lo que parece ser una deriva legislativa, de un concepto integrador con inclusión de cualquier movimiento causado por una actividad profesional, e incluso con la equiparación de un supuesto inicialmente ajeno, hacía un concepto netamente restrictivo en cuanto a la única consideración como fronterizo, de los trabajadores por cuenta ajena sin más opciones ni equiparaciones. En cualquier caso, lo que sí se han mantenido han sido los mismos criterios territoriales y temporales, tratando de delimitar esta figura y sirviendo en gran medida como factores diferenciadores de otros supuestos afines, que al igual que en el caso de los fronterizos, originan movimientos migratorios de trabajadores. No quiere ello decir, que dichos criterios estén exentos de debate sobre su necesaria adaptación a los tiempos actuales, en lo que debe ser una nueva fórmula que dé respuesta a la verdadera realidad en la que se encuentran este tipo de trabajadores “inter- fronteras”.

De todo lo cual se desprende el uso de criterios diferentes según las necesidades normativas, sin haber conseguido establecer un concepto uniforme que sirviese como base delimitadora para ordenar las necesidades reales de estos trabajadores en todas las cuestiones en las que puedan verse afectados desde la perspectiva laboral, u otras que igualmente tuviesen alguna repercusión, como puede ser la materia fiscal. Por tanto hay que valorar la especial situación en la que se encuentran estos trabajadores con sometimiento a ordenamientos jurídicos diferentes según los territorios de origen y destino, que hacen aún más necesaria una definición uniforme y actualizada del trabajador fronterizo, que pueda ser aplicable a todos los ámbitos normativos en lo que viene siendo una demanda histórica²⁶¹, que conviene resolver para dar garantías de un verdadero ejercicio del derecho a la libre circulación de trabajadores en el espacio de la Unión Europea.

²⁶¹ Resolución de 28 de mayo de 1998, sobre la situación de los trabajadores fronterizos en la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea C195 de 22 de junio de 1998*. En el apartado 3 en el que se insta a formular una definición uniforme del trabajador fronterizo que sirva para distintos ámbitos y a la eliminación del criterio territorial.

SEGUNDA PONENCIA

LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y PROTECCIÓN SOCIAL

Juan Antonio Maldonado Molina
*Profesor Titular Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Granada

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

- 1.1. UN ESCENARIO CAMBIANTE. LA PROPUESTA DE REFORMA DE 13 DE DICIEMBRE DE 2016
- 1.2. LA COORDINACIÓN EN CIFRAS
 - 1.2.1. *Los datos europeos*
 - 1.2.2. *Los datos españoles*

2. CONVERGENCIA Y ARMONIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMUNITARIA LA COORDINACIÓN EN CIFRAS

3. DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE

4. PRINCIPIOS RECTORES

- 4.1. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO. LA RESIDENCIA Y DIRECTIVA 2004/38/CE COMO LÍMITE A LA IGUALDAD
 - 4.1.1. *Consideraciones generales*
 - 4.1.2. *El requisito de residencia habitual como límite a la igualdad. La Directiva 2004/38/CE y el derecho a la asistencia social.*
 - 4.1.3. *La Jurisprudencia del TJUE*

4.1.4. *La fallida Decisión del Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016*

4.1.5. *La propuesta de la Comisión de 13 de diciembre de 2016*

- 4.2. LA ASIMILACIÓN DE HECHOS O ACONTECIMIENTOS
- 4.3. TOTALIZACIÓN DE PERIODOS
- 4.4. NO ACUMULACIÓN DE PRESTACIONES
- 4.5. PRORRATEO DE LAS PRESTACIONES
- 4.6. EXPORTABILIDAD DE LAS PRESTACIONES

5. CAMPO DE APLICACIÓN

- 5.1. ÁMBITO TERRITORIAL
- 5.2. ÁMBITO SUBJETIVO
- 5.3. ÁMBITO OBJETIVO
 - 5.3.1. *La Asistencia Social*
 - 5.3.2. *Las prestaciones por dependencia*

6. LAS PRESTACIONES EN PARTICULAR

- 6.1. PRESTACIONES DE ENFERMEDAD, MATERNIDAD Y DE PATERNIDAD ASIMILADAS
- 6.2. INVALIDEZ
- 6.3. VEJEZ Y MUERTE
 - 6.3.1. *Consideraciones generales*
 - 6.3.2. *Solicitud de prestaciones*
 - 6.3.3. *Totalización de los periodos de seguro*
 - 6.3.4. *Base reguladora. La polémica integración de lagunas comunitarias*
- 6.4. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES
- 6.5. SUBSIDIOS POR DEFUNCIÓN
- 6.6. DESEMPLEO
- 6.7. PREJUBILACIÓN
- 6.8. PRESTACIONES FAMILIARES
- 6.9. PRESTACIONES ESPECIALES NO CONTRIBUTIVAS

7. LOS CONVENIOS BILATERALES

- 7.1. LA APLICACIÓN RESIDUAL DE LOS CONVENIOS BILATERALES
- 7.2. EFECTOS ENCADENADOS: CONVENIOS CON TERCEROS PAÍSES Y SUS IMPLICACIONES EN ORDEN A LOS REGLAMENTOS

8. PENSIONES COMPLEMENTARIAS

9. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

1.1. UN ESCENARIO CAMBIANTE. LA PROPUESTA DE REFORMA DE 13 DE DICIEMBRE DE 2016

El 16 de diciembre de 2016 se cumplen 58 años desde que se publicara el primer Reglamento comunitario dedicado a la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes: el Reglamento núm. 3, de 25 de septiembre de 1958 (DOCE de 16 de diciembre). En estos 58 años han tenido lugar muchos cambios en el panorama de la protección social de los migrantes: nuevos instrumentos normativos (el emblemático Reglamento 1408/71; y luego el 883/2004, en vigor desde 2010); y con un escenario mucho más complejo que el existente en los inicios.

Los factores de esta complejidad pueden clasificarse en dos categorías:

- Factores intrínsecos:
 - a) La ampliación de los ámbitos subjetivo y objetivo de los Reglamentos de coordinación
 - b) La dinámica de propia de los sistemas de protección social nacionales, que también han ido ampliando su campo de aplicación objetivo (protegiendo nuevas contingencias, como la dependencia, riesgo durante el embarazo, políticas activas de empleo, rentas asistenciales) y subjetivo (en el caso de los modelos bismarckianos- han ido extendiendo la cobertura más allá de los trabajadores).
- Factores extrínsecos:
 - a) Incorporación progresiva de más socios, ampliando el ámbito geográfico
 - b) Debilidad económica de los nuevos socios
 - c) Mayor movilidad no tanto por la identidad europea, sino por motivos económicos, de modo al igual que ocurriera en los cincuenta, sesenta y setenta, hay grandes flujos migratorios hacia los países más ricos, pero ahora a mayor escala

Nos encontramos en un momento crítico, en una encrucijada. Desde algunas instancias, quiere trasladarse la imagen de que los movimientos migratorios intracomunitarios están alcanzando unas dimensiones que pueden poner en peligro la sostenibilidad de los sistemas nacionales de protección social. El esquema inicial no estaba pensado para este volumen de migraciones, ni para una Europa tan desigual económicamente que motiva que los flujos migratorios sean tan importantes.

La migración comunitaria ¿realmente pone en riesgo la sostenibilidad de los sistemas de protección social nacionales?, los migrantes comunitarios ¿reciben más de lo que aportan?, ¿Tantos son?

Antes de dar unos datos, queremos adelantar que la Comisión Europea ya ha dado una respuesta a estas preguntas, al proponer una reforma restrictiva del Reglamento 883/2004, cuyo principio inspirador es la “equidad”. En efecto, el 13 de diciembre de 2016, la Comisión anunció una propuesta de reforma del Reglamento 883/2004²⁶², con una nota de prensa con la siguiente rúbrica: “La equidad, en el núcleo de la propuesta de la Comisión para actualizar las normas de la Unión en materia de coordinación de la seguridad social”. En ella se declara que se busca un equilibrio entre dos vectores: por un lado, facilitar los derechos; y por otro, luchar contra los riesgos de abuso o de fraude. La equidad se encuentra en que la carga financiera se reparta equitativamente entre los Estados miembros²⁶³.

Los cambios contemplados en la Propuesta de reforma del Reglamento 883/2004 COM(2016) 815 final son de una gran magnitud. Realmente, dejamos de ser iguales en materia de Seguridad Social (no solo en orden a la asistencia social), salvo que tengamos recursos económicos. Sintéticamente, y siguiendo los puntos enunciados en la nota de prensa, los principales cambios son:

1. Prestaciones de desempleo:
 - Podrán exportarse durante un período mínimo de seis meses, en lugar de los tres actuales.
 - En el caso de los trabajadores transfronterizos, la prestación la abonará el Estado miembro en el que hayan trabajado en los últimos doce meses
 - Los Estados miembros podrán exigir que se haya trabajado durante al menos tres meses para aplicar la coordinación
2. Prestaciones de larga duración (dependencia): Las regula en un Capítulo específico (fuera de la enfermedad), aclarando cuándo pueden los ciudadanos desplazados reclamar tales prestaciones.
3. Acceso de los ciudadanos económicamente inactivos a las prestaciones sociales (ojo, no solo la asistencia social: Tomando como base la jurisprudencia del TJUE, aclara que los Estados miembros pueden decidir no conceder prestaciones sociales a los ciudadanos desplazados económicamente inactivos.
4. Coordinación de la seguridad social en el caso de los trabajadores desplazados: Propone que se refuercen las disposiciones administrativas sobre coordinación en el caso de los trabajadores desplazados.

²⁶² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4301_es.htm.

²⁶³ “Establece una relación más estrecha entre el lugar en el que se abonan las cotizaciones y aquel en el que se solicitan las prestaciones, lo que garantiza una distribución equitativa de la carga financiera entre los Estados miembros”. La Comisaria de Empleo, Asuntos Sociales, Capacidades y Movilidad Laboral, Marianne Thyssen, justifica la reforma expresando que “Necesitamos la movilidad de los trabajadores para ayudar a restablecer el crecimiento económico y la competitividad. Pero la movilidad debe basarse en normas claras, justas y que se puedan hacer cumplir. De esto trata nuestra propuesta de actualización de las normas sobre seguridad social: protege la libre circulación y los derechos de los ciudadanos y refuerza al mismo tiempo los instrumentos necesarios para hacer frente a posibles abusos”.

Retomemos las preguntas que poníamos sobre la mesa, respecto de si el número de migraciones comunitarias haya aumentado hasta el punto de justificar un cambio de modelo.

1.2. LA COORDINACIÓN EN CIFRAS

Haremos un repaso de los datos más relevantes, aunque hay que advertir la enorme dificultad de cuantificar el coste financiero que generan los migrantes, tanto por los conceptos que se decidan incluir dentro de los beneficios sociales a los que se tenga derecho, como porque las aportaciones financieras que realicen. Lo que sí es más evidente es que el número de migraciones intracomunitarias ha multiplicado desde la incorporación en 2004 de los países del Este de Europa.

1.2.1 Los datos europeos

Desde algunas instancias, quiere trasladarse la imagen de que los movimientos migratorios intracomunitarios están alcanzando unas dimensiones tales que pueden poner en peligro la sostenibilidad de los sistemas nacionales de protección social, o que aquellos países que son receptores de mayores migrantes-comunitarios ven mermadas sus arcas y su solvencia, en definitiva.

Algunos autores sostienen que no es cierto que las migraciones de ciudadanos europeos generen un problema a la economía del país receptor. Me remito en este punto a un estudio publicado en 2014 por el Centro de Investigación y Análisis de Migración de la University College London²⁶⁴ (recogido en nuestro país por GARCÍA DE CORTAZAR), en el que se comprueba cómo la ciudadanía procedente de la UE tiene un impacto económico positivo en el Reino Unido²⁶⁵. Esto implica que, valorando los gastos en materia de educación que el Reino Unido habría tenido que soportar para formar a los licenciados de otros Estados Miembros que desarrollan su actividad laboral en el Reino Unido, las arcas públicas de la Administración británica se habrían ahorrado aproximadamente 8.000 millones de euros. Durante el período de 2001 a 2011, los inmigrantes europeos de la UE-15 aportaron el 64% más en impuestos de lo que reciben en beneficios y los inmigrantes

²⁶⁴ Escrito por Christian DUSTMAN y Tommaso FRATTINI, con el título «Yes, EU immigrants do have a positive impact on public finances», 5 de noviembre de 2014, <http://www.ucl.ac.uk/european-institute/highlights/2014-15/immigration>

²⁶⁵ GARCÍA DE CORTAZAR NEBREDA, C., “Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae Cameron dixit”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 3, 2015, pág. 44. Los datos revelan que los inmigrantes europeos:

- Contribuyeron entre 2001 y 2011 con más de 20.000 millones de libras (unos 25.000 millones de euros) a las finanzas públicas.
- Los que llegaron desde el año 2000 tienen un 43% menos de posibilidades que los nativos de recibir beneficios sociales y exenciones fiscales.
- Desde el año 2000, la media de los inmigrantes procedentes de los Estados miembros está más preparada que los nativos: el 62% de los inmigrantes de los originales 15 países de la UE tiene un título universitario frente al 24% de los británicos.
- Los inmigrantes procedentes de Europa Central y del Este (Bulgaria, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia y Rumanía) están ligeramente más capacitados que los nativos, ya que un 25% ha terminado la universidad.

de los países del Este de Europa contribuyeron en un 12% más de lo que recibieron. En cambio, en su conjunto, los ciudadanos británicos recibieron aproximadamente 800.000 millones de euros más de lo que aportaron fiscalmente en ese período de tiempo, como subraya GARCÍA DE CORTÁZAR.

En 2013, para tratar de contrarrestar los argumentos de los países que cuestionaban la sostenibilidad de la coordinación y solicitaban cambios, la Comisión Europea publicó unos datos en la Comunicación de la comisión “Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave”, COM(2013) 837 final, de 25 de noviembre de 2013, en la que se analiza el impacto de la movilidad en los sistemas de protección social de los Estados miembros de acogida. Y asevera lo siguiente: *“Hay datos concluyentes de que la mayoría de los ciudadanos de la UE que se desplazan a otro Estado miembro lo hacen para trabajar. Es más probable que desempeñen una actividad económica que el que se acojan a la protección social que los nacionales.”*, añadiendo que *“De hecho, el porcentaje de estos ciudadanos migrantes que reciben prestaciones sociales es relativamente bajo, comparado con los del propio Estado miembro y los no nacionales de la UE”*.

Curiosamente, en diciembre de 2016 la propia Comisión cambia de criterio, y es la que propone la reforma ante la dimensión que ha alcanzado las migraciones internas en la Unión Europea.

Los datos recogidos por Eurostat en 2016 indican que en 2015, en la UE28 más EEE había 37,7 millones de extranjeros, de los que el 45% tenían nacionalidad de otro Estado miembro. Y en 2014, migraron 3,8 millones, de los que 1,3 millones eran ciudadanos de un Estado miembro de la UE diferente de aquel al que emigraron.

¿A dónde emigran?

País	Núm.	% sus inmigrantes
Alemania	403.100	45%
Reino Unido	256.100	40%
España	93.500	31%
Francia	87.200	26%
Suiza	86.500	55%

Fuente: elaboración propia a partir de datos de Eurostat

¿De dónde vienen?

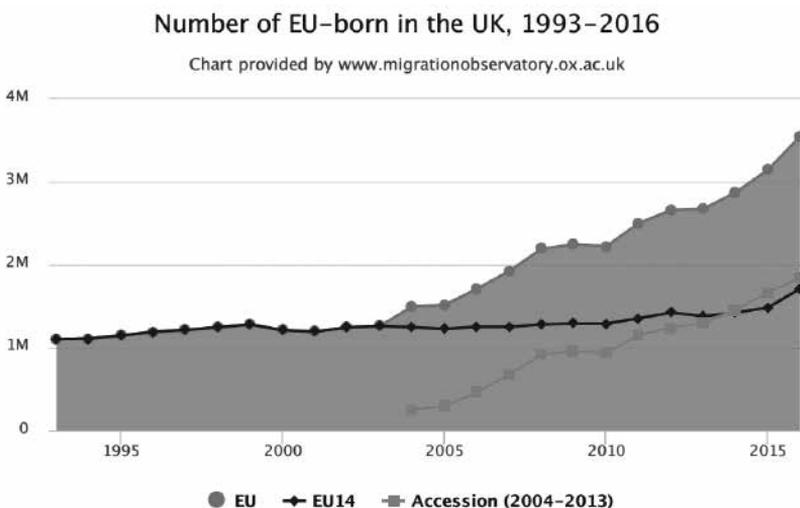
País	% total
Rumanía	18%
Polonia	15%
Italia	10%
Alemania	8%
Resto	49%

Fuente: elaboración propia a partir de datos de Eurostat

De 2004 a 2015, se ha duplicado el número de ciudadanos UE residentes en otro Estado miembro

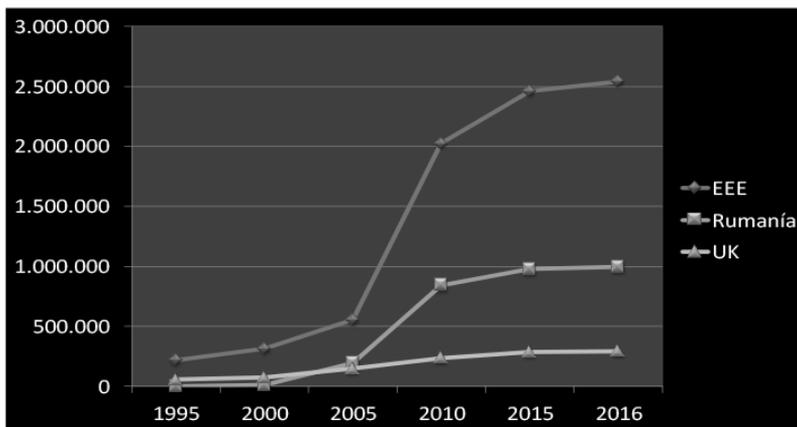
País	% total
2004	1,6%
2008	2,4%
2012	2,8%
2015	3,7%
Resto	49%

Los datos del Reino Unido reflejan un incremento notable debido a los migrantes de países incorporados en 2004. Esta tabla, del Observatorio de Migraciones de la Universidad de Oxford, refleja la incidencia de estas migraciones del Este:



1.2.2. Los datos españoles

En España también se constata una escalada similar a partir de 2005, sobre todo por la migración de ciudadanos de Rumanía, aunque el resto de las nacionalidades también ha aumentado



Fuente: Tabla de elaboración propia sobre datos anuales del Ministerio de Empleo <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/index.html>

AÑO	EEE	Rumanía	UK
1995	218.673	271	58.310
2000	311.219	10.983	73.983
2005	553.990	192.134	149.071
2010	2.027.682	839.339	232.750
2015	2.460.513	979.245	286.012
2016 (junio)	2.460.513	979.245	286.012

Fuente: Tabla de elaboración propia sobre datos anuales del Ministerio de Empleo <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/index.html>

Como vemos el número de rumanos ha pasado de 271 en 1995, a 993.909 en 2016. Y el de británicos, de 58.310 a 292.121. Pero ¿su perfil es muy diferente?. Y respecto de los rumanos, ¿cotizan en la misma proporción que el resto de los comunitarios residentes en nuestro país? La respuesta la podemos ver en la siguiente tabla, de elaboración propia:

Nacionalidad	16-65 años	Afiliados	%
ESPAÑA	27.296.596	16.046.898	58,79
RUMANÍA	870.491	313.177	35,98
ITALIA	207.671	86.425	41,62
UK	175.422	62.096	35,4
BULGARIA	163.653	55.564	33,95
PORTUGAL	131.939	45.467	34,46
ALEMANIA	113.848	40.160	35,27
FRANCIA	108.976	41.643	38,21

Si nos centramos en el número de personas cuyas prestaciones se han obtenido o calculado con los Reglamentos comunitarios en nuestro país es millonario²⁶⁶. Si nos ceñimos a las vigentes, a 31 de diciembre de 2015, había 698.183 personas que percibían del Sistema de Seguridad Social español una pensión tramitada conforme a las normas internacionales en la materia (convenios bilaterales, multilaterales o reglamentos comunitarios), de los que 521.143 corresponden a países bajo el campo de aplicación de los Reglamentos comunitarios²⁶⁷.

²⁶⁶ Ya hace veinte años los datos eran abrumadores. Según ROJAS CASTRO, el Reglamento 1408/1971 afecta «a cerca de 10 millones de españoles, entre trabajadores y familiares residentes en otros Estados miembros de la UE, emigrantes retornados y familiares en España (...). De los cerca de 200.000 trabajadores españoles afiliados a la Seguridad Social de Alemania a principio de los años 70, se ha reducido su número en 1998 a unos 55.000. Desde 1960 a 1997 han cotizado a la Seguridad Social de Alemania alrededor de medio millón de trabajadores españoles, número que, con los familiares hace que a más de un millón y medio de españoles interese saber sus derechos frente a la Seguridad Social de Alemania» («Pérdida de derechos migrantes por desconocimiento desde abajo y por discriminación desde arriba», en Instituto Europeo de Relaciones Industriales, *Problemática española de la Seguridad Social Europea*, Comares, Granada, 1999, págs. 173 y 174).

²⁶⁷ <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/218928.pdf>, PÁG. 149

Desglosadas por países, quedaría como sigue

Francia	231.260	Finlandia	450
Suiza	114.463	Irlanda	290
Alemania	66.703	Liechtenstein	236
Reino Unido	34.026	Lituania	197
Países Bajos	28.590	Checa, República	177
Bélgica	14.991	Grecia	145
Portugal	7.382	Hungría	112
Rumania	4.717	Eslovaquia	107
Italia	4.296	Letonia	31
Suecia	3.473	Islandia	28
Bulgaria	2.813	Eslovenia	16
Luxemburgo	1.624	Chipre	11
Polonia	1.392	Estonia	11
Dinamarca	1.349	Croacia	4
Noruega	1.321	Malta	2
Austria	926	TOTAL	521.143

Tabla de elaboración propia a partir de los datos recogidos en el Informe Estadístico 2015 del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Por otro lado, hay que recordar que, en el ámbito de la protección social, la libre circulación implica seguir percibiendo una prestación aunque cambies tu domicilio a otro país (la exportabilidad de las prestaciones), cosa que ocurre con 78.493 pensionistas a las que la Seguridad Social española les abona las prestaciones fuera de nuestro país:

Francia	36.640	Finlandia	211
Alemania	13.850	Checa, República	128
Portugal	5.120	Lituania	104
Suiza	5.110	Hungría	95
Reino Unido	4.031	Eslovaquia	88
Bélgica	4.022	Irlanda	80
Países Bajos	2.118	Grecia	58
Italia	1.675	Liechtenstein	11
Rumania	1.378	Malta	7
Suecia	947	Croacia	6
Bulgaria	853	Eslovenia	6
Polonia	831	Letonia	5
Austria	420	Chipre	4
Dinamarca	241	Islandia	4
Luxemburgo	231	Estonia	3
Noruega	216	TOTAL	78.493

Tabla de elaboración propia a partir de los datos recogidos en el Informe Estadístico 2015 del Instituto Nacional de la Seguridad Social

Este más de medio millón de beneficiarios no corresponde solo a situaciones pretéritas, de emigrantes que retornaron en los años ochenta y noventa, sino que, de forma constante, cada año hay entre sesenta mil y setenta mil nuevas altas de pensiones tramitadas conforme a los Reglamentos comunitarios en la materia. Los datos de los últimos trece años²⁶⁸ así lo dejan patente, reflejando una tendencia al alza en las pensiones de Muerte y Supervivencia e Incapacidad Permanente y un descenso de la jubilación, aunque en datos absolutos sigue habiendo un protagonismo claro de esta última.

AÑO	NÚMERO TOTAL	IP	Jubilación	MS
2015	61.173	6.516	38.627	16.030
2014	64.971	6.462	42.758	15.751
2013	67.908	6.194	46.276	15.438
2012	70.618	6.365	47.704	16.549
2011	75.118	5.799	53.438	15.881
2010	71.768	5.546	51.545	14.677
2009	77.911	5.824	56.133	15.954
2008	69.743	5.488	48.695	15.560
2007	61.195	4.652	42.048	14.495
2006	68.100	5.325	47.440	15.245
2005	68.906	5.946	47.837	15.123
2004	65.532	5.452	46.568	13.512
2003	70.312	4.886	51.469	13.977

Tabla de elaboración propia a partir de los datos recogidos en el Informe Estadístico 2015 del Instituto Nacional de la Seguridad Social

Esta cifra contrasta con las pensiones causadas mediante la aplicación de Convenios Bilaterales o Multilaterales, que son considerablemente menores.

AÑO	Número pensiones CONVENIOS BILATERALES	Número pensiones CONVENIOS MULTILATERALES
2015	8.835	2.617
2014	8.694	2.508
2013	8.851	2.127
2012	9.432	1.448
2011	10.114	101
2010	8.758	
2009	8.624	
2008	7.555	
2007	6.486	
2006	6.387	
2005	6.138	
2004	6.249	
2003	7.018	

Tabla de elaboración propia a partir de los datos recogidos en el Informe Estadístico 2015 del Instituto Nacional de la Seguridad Social

²⁶⁸ Los datos recogidos en las Memorias anuales del INSS recogidos en su web llegan hasta 2003.

2. CONVERGENCIA Y ARMONIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMUNITARIA

Es lugar común del estudio de la llamada Seguridad Social comunitaria, comenzar recordando el desigual desarrollo que ha tenido en su seno la armonización frente a la convergencia de los sistemas nacionales. Las competencias de la Unión Europea en materia de protección social han sido, desde el origen de la Comunidad, de las más limitadas, contemplándose únicamente como una faceta coadyuvante de la libre circulación de trabajadores. En efecto, es sobradamente conocido que el objetivo de la armonización no ha llegado a fijarse nunca en este campo, quedando limitado a la coordinación de los sistemas nacionales de protección social, preferentemente en lo referido a los derechos de los emigrantes²⁶⁹. El objetivo perseguido ha sido que los trabajadores pudieran transferir los derechos adquiridos en un Estado a otro.

No se trata simplemente de una falta de voluntad política comunitaria de armonización (que también), sino que existen grandes diferencias entre los sistemas de seguridad social de los Estados miembros, que se encuadran en modelos protectores cuyos principios son opuestos (*v.gr.*, modelos *beveridgeanos* y *bismarckianos*)²⁷⁰, modelos que, aunque han ido confluyendo en modelos mixtos, es claro que poseen en el plano técnico reglas tan dispares que una armonización encuentra grandes obstáculos²⁷¹. Y de hecho, cuando los Reglamentos comunitarios ampliaron su campo de aplicación a todos los ciudadanos de la Unión, y a incluir prestaciones no estrictamente profesionales, es cuando ha entrado en crisis la libre circulación en el ámbito de la protección social, como veremos con el análisis del principio de igualdad y el requisito de residencia.

Por ello, las enormes diferencias de modelos *bismarckianos* y *beveridgeanos*, han motivado tradicionalmente una imposibilidad de armonización y una enorme complejidad técnica de coordinación. Pero actualmente está sirviendo de argumento político para desarmar la coordinación de la Seguridad social de los emigrantes en Europa.

Aunque la coordinación es precisamente la que nos ocupa en estas Jornadas. Sin perjuicio de ello, no quería comenzar este análisis sin subrayar el impacto que

²⁶⁹ La convergencia atiende los aspectos protectores de la libre circulación, articulando procedimientos para coordinar la fragmentada vida laboral de los emigrantes. A ello responden los Reglamentos comunitarios sobre la Seguridad Social de los emigrantes, pudiendo rubricarse como una coordinación o convergencia técnica. De los numerosos estudios que plantean la cuestión, y que ponen de manifiesto cierta dificultad para diferenciar la armonización de la coordinación, véase una obra de 1975 que recoge las opiniones de la doctrina europea más solvente de aquel momento: DE LA VILLA GIL, L.E., *Armonización de la Seguridad Social en la C.E.E.*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1975.

²⁷⁰ Un análisis de la pervivencia de rasgos de estos dos modelos en Europa, en OJEDA AVILÉS, A., *El sistema común europeo de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 11 y ss.

²⁷¹ LAROQUE, M., «Coordination et convergence des systèmes de Sécurité Sociale des Etats membres de la C.E.E.», *Droit Social*, núm. 9/10, 1993, págs. 792 y ss.

en nuestro Sistema de Seguridad Social han tenido otros instrumentos comunitarios, que buscan la consecución de una “protección social adecuada en el seno de la Unión”²⁷².

Por un lado, hay que referirse al uso por parte de la Comisión de Recomendaciones y Comunicaciones para fijar objetivos comunes, con los que se sientan unas bases comunes de actuación. No se trata de facilitar el tránsito de trabajadores, ni simplemente armonizar las legislaciones, sino actuar sobre el fondo: inspirar unos sistemas de protección regidos por una misma filosofía: la de las reformas racionalizadoras de corte liberal. Las reformas de la Seguridad Social españolas han tenido como un punto de referencia en las recomendaciones comunitarias. Se trata de la racionalización elevada a estrategia comunitaria, o –si se quiere– una armonización al nivel mínimo²⁷³. Ejemplos en esta línea los tenemos con la fijación de la edad de jubilación²⁷⁴, la figura del factor de sostenibilidad, la ampliación de los períodos a tener en cuenta para el cálculo de las prestaciones, o las políticas sobre envejecimiento activo y sus consecuencias en orden a las pensiones.

Por otro, a través de Directivas sobre diversas materias, entre las que destacan las Directivas sobre Igualdad (en particular, la Directiva 2000/78/CE, sobre igualdad en materia de ocupación), que se han traducido en la eliminación de la jubilación forzosa, reglas para la seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial, maternidad/paternidad, compatibilidad del trabajo y la condición de pensionista. Todas ellas son figuras cuya regulación nacional es reflejo de tales Directivas o de pronunciamientos del TJUE.

Sentado lo anterior, pasemos al objeto de nuestra Ponencia, que es la Seguridad social de las personas que ejercen su derecho a la libre circulación, es decir, la movilidad transfronteriza dentro de la Unión Europea y sus consecuencias en orden a la protección social de esas personas.

El marco general de la coordinación está especialmente convulso desde el año 2004 (aunque más intensamente en 2011, año hasta el que se mantuvieron las restricciones para los socios incorporados en 2004), por la aprobación de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (la llamada “Directiva de ciudadanía”²⁷⁵, (coetánea con la adhesión de diez nuevos

²⁷² Este objetivo aparece recogido en los arts.151 y ss del TFUE, declarándose la competencia de la Unión para apoyar y completar la acción de los Estados miembros en esta materia (art. 153). Indica el art.153 que “las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo: no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste, y no impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados”.

²⁷³ PICCININNO, «L’armonizzazione sul piano comunitario dei sistemi di sicurezza sociale», *Il Diritto del Lavoro*, I, 1992, pág. 133; CHASSARD, Y., «Pour une convergence de politiques de Etats membres de la Communauté dans le domaine de la protection sociale», *DS*, núm. 2, 1991, pág. 162.

²⁷⁴ Cfr. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «La jubilación en el Derecho de la Unión Europea», en MONEREO PÉREZ y MALDONADO MOLINA (Dir.), *La Edad de Jubilación*, Comares, Granada, 2011.

²⁷⁵ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

Estados), y a raíz de las limitaciones que determinados países han introducido en sus derechos nacionales y que buscan controlar la coordinación de prestaciones asistenciales y de subsistencia para personas sin suficiencia económica, restricciones que han encontrado el apoyo en la jurisprudencia del TJUE, fundándose en el interés superior que supone garantizar la solvencia económica de los Sistemas nacionales de Seguridad Social.

Estas orientaciones restrictivas se asientan en la prevención del “turismo social”, pero en ocasiones enmascaran estrategias populistas, o sirven de coartada a estrategias políticas más amplias, como ha ocurrido con el Reino Unido y sus exigencias para ostentar trato especial y que finalmente ha desembocado en el abandono de la Unión (el *Brexit*).

Ciertamente, el escenario de la coordinación es mucho más complejo que el existente antes de 2004 (y de 2011, claramente). Los factores de esta complejidad son:

- La incorporación progresiva de más socios, ampliando el ámbito geográfico
- La dinámica de propia de los sistemas de protección social nacionales ha introducido una mayor complejidad, al aparecer nuevas contingencias protegidas (*v.gr.*, dependencia, riesgo durante el embarazo, políticas activas de empleo, rentas asistenciales)
- La confluencia de sistemas beveridgeanos/bismarckianos con sistemas mixtos, en los que concurren prestaciones contributivas con prestaciones asistenciales y universales
- Y una mayor movilidad, debida a la crisis económica y la adhesión de países económicamente más débiles.

3. DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE

El objetivo último de la Coordinación es dar seguridad al emigrante, para lo cual se opta porque sea sola una la legislación nacional aplicable, siendo solo un Estado el competente. Es el llamado principio de «unicidad normativa»²⁷⁶, conforme al cual las personas protegidas sólo estarán sometidas a la legislación de un Estado miembro (art. 11.1 Reglamento 883/2004). Para determinar cuál es éste, se aplican las siguientes normas generales (sin perjuicio del establecimiento de otras reglas particulares):

²⁷⁶ GÓMEZ MUÑOZ, J.M. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.T., «Bases del Sistema de Seguridad Social en la Unión Europea», en CRUZ VILLALÓN y PÉREZ DEL RÍO (Coord.), *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos-Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 2000., pág. 60.

- Como regla general, el trabajador que ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro estará sometido a la legislación de este Estado. Por tanto, rige la Ley del lugar de trabajo (*ius locis laboris*)²⁷⁷.
- El trabajador que ejerza su actividad a bordo de un buque que arbole el pabellón de un Estado miembro estará sometido a la legislación de dicho Estado.
- Los funcionarios estarán sometidos a la legislación del Estado miembro del que dependa la administración en la que trabajan.
- La persona que reciba una prestación de desempleo de conformidad con el artículo 65 en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia estará sujeta a la legislación de dicho Estado miembro;
- La persona llamada o vuelta a llamar al servicio militar o al servicio civil de un Estado miembro estará sometido a la legislación de dicho Estado.
- Cualquier otra persona que no entre en los supuestos anteriores, estará sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia, sin perjuicio de otras disposiciones contenidas en el presente Reglamento que le garanticen prestaciones en virtud de la legislación de uno o varios de los demás Estados miembros (artículo 11, apartado 3, letra e).

La finalidad de este último inciso no es sólo evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales a una situación determinada, sino también impedir que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del citado Reglamento se vean privadas de protección en materia de seguridad social, a falta de legislación que les resulte aplicable²⁷⁸

4. PRINCIPIOS RECTORES

El artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 201/01) (antiguo artículo 42 TCE) dispone que el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes:

- por un lado, la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas.

²⁷⁷ Sobre la determinación del lugar de empleo, vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1982, págs. 270-271.

²⁷⁸ En este sentido, ver STJUE de 19 de septiembre de 2013, C-140/12, asunto *Brey*.

- por otro, el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

De este modo, enuncia dos principios de cara a la concesión de las prestaciones y su cálculo (acumulación de períodos de seguro o residencia; y exportación de las prestaciones). Estos principios se completan con otros desarrollados por el Derecho derivado.

Todos ellos componen unas reglas básicas en orden a la coordinación de los sistemas nacionales de protección social de los Estados miembros, que rigen en las prestaciones contempladas por los Reglamentos comunitarios en la materia, y que se modalizan para cada una según el caso, debiendo ser aplicados por el “Estado competente” a estos efectos, como más adelante referiremos²⁷⁹. El sentido último de estas reglas es identificar a un solo Estado como responsable en caso de que una persona a lo largo de su vida haya estado bajo la cobertura de dos o más Estados miembros²⁸⁰.

4.1. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO. LA RESIDENCIA Y DIRECTIVA 2004/38/CE COMO LÍMITE A LA IGUALDAD

4.1.1. Consideraciones generales

Se trata de que un principio clave para que la libre circulación pueda efectuarse en verdaderas condiciones de libertad: sólo se es libre si no se contemplan penalizaciones por ostentar otra nacionalidad. No es un principio estrictamente técnico, sino una concreción de la igualdad de trato comunitaria.

En consecuencia, se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad, incluyendo tanto las discriminaciones directas como las indirectas o encubiertas. Un Estado no puede reservar prerrogativas para sus nacionales si los demás residentes se encuentran en igualdad de condiciones, esto es, acreditan el ejercicio de una actividad profesional. Cuestión distinta son las prestaciones especiales no contributivas, como más adelante indicaremos.

El artículo 4 del Reglamento 883/2004 define la igualdad de trato, señalando que las personas a las cuales se aplique el Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento.

²⁷⁹ *Vid. in extenso* GONZALO GONZÁLEZ, B., «El Reglamento 1408/71. Principios de ordenación», *Noticias C.E.E.* núm. 36, 1988; y SEMPERE NAVARRO, A.V., «Principios generales de la Seguridad Social Comunitaria», en AA.VV. *La Seguridad Social Internacional: Convenios bilaterales y Derecho Comunitario*. Madrid, C.G.P.J., 1994.

²⁸⁰ El artículo 11 Reglamento 883/2004, bajo la rúbrica de “Normas Generales”, y actuando como pórtico del Título II (Determinación de la Legislación aplicable), señala que “Las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro. Esta legislación será determinada con arreglo al presente título”.

De este precepto se infiere que la aplicación del principio de igualdad se realiza en las siguientes condiciones:

a) Se extiende a las “personas” a las que se aplique el Reglamento, no circunscribiéndose a los trabajadores. De esta forma, se benefician del principio de igualdad los nacionales y los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites, en los términos recogidos en el artículo 2 Reglamento 883/2004.

b) Se declara la igualdad de derechos, pero también de obligaciones. No se trata de privilegiar a los emigrantes, sino simplemente de evitar que sean discriminados. En consecuencia, deberán gozar del mismo trato que los nacionales. Si una norma nacional da un tratamiento desigual a algún régimen de trabajadores, no se puede alegar discriminación por el hecho de que el país de procedencia no aplique este trato desigual. Lo que prevalece es que se otorgue el mismo régimen que los nacionales, aunque sea menos favorable que el que le hubiera correspondido en su país de origen.

c) Exige la “residencia” en territorio de uno de los Estados miembros, de modo que será requisito previo el que el sujeto esté en el espacio territorial de aplicación del Reglamento, y que dicha residencia en el Estado de acogida se haya producido durante un determinado período de tiempo: deber ser residencia habitual²⁸¹. Este requisito está siendo clave para la denegación de prestaciones cuando la residencia no supera los tres meses, en concordancia con la Directiva 2004, que permite restringir las prestaciones de asistencia social a quienes no tengan la residencia permanente.

4.1.2. El requisito de residencia habitual como límite a la igualdad. La Directiva 2004/38/CE y el derecho a la asistencia social.

La Directiva 2004/38/CE, reconoce el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a residir en otro Estado miembro por un periodo de hasta tres meses sin estar sometidos a otra condición o formalidad que la de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos (art. 6.1). Y la libre circulación de trabajadores (conforme se contempla en el artículo 5 del Reglamento n° 492/2011)²⁸², incluye a los solicitantes de empleo y no exclusivamente a los trabajadores que ejercen ya una actividad laboral.

Ahora bien, a la par que se reconoce ese derecho de residir libremente hasta durante tres meses, también se exonera a los Estados de prestarles cobertura de “prestaciones de asistencia social” durante ese período de tiempo (artículo 24.2

²⁸¹ El Reglamento 883/2004 -en su versión modificada por el Reglamento (UE) n°1244/2010 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2010- dispone, en su artículo 1, titulado «Definiciones», que “Para los fines del presente Reglamento se entiende por: j) “residencia”: el lugar en que una persona reside habitualmente”.

²⁸² Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la unión (DOUE de 27 de mayo).

Directiva 2004/38/CE), sin que tampoco esté “obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias”. En consecuencia, pueden residir libremente durante ese tiempo, pero los Estados pueden denegarles toda prestación de asistencia social. El fundamento, tal y como se recoge en el Considerando 10 de la Directiva 2004/38, es que “Conviene [...] evitar que los beneficiarios del derecho de residencia se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante un primer período de estancia. Por ello, debe supeditarse a determinadas condiciones el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia por períodos superiores a tres meses”. Estas limitaciones pueden fijarse con carácter general, sin analizar la situación laboral o económica de la persona.

A partir del tercer mes, la Directiva 2004/38/CE también permite condicionar la residencia a no ser una carga excesiva para el Estado. En este caso, sí hay que analizar cada supuesto, considerando que no se es una carga cuando concurren una de las cuatro circunstancias siguientes: que sea trabajador (o asimilado)²⁸³; se disponga de recursos suficientes; se esté realizando estudios contando con un seguro de enfermedad; o sea familiar de un ciudadano de la Unión cumpliendo las condiciones anteriores (artículo 7.1 Directiva 2004/38). Es decir, el derecho a la residencia depende de que concurra alguna de estas circunstancias. Ello es importante por lo que más adelante indicaremos. Hay que precisar que el recurrir a la asistencia social no necesariamente implica convertirse en una carga excesiva, justificando una expulsión, sino que el artículo 14.3 aclara que recurrir a la asistencia social del Estado miembro de acogida de un ciudadano de la Unión o de un miembro de la su familia no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión, y en ningún caso procederá si quien recurre a ella es un trabajador ciudadano de la Unión, o un ciudadano que entró para buscar trabajo, sigue buscando empleo y tiene posibilidades reales de ser contratado (art. 14.4 Directiva 2004/38/CE).

Respecto del requisito de residencia habitual, recuérdese que nuestra LGSS, en su artículo 51.2 indica que “a efectos del mantenimiento del derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social, o a los complementos por mínimos, para cuya percepción se exija la residencia en territorio español, se entenderá que

²⁸³ El artículo 7.3 de la Directiva 2004/83/CE matiza aunque ya no ejerza ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, mantendrá la condición de trabajador en los siguientes casos: a) si sufre una incapacidad laboral temporal resultante de una enfermedad o accidente; b) si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo; c) si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. En este caso, la condición de trabajador se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses; d) si sigue una formación profesional. Salvo que se encuentre en situación de paro involuntario, el mantenimiento de la condición de trabajador exigirá que la formación guarde relación con el empleo previo.

el beneficiario tiene su residencia habitual en España aun cuando haya tenido estancias en el extranjero, siempre que éstas no superen los noventa días naturales a lo largo de cada año natural, o cuando la ausencia del territorio español este motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas”²⁸⁴.

Otra regla a tener en cuenta es que a la hora de valorar si una persona tiene o no recursos suficientes, ese importe no superará el límite de recursos establecido en el país para conceder la asistencia social o, en su defecto, el nivel de la pensión mínima de seguridad social pagada por el Estado miembro de acogida (art. 8.4). En consecuencia “los Estados miembros pueden señalar una determinada cantidad que sirve como cifra de referencia”²⁸⁵, “pero no pueden imponer un importe de ingresos mínimos por debajo del cual se presumirá que el interesado no dispone de recursos suficientes”²⁸⁶.

Resumiendo: el derecho de las personas económicamente no activas a residir en el Estado miembro de acogida depende de que dichas personas dispongan, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida, y de que dispongan de un seguro de enfermedad con cobertura total.

4.1.3. La Jurisprudencia del TJUE

En base a esta lógica, hay una relativamente reciente pero ya consolidada²⁸⁷ jurisprudencia del TJUE que permite a un Estado miembro denegar determinadas prestaciones sociales a los nacionales de otros Estados miembros durante los tres primeros meses de su estancia, sin que esa denegación presuponga un examen de la situación individual y específica del ciudadano en cuestión, en base a preservar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social nacional (ya que no puede condicionarse la residencia en esos tres meses a que cuenten con medios de subsistencia suficientes y con una cobertura médica personal). Las Sentencias en cuestión con las siguientes²⁸⁸:

- STJUE de 19 de septiembre de 2013, Brey, C-140/12, EU:C:2013:565

²⁸⁴ Este precepto tiene su origen en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014, que incorporó una nueva Disposición Adicional Sexagésima Quinta a la LGSS de 1994, pasando con el TR de 2015 a ser el artículo 51.2. Un completo análisis de las consecuencias de este precepto, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Aranzadi, 2015.

²⁸⁵ GUERRERO PADRÓN, T., «Alcance y articulación del principio de igualdad de trato respecto de las prestaciones de asistencia social», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2016, Vol. I, N° 1, pág. 80.

²⁸⁶ STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto C-140/12, *caso Brey*.

²⁸⁷ PANIZO ROBLES, J.A., «Otra vuelta de tuerca en contra de la Libre Circulación de los Ciudadanos de la Unión Europea. STJUE de 14 de junio de 2016, C-308/14, Comisión vs. Reino de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte», *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, junio 2016.

²⁸⁸ Un análisis detallado de las mismas en GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDAS, C., “Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae Cameron dixit”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 3, 2015, págs. 49 y ss.

- STJUE de 11 de noviembre de 2014, Dano C-333/13, EU:C:2014:2358²⁸⁹
- STJUE de 15 de septiembre de 2015, Alimanovic, C-64/14, EU:C:2015:597²⁹⁰
- STJUE de 25 de febrero de 2016, García-Nieto, C-299/14, EU:C:2016:114
- STJUE de 14 de junio de 2016, Comisión vs. Reino Unido, C-308/14 EU:C:2016:436

Hemos indicado que el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38/CE posibilita la denegación durante los tres primeros meses de las «prestaciones de asistencia social» y «ayudas de manutención» (en este caso, consistentes en becas y préstamos –incluidos los de formación profesional– a personas que no sean trabajadores o sus familiares). ¿Qué se viene entendiendo por tales prestaciones y ayudas? ¿solo se admiten restricciones para este tipo de ayudas? Son respuestas que podrían resolverse en sentidos diversos, porque para conseguir un consenso de intereses, la norma hace verdaderos “malabares jurídicos”, en palabras de SÁNCHEZ-URÁN, recurriendo a “abundantes conceptos jurídicos indeterminados, de expresiones y términos imprecisos”, disponiendo las legislaciones nacionales y el TJUE “de un amplio margen de apreciación”²⁹¹. Veamos la respuesta del TJUE.

En sus primeros pronunciamientos, el TJUE ha considerado como tales a las «prestaciones especiales en metálico no contributivas» (previstas en el artículo 70,2, del Reglamento 883/2004): casos *Brey* (2013, Estado competente Austria); *Dano* (2014, Estado competente Alemania); *Alimanovic* (2015, Alemania); y *García-Nieto* (2016, Alemania), cuestión poco controvertida porque el propio Reglamento 883/2004 les atribuye unas características tanto de Seguridad Social como de Asistencia Social.

Sin embargo, en la última Sentencia que se ha dictado al respecto, se trata de un supuesto distinto, tanto por la materia objeto de armonización (una prestación familiar), como por no acotarse a los tres primeros meses, así como por el requisito exigido por la legislación nacional (en este caso la británica), que es tener “derecho a la residencia” (es decir, residencial legal, no solo habitual).

En efecto, el relato de los hechos puede sintetizarse como sigue. La Comisión interpuso recurso por incumplimiento contra el Reino Unido por entender que la regulación británica era discriminatoria, dado que exigía para lucrar esta prestación

²⁸⁹ Sobre ella, PANIZO ROBLES, J.A., «¿Se acabó en Europa el “turismo social” o se resquebrajan los principios de libre circulación, igualdad de trato y solidaridad? (Con ocasión de la STJUE de 11 de noviembre de 2014)», *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, noviembre 2014; MIÑARRO YANINI, M., «Límites económicos a la libertad de circulación: ¿«sopa boba» o «solidaridad» para los comunitarios no nacionales? (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2014, asunto C-333/13)», *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 382, enero 2015; JIMÉNEZ BLANCO, P., «Derecho de residencia en la Unión Europea y turismo social», *La Ley Unión Europea*, núm. 22 enero/2015.

²⁹⁰ Sobre la problemática de los demandantes de empleo, comentando esta Sentencia, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Derecho comunitario y de residencia a las prestaciones de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE», *La Ley Unión Europea*, núm. 32, diciembre 2015.

²⁹¹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Derecho comunitario y de residencia a las prestaciones de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE», *op.cit.*, pág. 11.

un requisito adicional a los previstos en el artículo 14 de la Directiva 2004/38 (el tener “derecho a la residencia”), lo que “genera una discriminación directa por razón de la nacionalidad, habida cuenta de que se trata de un requisito que se aplica únicamente a los extranjeros, puesto que los nacionales británicos que residen en el Reino Unido lo cumplen automáticamente”.

El TJUE entiende que es cierto que hay discriminación, pero indirecta (cuestión que también admite el Reino Unido), aunque considera que este tipo de discriminación es admisible si es adecuada para garantizar la consecución de un objetivo legítimo. Y en este caso hay uno: “la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida justifica en principio la posibilidad de comprobar la regularidad de la residencia en el momento del reconocimiento de una prestación social, especialmente en el caso de las personas procedentes de otros Estados miembros y que no ejercen actividades económicas, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado”.

El TJUE da por buena la discriminación en base al derecho de residencia (con recursos, léase, que es la que puede pasar a ser legal) ya que lo contrario puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema. Junto a ello, considera que el Reglamento comunitario “no tiene por objeto determinar los requisitos materiales para que exista el derecho a las prestaciones de seguridad social. Corresponde, en principio, a la legislación de cada Estado miembro determinar tales requisitos”. Por tanto, del artículo 11 Reglamento 883/2004 no cabe deducir que “el Derecho de la Unión se oponga a una disposición nacional que supedita el derecho a obtener prestaciones sociales, tales como las prestaciones sociales controvertidas, a la circunstancia de que el solicitante goce de derecho de residencia legal en el Estado miembro de que se trate”.

Hay que subrayar que la admisión de ese requisito no se basa en que se trate de una prestación asistencial. Se trata de una prestación no contributiva, pero no es asistencial, ya que no se condiciona a un límite de rentas. Es universal, aunque los solicitantes de complementos familiares que dispongan de mayores ingresos están sujetos a la obligación tributaria de restituir un importe equivalente, como máximo, a los complementos percibidos. Y además no se ha declarado dentro del Anexo X, de forma que no se incardina dentro de las prestaciones especiales no contributivas. Es una prestación de Seguridad Social, no de Asistencia Social, y así lo declara el TJUE (apartado 60).

Para comprender el alcance de esta Sentencia (que para el TJUE realmente no lo tiene, al señalar que reitera la jurisprudencia anterior)²⁹², entiendo que hay

²⁹² Indica que “de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que nada se opone, en principio, a que la concesión de prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas esté supeditada a la exigencia de que éstos cumplan los requisitos para gozar del derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida (véanse, en este sentido, entre otras, las sentencias de 19 de septiembre de 2013, Brey, C-140/12, EU:C:2013:565, apartado 44, y de 11 de noviembre de 2014, Dano, C-333/13, EU:C:2014:2358, apartado 83)”.

que subrayar que con ella queda claro que una normativa nacional puede excluir la cobertura a los comunitarios que no sean residentes legalmente, considerando como “no residentes” a quienes no realizan una actividad económica.

Respetando el criterio del TJUE, y sus argumentos, entiendo que esto implica una marcha atrás en la filosofía de que la Seguridad Social no sea un obstáculo para la libre circulación de personas. Una cosa es luchar contra el turismo social; y otra recibir un tratamiento discriminatorio para una prestación de este tipo. Es evidente que nadie se desplaza a otro país con el objetivo de obtener una prestación familiar.

Si el Reglamento sobre coordinación de 2004 supuso un salto cualitativo al reconocer dentro de su campo de aplicación a todos los ciudadanos²⁹³, dado que (en palabras del propio TJUE) “su único objetivo es articular la coordinación (...) a fin de garantizar el ejercicio efectivo de la libre circulación de personas” (apartado 67 STJUE 14 de junio de 2016); esta interpretación respecto de las prestaciones de la Seguridad social es una regresión.

Hasta ahora las restricciones a la nacionalidad se situaban en el ámbito de la asistencia social. Dar el paso a la Seguridad Social puede implicar neutralizar la coordinación respecto de las prestaciones universales que son precisamente uno de los ámbitos donde el status de “ciudadano” se ve cubierto frente al de “trabajador” (o asimilado), que –en principio- nunca sería una carga, por realizar una actividad económica (aunque en ocasiones esa actividad económica no impida que sea una carga para el Sistema). En conclusión, esto supone abrir una puerta a que la protección social comunitaria retorne al punto anterior al Reglamento de 2004, en el que la coordinación solo se concebía para los trabajadores o asimilados.

Hemos enumerado las Sentencias que hasta la fecha se han apoyado en la Directiva 2004/38/CE para admitir limitaciones en la cobertura por asistencia social, clasificándolas según el tipo de prestación (todas prestaciones de asistencia social-prestaciones especiales no contributivas-; salvo la de 14 de junio de 2016, que es una prestación familiar –Seguridad Socia-). Junto a esta perspectiva “objetiva”, hay otra muy elocuente a la hora de clasificarlas, y es la “subjética”, para la cual seguimos la estructura propuesta por SÁNCHEZ-URÁN²⁹⁴:

- 1- Demandante de empleo (potencial trabajador en el Estado de acogida en el que busca efectivamente empleo), distinguiendo a su vez
 - a. Demandante de primer empleo en el Estado de acogida, al que se traslada con la finalidad de buscar activamente empleo: Caso *García-Nieto y otros*
 - b. Desempleado y demandante de empleo: Caso *Alimanovic*

²⁹³ Con el Reglamento 883/2004 se “deslaboraliza por completo el ámbito aplicativo, al desaparecer la alusión a trabajadores (por cuenta propia o ajena) o al motivo que provoca la intervención de varios ordenamientos nacionales” (SEMPERE NAVARRO, A.V., «Coordenadas de la Seguridad Social comunitaria: el Reglamento 883/2004», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num.9/2004).

²⁹⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Derecho comunitario y de residencia a las prestaciones de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE», *op. cit.*, págs. 21 y 22 .

2- Ciudadano que no busca empleo en el Estado de acogida por motivos muy diferentes:

a. Ciudadano que se traslada al Estado de acogida con el único motivo de lograr los beneficios de la asistencia social de ese Estado: Caso *Dano*

b. Ciudadano que se traslada al Estado de acogida por otras circunstancias diferentes a la búsqueda de empleo o por obtener esos beneficios, por ejemplo, pensionistas del Estado de origen que se traslada al otro Estado y solicita prestaciones complementarias: Caso *Brey*

3- Trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia (con medios suficientes de vida): Caso *Vatsouras y Koupatantze*

4.1.4. La fallida Decisión del Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016

Lo anteriormente expuesto debe contextualizarse con los nuevos aires restrictivos que corrían en los últimos tiempos en la Unión (impulsados sobre todo por el Reino Unido), de admitir límites en la protección social de los ciudadanos que se desplacen a otro país de la Unión sin ejercer actividades económicas, o incluso sin una oferta de empleo previa, lo cual dejaría el ámbito de la libre circulación a la esfera laboral o educativa (o turística para corta duración).

En efecto, el Reino Unido venía planteando desde 28 de noviembre 2014²⁹⁵ la necesidad de adecuar la coordinación de protección social en función de los modelos de Seguridad Social, ya que entendía que los modelos *beveridgeanos* veían peligrar su equilibrio financiero antes los masivos flujos migratorios que provenían de otros países de la Unión²⁹⁶. Y se insertaba dentro de una estrategia de redefinición de las relaciones con la Unión Europea, cuyo colofón era el Referéndum sobre la salida británica de la Unión Europea (el conocido como *Brexit*). En el ámbito que nos ocupa, una de las exigencias británicas era que los trabajadores migrantes debieran tener una oferta de trabajo antes de desplazarse al Reino Unido, exigencia que chocaba con el artículo 20 TFUE, la Directiva 2004/38/CE y el Reglamento 492/2011²⁹⁷, y que se limitara la estancia de los solicitantes de empleo hasta un máximo de seis meses en caso de que no encuentren trabajo en dicho período.

Pues bien, el Consejo Europeo hizo importantes concesiones. Así, el 7 de diciembre de 2015, el Presidente del Consejo Europeo (Donald Tusk) dirigió una carta al Consejo, en la que literalmente indicó que “hemos de superar las sustanciales diferencias políticas que aún mantenemos sobre la cuestión de las prestaciones sociales y la libre circulación”²⁹⁸. De este modo, la protección social y

²⁹⁵ Sobre el planteamiento británico, GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDAS, C., «Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae Cameron dixit?», *Revista de Seguridad Social*, núm. 3, 2015, págs. 36 y ss.

²⁹⁶ GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDAS, C., «Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae Cameron dixit?», *op. cit.*, pág. 43.

²⁹⁷ Un análisis de la colisión de las demandas británicas contra las normas comunitarias, en GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDAS, C., «Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae Cameron dixit?», *op. cit.*, págs. 37-39.

²⁹⁸ <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/uk/2016-uk-settlement-process-timeline/>.

su relación con la libre circulación se situaba en el Agenda de la nueva relación con el Reino Unido, con objeto de evitar su salida de la Unión²⁹⁹.

Estas concesiones se concretaron en el Consejo del 18 y 18 de febrero, en el que reforzó la “situación especial del Reino Unido en la UE”, con la inclusión de una Decisión que se calificaba como “jurídicamente vinculante e irreversible”, recogida en el Anexo I de las Conclusiones del Consejo Europeo. En lo que nos atañe, en la Sección D con la rúbrica de “Prestaciones Sociales y Libre Circulación”.

Parte de que la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión tiene un obstáculo en el hecho de que los sistemas de seguridad social de los Estados miembros, “están estructurados de manera diversa, y esto puede por sí mismo atraer a trabajadores de determinados Estados miembros. Es legítimo tener en cuenta esta situación y contemplar, tanto a escala de la Unión como nacional, y sin crear discriminaciones directas o indirectas injustificadas, medidas que limiten los flujos de trabajadores de una escala tal que generen efectos negativos tanto para los Estados miembros de origen como para los de destino”. Por ello, declara que la coordinación siempre debe tener en cuenta “que los Estados miembros tienen derecho a definir los principios fundamentales de sus sistemas de seguridad social y disfrutan de un amplio margen discrecional para determinar y ejecutar sus políticas sociales y de empleo, incluido el establecimiento de condiciones para el acceso a las prestaciones sociales”.

Apoyándose en la jurisprudencia del TJUE, se declara que estas limitaciones encuentran su fundamento en “el riesgo de poner en peligro gravemente la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social”, por lo que es legítimo imponer condiciones en relación con determinadas prestaciones para velar por la existencia de un vínculo real y efectivo entre la persona afectada y el mercado laboral del Estado miembro de acogida.

A continuación, la Decisión recoge el supuesto de hecho que –en ese momento– estaba *sub iudice*³⁰⁰ y que se resolvería en la comentada STJUE de 14 de junio de 2016: “Los Estados miembros pueden rechazar peticiones de asistencia social formuladas por ciudadanos de otros Estados miembros que no disfruten de un derecho de residencia o que tengan autorización de residir en su territorio únicamente para buscar empleo”³⁰¹.

El Consejo Europeo no se limitó a hacer estas consideraciones generales, sino que encarga a la Comisión reformar dos Reglamentos comunitarios: uno, el

²⁹⁹ En su reunión de diciembre de 2015, el Consejo Europeo se propuso “hallar soluciones satisfactorias para todas las partes en cuatro ámbitos de interés”: competitividad; gobernanza económica; soberanía; y prestaciones de la seguridad social y libre circulación.

³⁰⁰ Pero el recurso se había interpuesto por la Comisión contra Reino Unido el 27 de junio de 2014.

³⁰¹ Se añade que “Esta posibilidad incluye las peticiones de ciudadanos de la UE procedentes de otros Estados miembros de recibir prestaciones cuya función predominante sea cubrir los costes mínimos de subsistencia, incluso si dichas prestaciones están previstas también para facilitar el acceso al mercado de trabajo en los Estados miembros de acogida”.

883/2004; y otro, el 492/2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

- a) Propuesta de modificación del Reglamento (UE) n.º 883/2004 en lo relativo al importe a exportar en caso prestaciones por hijo a cargo.

Cabría la posibilidad de indexar las prestaciones por hijos en caso de exportación de a un Estado miembro distinto de aquel en el que reside el trabajador, en función de las condiciones del Estado miembro en el que reside el niño. Esta medida solo se aplicaría a nuevas peticiones formuladas por trabajadores de la UE en el Estado miembro de acogida. Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2020, todos los Estados miembros podrán hacer extensiva la indexación a peticiones existentes de prestaciones por hijos ya exportadas por trabajadores de la UE. Y ante la duda de si esto puede suponer abrir la puerta a un sistema de indexación generalizado, aclara que “No es intención de la Comisión proponer que el futuro sistema de indexación facultativa de las prestaciones por hijo se haga extensivo a otras prestaciones exportables, como las pensiones de jubilación”.

- b) Propuesta modificación del Reglamento (UE) n.º 492/2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, para que incluya mecanismos para restringir el acceso a las prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional ante situaciones de flujos migratorios excepcionales. Esta limitación podría extenderse hasta cuatro años a contar desde el inicio del empleo³⁰².

La Decisión recogía una advertencia, por lo demás obvia pero que deja a las claras lo que hubieran representado estas medidas, y es que estas modificaciones “no deberían dar lugar a que los trabajadores de la UE reciban un trato menos favorable que los nacionales de terceros países en situación comparable”.

Sin embargo, como de todos es sabido, el 23 de junio de 2016, el pueblo británico vota a favor de la salida de la Unión. Pues bien, el 24 de junio, tiene lugar una Declaración conjunta de los dirigentes de la UE y la Presidencia neerlandesa sobre el resultado del referéndum del Reino Unido, en la que señalan que «Según lo convenido, el “Nuevo régimen del Reino Unido en la Unión Europea”, acordado en el Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016, no entrará en vigor y dejará de existir. No habrá renegociaciones».

El “*Brexit*” se ha acogido como una mala noticia para la Unión. Pero analizando lo que hubiera supuesto en orden a la seguridad social de los emigrantes, quizá pareciera una oportunidad para evitar que las reglas restrictivas se hubieran ido contagiando de un país a otro. Sin embargo, en diciembre de 2016 ha quedado claro que no es así. El Reino Unido no es el único país que temeroso por el impacto de las

³⁰² La limitación debería ser gradual, pasando de una exclusión inicial completa a un acceso progresivo a estas prestaciones para tener en cuenta la relación cada vez más sólida del trabajador con el mercado laboral del Estado miembro de acogida. La autorización tendría una duración limitada y se aplicaría durante un periodo de 7 años a los trabajadores de la UE que lleguen por primera vez.

migraciones comunitarias ha presionado por una política restrictiva, como veremos a continuación.

4.1.5. La propuesta de la Comisión de 13 de diciembre de 2016

Como hemos visto en la introducción, el 13 de diciembre de 2016, la Comisión presentó una propuesta de modificación del Reglamento 883/2004, en la que opta por limitar la coordinación de los derechos en materia de Seguridad Social a las personas que tengan derecho a la residencia. Quedan fuera de la coordinación los ciudadanos económicamente inactivos, que son aquellos que no están trabajando o buscando empleo activamente y no tienen el derecho de residencia legal en su territorio.

Si se trata de persona en búsqueda de empleo, no se le limitará a efectos de Seguridad Social (pero sí de asistencia social)

Por tanto, condiciona la cobertura de Seguridad Social a tener derecho a la residencia. Y a su vez, el derecho a la residencia se condiciona a que dispongan de medios de subsistencia (que les impongan una carga fiscal) y una cobertura sanitaria completa.

Se estima que la población de ciudadanos desplazados económicamente inactivos es de 3,7 millones. Casi el 80% de ellos obtienen derechos (derechos de residencia y / o derechos a prestaciones).

Respecto de qué prestaciones quedan exceptuadas de la igualdad, el nuevo Artículo 4 precisa que el Estado de acogida puede condicionar el principio de igualdad de trato a los migrantes comunitarios económicamente inactivos en relación con el acceso a las PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL en función de la obligación de residencia legal establecida en la Directiva 2004/38 / CE. Y se apoya en el TJUE, que “ha declarado que los Estados miembros pueden condicionar el acceso de los ciudadanos económicamente inactivos del Estado miembro de acogida a las prestaciones de seguridad social, que no constituyen asistencia social en el sentido de la Directiva 2004/38/CE, a un derecho de residencia legal en el sentido de dicha Directiva”

Por tanto, “Codifica” la jurisprudencia del TJUE

Hay líneas rojas. En concreto, el Considerando 5c precisa que “Sin perjuicio de las limitaciones al derecho a la igualdad de trato de las personas económicamente inactivas (...) ninguna disposición del presente Reglamento debe restringir los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales Derechos de la Unión Europea, en particular:

- el derecho a la dignidad humana (artículo 1)
- el derecho a la vida (artículo 2)
- y el derecho a la asistencia sanitaria (artículo 35)”

4.2 LA ASIMILACIÓN DE HECHOS O ACONTECIMIENTOS

Aunque el Estado competente será el que aplique su propia normativa nacional, partirá de lo que se haya reconocido al afectado como tiempo de seguro, empleo o residencia. Ahora bien, ello no significa que solo se tengan en cuenta esos períodos si el Estado donde los acreditó les reconoce eficacia en orden a su carrera de seguro, sino que adicionalmente el artículo 5 declara la asimilación de hechos o acontecimientos.

Esta asimilación, en el sentido de que si la legislación del Estado miembro competente atribuye efectos jurídicos bien a ser beneficiario de una prestación, o a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado los tendrá en cuenta. Este principio tiene dos manifestaciones (artículo 5 Reglamento 883/2004):

- a) si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, el disfrute de prestaciones de Seguridad Social o de otros ingresos produce determinados efectos jurídicos, las disposiciones de que se trate de dicha legislación serán igualmente aplicables en caso de disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos adquiridos en el territorio de otro Estado miembro;
- b) si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio.

Trasladando este principio a nuestro Derecho de la Seguridad Social, la Administración española de la Seguridad Social deberá:

- considerar como situación asimilada a la de alta la percepción de una pensión de vejez, invalidez o supervivencia de otro Estado, en orden a las prestaciones españolas que lo requieran.
- aplicar la doctrina del paréntesis en los períodos de carencia cualificados, cuando nos encontremos ante el perceptor de una prestación causada fuera de España durante la cual no hay obligación de cotizar.
- Tener en cuenta las diversas situaciones laborales que determinan la modalidad de jubilación aplicable en España, como por ejemplo:
 - La inclusión del trabajador en el mutualismo laboral si realizó una actividad en otro Estado antes de 1 de enero de 1967³⁰³.

³⁰³ Es irrelevante que dichos períodos no puedan ser situados cronológicamente (pese al riesgo de que podrían superponerse a los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación de otro Estado miembro), ya que –como declara el TJUE– cuando no se puede determinar de modo preciso en qué época se han cubierto ciertos períodos de seguro o de residencia bajo la legislación de un Estado miembro, se da por supuesto que esos períodos no se superponen a los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro y se tienen en cuenta en la medida en que sea útil computarlos (STJUE de 3 de octubre de 2002, *Barreira Pérez*, C-347/00, EU:C:2002:560).

- En orden al adelanto de la edad de jubilación por actividades penosas, tóxicas o insalubres, así como discapacidad, considerar tales actividades como si se hubiesen realizado en España³⁰⁴.
- Para la determinación de la normativa aplicable para la jubilación española (la anterior o posterior a la Ley 27/2011), tener en consideración si se mantuvo la cotización después de 1 de abril de 2013.
- Atender a la causa del cese del trabajo en otro Estado (voluntario o por causa económica), en orden al acceso a la jubilación anticipada en nuestro país.
- Para el período de carencia de la jubilación española, considerar como cotizados 112 días por nacimiento de hijo en caso de mujer que no trabajara en el momento del parto.

Si la percepción en España de una prestación es incompatible con el trabajo (jubilación, incapacidad permanente, incapacidad temporal) o con la percepción de determinadas prestaciones (desempleo por pensionistas de jubilación, pensiones por los de favor familiar, etc.), o determinados ingresos (orfandad si tiene más de 18 años; complementos por mínimos; pensiones no contributivas, etc.), el trabajo, las prestaciones y/o los ingresos desarrollados u obtenidos en otro Estado tendrán los mismos efectos que se hubieran desarrollado u obtenido en España.

Para la aplicación del complemento por maternidad en las pensiones de jubilación, IP o viudedad (artículo 60 LGSS), se computarán los hijos nacidos con independencia de que sea en España u otro país.

En todo caso, computan tanto los periodos de seguro reales como los asimilados. Se tienen en consideración, no sólo los periodos de seguro obligatorios, sino también los asimilados a periodos de seguro y los periodos de seguro voluntarios y facultativos continuados (aquellos para los que se exige cotización previa). Los periodos asimilados por parto o beneficio de cuidado de menores, sólo se aplicarán si existen periodos no asegurados en ningún Estado Miembro.

Del mismo modo, los periodos que en España se consideran cotizados (o por los que se cotiza aunque no haya actividad), deben ser tenidos en cuenta por los demás sistemas nacionales. Al respecto, recordar la problemática que hubo respecto del

³⁰⁴ En este sentido, referidas a jubilaciones en el Régimen Especial del Mar, se ha pronunciado con frecuencia el TS: SSTS de 17 de julio de 2007; 23 de octubre de 2007, 6 de noviembre de 2007; 11 de diciembre de 2007; 3 de junio de 2008; 26 de junio de 2008; 14 de mayo de 2008; 18 de julio de 2008; 30 de septiembre de 2008; 5 de noviembre de 2008; 16 de septiembre de 2011; 29 de febrero de 2012.

En relación al Régimen Especial de la Minería, ver SSTS de 11 de febrero de 2015 (RJ 2015\785), 27 de mayo de 2015 (RJ 2015\3149), 23 de junio de 2016 (RJ 2016\2962); y SSTJCE de 18 de febrero de 1992, *Di Prinzio/Office national des pensions*, C-5/91, EU:C:1992:76; 11 de junio de 1992, *Office national des pensions / Di Crescenzo and Casagrande*, C-90/91 y C-91/91, EU:C:1992:258; 15 de diciembre de 1993, *Fabrizii y otros/Office national des pensions*, C-113-92, EU:C:1993:930.

reconocimiento como cotizado del período correspondiente al cobro del desempleo contributivo español respecto de las jubilaciones anticipadas alemanas³⁰⁵.

En caso de que un Ordenamiento nacional atribuya períodos de cotización ficticios, y no se pueda determinar de modo preciso en qué época se han cubierto, se dará por supuesto que esos períodos no se superponen a los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro, y se tendrán en cuenta en la medida en que sea útil computarlos³⁰⁶.

4.3. TOTALIZACIÓN DE PERIODOS

Conforme a este principio -recogido en el artículo 6 Reglamento 883/2004- los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de un Estado miembro se tendrán en cuenta en todos los demás Estados miembros si éstos los requieren conforme a su legislación nacional.

Esta acumulación de los períodos cotizados solo se aplica si la legislación nacional exige un período mínimo para el nacimiento del derecho (asegurado, de empleo o de residencia), o si la duración de esa “carrera” de seguro incide en otros elementos, como pudiera ser la cuantía o la duración de la cobertura. Esta acumulación se realiza solo cuando sea necesario y a condición de que no se superpongan, como precisa el artículo 12.2 Reglamento 987/2009. Con esta última regla, se impide que las cotizaciones que dan derecho a una prestación puedan servir para generar otra³⁰⁷.

El artículo 1, en sus letras t), u) y v) aclara qué se entiende por períodos de seguro, empleo y residencia, remitiéndose a como se definan o admitan por la legislación nacional bajo la cual hayan sido cubiertos, así como los períodos asimilados y reconocidos como equivalentes por dicha legislación, por lo que hay que estar a la legislación de cada país en el que se acrediten tales períodos.

4.4. NO ACUMULACIÓN DE PRESTACIONES

Es decir, la prohibición de dobles prestaciones. Hemos indicado que deben tenerse en cuenta todos los períodos de seguro, empleo o residencia, totalizándose. Sin embargo, esto no puede llevar a obtener más de una prestación por período asegurado seguro. Por tanto, no se puede computar un mismo período para varias

³⁰⁵ En general, véase ROJAS CASTRO, M., «Historia de una duda germano-comunitaria. Equiparación del año de paro en España para cumplir un requisito de la pensión alemana de jubilación anticipada», Revista *Aranzadi Social* num.3/2006.

³⁰⁶ Artículo 12.6 del Reglamento (CE) núm. 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009. En este sentido, la STJUE de 3 de octubre de 2002, *Barreira Pérez*, C-347/00, EU:C:2002:560, indica que la Seguridad Social española debe aplicar las bonificaciones para los afiliados antes de 1967 pese a que no se pueda determinar con precisión el período al que corresponda.

³⁰⁷ LÓPEZ LÓPEZ, J., *Seguridad Social Comunitaria y Jurisprudencia Española*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 80.

prestaciones de la misma naturaleza (artículo 10 Reglamento 883/2004), que de este modo devienen incompatibles.

En relación con este principio hay que hacer algunas precisiones. Hemos indicado que se prohíbe acumular prestaciones de la misma naturaleza, por lo que, *sensu contrario*, se admite acumular prestaciones de distinta naturaleza, aunque para obtener cada una se haya recurrido a los mismos períodos temporales (o de la misma naturaleza pero de distinto período)³⁰⁸. Para determinar si dos prestaciones ostentan la misma naturaleza hay que estar al caso particular, aunque suele atenderse al objetivo al que responden³⁰⁹. Ahora bien, el que en el plano comunitario se posibilite acumular dos prestaciones por tener distinta naturaleza no implica que la legislación nacional correspondiente lo admita automáticamente.

En caso de superposición de periodos en otros Estados miembros, prevalecerán los obligatorios sobre los voluntarios y éstos sobre los asimilados³¹⁰. Cuando no se pueda determinar el momento en que se cumplieron los periodos de seguro o residencia, se dará por supuesto que no se superponen si se pueden situar de forma que favorezca al interesado de manera razonablemente factible (entre la fecha legal de inicio de la actividad laboral y la del hecho causante). Como excepción, cabe la posibilidad de doble aseguramiento obligatorio y voluntario a los exclusivos efectos de pensiones de jubilación, incapacidad permanente o supervivencia.

Lógicamente, el artículo 10 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que una persona no puede disponer simultáneamente de dos lugares de residencia habitual en el territorio de dos Estados miembros distintos. Si procediesen dos prestaciones por el mismo período, el importe de la pensión percibida en el primer Estado miembro puede ser objeto de reducción con el límite del importe de las prestaciones percibidas en el otro Estado miembro en virtud de la aplicación de una posible norma nacional que prohíba la acumulación³¹¹.

Aunque los Reglamentos comunitarios autorizan la aplicación de estas reglas nacionales de no acumulación (especialmente cuando se trata de las prestaciones de larga duración, es decir, de pensiones), introducen ciertos mecanismos correctores para hacer más uniforme la diversidad de estas reglas nacionales³¹². Así, en caso de acumulación de prestaciones de la misma naturaleza, las cláusulas de reducción previstas en una legislación nacional no son aplicables a una prestación calculada

³⁰⁸ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., «Las normas comunitarias en materia de Seguridad Social», *Revista de Treball*, núm. 18, 1992

³⁰⁹ La jurisprudencia del TJUE considera que son de la misma naturaleza cuando su objeto y finalidad, así como su base de cálculo y sus requisitos de concesión sean sustancialmente idénticos. Así, SSTJUE de 11 de agosto de 1995, *Schmitz/Rijksdienst voor Pensioenen*, C-98/94 EU:C:1995:273; de 12 de febrero de 1998, *Cordelle/Office national des pensions*, C-366/96, EU:C:1998:57; y de 28 de mayo de 2014, *Wiering*, C-347/12, ECLI:EU:C:2014:300.

³¹⁰ Artículo 12.5 y 6 del Reglamento (CE) núm. 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009.

³¹¹ STJUE de 16 de mayo de 2013, *Wencel*, C-589/10, ECLI:EU:C:2013:303.

³¹² Vid. Ojeda Avilés, *op.cit.*, págs. 85 y ss.

recurriendo a la totalización de todos los períodos de cotización para causar el derecho a las pensiones.

En este mismo sentido, el TJCE³¹³ declaró que no puede considerarse injustificada la acumulación de las pensiones a las que tenga derecho una persona que haya trabajado durante un mismo período en dos Estados miembros, y que estaba obligada, durante el mismo período a cotizar al seguro de vejez en los dos Estados.

Por otro lado, la jurisprudencia del TJCE³¹⁴ incide en que las disposiciones del art. 46 deben aplicarse en su integridad cuando la aplicación únicamente de la legislación nacional resulta menos favorable para el interesado que la del régimen comunitario previsto en dicho artículo. En consecuencia, corresponde a la institución competente efectuar una comparación entre las prestaciones que deberían pagarse si se aplicara únicamente el Derecho nacional, (incluidas sus normas que prohíben la acumulación) y las que corresponderían con arreglo al Derecho comunitario, concediendo al interesado las prestaciones cuyo importe sea más elevado (sentencia de 7 de marzo de 2002).

4.5. PRORRATEO DE LAS PRESTACIONES

De lo visto hasta ahora, podemos recapitular indicando que puede obtenerse el derecho a una prestación en base a períodos de residencia o empleo en varios países (principio de totalización), aunque un mismo período no puede utilizarse dos veces (no acumulación). Pues bien, una vez que se concede la prestación sobre la base de diferentes períodos de residencia o empleo, hay que determinar quién se hace cargo del pago. Al haberse generado la prestación sobre períodos de seguro en varios países, todos deberán contribuir, pero ¿en qué proporción?

La solución a esta cuestión viene por la regla del prorrateo: una vez nacida la prestación (totalizados los períodos de seguro), se prorratea en función del tiempo de empleo o residencia acreditado en cada país (no en función de la cuantía cotizada), es decir, *prorrata temporis*³¹⁵.

4.6. EXPORTABILIDAD DE LAS PRESTACIONES

Se trata de facilitar la libre circulación³¹⁶ no sólo cuando se produce el desplazamiento para trabajar, sino también una vez que finaliza el trabajo, posibilitando el retorno del trabajador a su país de origen (o a cualquier otro), percibiendo la prestación en el lugar elegido. Se recoge en el artículo 7 del Reglamento 883/2004, bajo el título “Supresión de las cláusulas de residencia”,

³¹³ STJCE de 28 de junio de 2001, *Larsy*, C-118/00, EU:C:2001:368.

³¹⁴ STJCE de 11 de junio de 1992, *Office national des pensions / Di Crescenzo and Casagrande*, C-90/91 y C-91/91, EU:C:1992:258.

³¹⁵ Cfr. GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., «La regla «prorrata temporis» y el anticipo por la entidad gestora española de la parte de pensión de Seguridad Social a cargo de organismo extranjero», *AL*, núm. 20, 1993.

³¹⁶ Cfr. STJCE 10 de junio de 1982, *Camera*, C-92/81.

disponiendo que las prestaciones en metálico «no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora».

Ahora bien, no todas las prestaciones son exportables, sino que hay unas excepciones, que (como recuerda el Considerando núm. 37 del Reglamento 883/2004), deben ser interpretadas en sentido estricto:

- Prestaciones especiales en metálico no contributivas (Capítulo 9 del Título II Reglamento 883/2004). Sólo se conceden y se perciben en el territorio del Estado miembro, siempre que se recojan en el Anexo X del Reglamento 883/2004³¹⁷. Se trata, así pues, de prevenir el “turismo social”. En el caso de España, se enumeran en el Anexo X las siguientes:
- Subsidio de garantía de ingresos mínimos (Ley 13/82, de 7 de abril de 1982, actual Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre).
- Prestaciones en metálico de asistencia a personas de avanzada edad e inválidos incapacitados para el trabajo (Real Decreto 2620/81, de 24 de julio de 1981).
- Pensiones de invalidez y jubilación, en su modalidad no contributiva.
- Las prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según dispone la legislación de las Comunidades Autónomas, en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en las correspondientes Comunidades Autónomas.
- Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte (Ley 13/82, de 7 de abril de 1982, actual Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre)

España ha solicitado la inclusión de los complementos a mínimos en el Anexo X, pero en tanto que no se produzca la incorporación hay que seguir reconociendo y exportándolo para las personas incluidas en el ámbito de los Reglamentos que residan o se trasladen a otro Estado miembro, por lo que aunque la LGSS exige desde 2013 la residencia en territorio español (en la actualidad, el artículo 59.1 LGSS), la supresión de la cláusula de residencia será de plena aplicación (hasta tanto no se recoja en el Anexo X, insisto)³¹⁸.

³¹⁷ Así, en España, no afecta la exclusión del principio de exportabilidad son las prestaciones por desempleo no contributivas, ya que se omitieron de la enumeración contenida en su momento en el Anexo II bis D del antiguo Reglamento 1408/71. En general, sobre la exportabilidad de las prestaciones por desempleo, *vid.* BALLESTER PASTOR, M^a.A., «La exportación intracomunitaria de prestaciones de desempleo: STS de 15 de octubre 1993», *Poder Judicial*, núm. 34, 1994.

³¹⁸ En este sentido, ALONSO-OLEA GARCÍA, B., «Los complementos para pensiones inferiores a la mínima», en GARCÍA-PERROTE y MERCADER UGUINA (Dirs.), *La Reforma de la Seguridad Social 2011*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 317; VICENTE PALACIO, A., «Los complementos de pensiones y la pensión mínima de la Seguridad Social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, iustel.com, núms. 29-30, 2012, pág. 8.

Tampoco se recogen en el Anexo X las Rentas Activas de Inserción, sin que por ahora hayan sido notificadas como prestación especial no contributiva a efectos del Reglamento 883/2004. Por tanto, son exportables. Aunque no ilimitadamente, ya que –como advierte SÁNCHEZ-RODAS³¹⁹- en este caso sería aplicable el artículo 64.1.c) Reglamento 883/2004, que fija un tope máximo de tres meses (ampliable a seis) cuando los beneficiarios se desplacen en busca de trabajo.

- Desempleo. Si bien se admite su exportabilidad, ésta se limita en el tiempo a un período de seis meses, como máximo, contado a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado de procedencia (los servicios o instituciones competentes podrán prorrogar dicho período de tres meses hasta un máximo de seis meses)³²⁰. En el apartado correspondiente a la coordinación de esta prestación analizaremos los pronunciamientos judiciales sobre la misma.

Esta regla es de aplicación también a la prestación por cese de actividad, como expresamente contempla el Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, en su artículo 15.2.b., donde tras indicar que en caso de traslado de residencia al extranjero se suspenderá el derecho a la protección por cese de actividad, “sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea”³²¹.

Hay que advertir que la propuesta de reforma de 13 de diciembre de 2016, precisa:

- Podrán exportar sus prestaciones de desempleo durante un período mínimo de seis meses, en lugar de los tres meses actuales.
- En el caso de los trabajadores transfronterizos, la prestación la abonará el Estado miembro en el que hayan trabajado en los últimos doce meses
- Los Estados miembros podrán exigir que se haya trabajado durante al menos tres meses para aplicar la coordinación

Respecto de las prestaciones familiares, si el beneficiario se encuentra en el territorio del Estado competente, habrá de equipararse a la residencia en el Estado competente a efectos de lucrar prestaciones no contributivas familiares, “por lo que España puede tener que abonar dichas prestaciones incluso cuando los hijos no residan en España”³²².

La exportabilidad tampoco se aplica a las medidas activas del mercado de trabajo al territorio de otro Estado miembro cuando el ciudadano en cuestión resida ya en dicho territorio, como precisa el Reglamento (UE) 2016/589, del Parlamento

³¹⁹ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «La Exportación de la Renta Activa de Inserción, ¿Buena Práctica Jurídica?» en VV.AA., *Buenas Prácticas Jurídico Procesales para reducir el Gasto Social*, Laborum, Murcia, 2015.

³²⁰ Artículo 64.1.c) Reglamento 883/2004.

³²¹ En este sentido SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusulas de residencia», *Revista Temas Laborales*, núm. 130, 2015, pág. 408.

³²² SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusulas de residencia», *op cit*, pág. 409.

Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2016, relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo, y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 492/2011 y (UE) n° 1296/2013.

5. CAMPO DE APLICACIÓN

5.1. ÁMBITO TERRITORIAL

Se circunscribe al ámbito geográfico de la Unión Europea o Espacio Económico Europeo³²³. Tras la incorporación a la Unión Europea de Austria, Finlandia y Suecia, y la retirada de Suiza del Espacio Económico Europeo, las naciones integrantes de este último son Islandia, Liechtenstein y Noruega. También hay que precisar que los Reglamentos son de aplicación a quienes acrediten períodos de seguro en una antigua colonia y estén sometidos a un régimen de aseguramiento cuya continuidad haya asumido una Ley de la metrópolis, como ocurrió con el Congo Belga³²⁴ y Marruecos³²⁵. Igualmente, es de aplicación a los Departamentos franceses de ultramar³²⁶ y Argelia³²⁷. Desde 12 de abril de 2014, también se aplican a Croacia, por acuerdo Unión Europea/EEE firmado el 11 de abril de 2014.

El Reino Unido excluyó determinadas islas del Canal, debiendo estar en ese caso al Convenio bilateral³²⁸. Una vez que sea efectiva la salida del Reino Unido, obviamente habrá que estar al Convenio Bilateral para todo su territorio.

En lo relativo a este aspecto, una de las cuestiones más problemáticas es dilucidar qué ocurre con las personas que viven en un país extracomunitario pero a lo largo de su vida acreditan períodos asegurados en varios países de la Unión³²⁹.

³²³ Cfr. VIVES CABALLERO, M., «La extensión territorial del Reglamento CEE 1408/71. Nuevas adhesiones. Espacio Económico Europeo. Las negociaciones con otros Estados no miembros de la Unión Europea: Suiza», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 157, 1998, págs. 47 y ss.

³²⁴ STJCE de 31 de marzo de 1977, caso 79/76, *Fossi*.

³²⁵ RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, J., «Libre circulación de trabajadores y pensiones de jubilación en la Unión Europea», en AA.VV., *Análisis de diversas cuestiones sobre los Pactos de Toledo*, MTAS, Madrid, 1997, pág. 440.

³²⁶ En el caso de Francia, además de Guayana y Reunión, desde 2014 se aplica también a Mayotte y las Antillas francesas (Guadalupe y Martinica).

³²⁷ Sobre estas cuestiones, *vid.* ampliamente MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V., *Derecho Social Europeo*, Tecnos, Madrid, 1994, págs. 218-220.

³²⁸ En el Acta de Adhesión a la entonces Comunidad Económica Europea, excluyó las Islas del Canal y a la de Man de la libre circulación de trabajadores, por lo que no le son de aplicación los Reglamentos comunitarios. Las relaciones de Seguridad Social de los trabajadores que hayan desarrollado su actividad laboral en estas islas y en España se regirán por las normas contenidas en el Convenio bilateral –Convenio hispano-británico–.

³²⁹ En todo caso debe previamente haberse trasladado de un país a otro de la Unión, ya que la coordinación presupone la existencia de un elemento transfronterizo (STJUE de 5 de mayo de 2011, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, en la que se indica que el artículo 21 del TFUE no es de aplicación a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su Derecho de libre circulación y que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee).

Los Reglamentos comunitarios no aclaran esta circunstancia. En la solución hay que diferenciar dos reglas distintas:

- La totalización de los períodos de seguro. En la STJUE de 3 de abril de 2008 (*Chuck*, C-331/06, EU:C:2008:188)³³⁰, el TJUE concluyó que en orden a la totalización de los períodos de seguro cumplidos bajo las legislaciones de varios Estados miembros es indiferente “el lugar de residencia del trabajador en el momento de su solicitud de pensión”.
- Exportabilidad. Si no se reside en un país de la Unión, no puede invocarse el principio de supresión de las cláusulas de residencia, por lo que puede imponerse a un Estado exportar el pago de una prestación en Estados terceros.

5.2. ÁMBITO SUBJETIVO

Al estar ligada en un primer momento la Seguridad Social comunitaria a la libre circulación de trabajadores, los Reglamentos en la materia únicamente incluían a los dependientes³³¹. Sin embargo, tampoco se aplicaba a todos los trabajadores, sino que deben ser nacionales de un Estado miembro (o apátridas o refugiados que residan en el territorio de un Estado miembro), sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros³³². Junto con ellos, se protegió a los miembros de su familia y a sus supérstites, y a otros sujetos que no son trabajadores, pudiendo afirmarse que tiene en cuenta la existencia tanto de regímenes de Seguridad Social profesionales como universalistas, de modo que lo que se requiere es «el estar o haber estado sometido a un régimen de aseguramiento que le fuera aplicable»³³³.

Progresivamente se fueron incluyendo otros sujetos, superando la concepción restrictiva inicial³³⁴. Esto ocurrió con los funcionarios o personal asimilado a los mismos con arreglo a la legislación aplicable³³⁵, así como con los estudiantes³³⁶.

³³⁰ Se trataba de un ciudadano británico residente en Estados Unidos que reclamó la aplicación de las normas comunitarias sobre totalización de períodos de seguro por él cumplidos al amparo de las legislaciones de Bélgica y Dinamarca. Cfr. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Aranzadi, 2015.

³³¹ Reglamento 1390/81, con efectos de 1 de julio de 1982.

³³² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F., «Ámbito de aplicación de las normas sobre Seguridad Social de los trabajadores migrantes», *TL*, núm. 35, 1995.

³³³ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., «Las normas comunitarias en materia de Seguridad Social», *Revista de Treball*, núm. 18, 1992.

³³⁴ Una completísima relación de todas las reformas que han ampliando el campo subjetivo, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «Sinopsis de de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad Social», VV.AA., *Coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Laborum, Murcia, 2010.

³³⁵ Reglamento 1606/1998 del Consejo, de 29 de junio de 1998 (Diario Oficial L 209 de 25 de julio de 1998). Al respecto, véase NUÑO RUBIO, J.L., «La ampliación del campo de aplicación del Reglamento 1408/71 a los funcionarios públicos y personal asimilados», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 157, 1998, págs. 23 y ss.

³³⁶ Reglamento 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999. Cfr. ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Seguridad Social y Unión Europea: las nuevas perspectivas de la protección social en Europa», *AL*, núm. 7, 2001, pág. 164.

Precisamente, el limitado campo de aplicación era una las circunstancias por las que se tachaba de desfasados³³⁷ a los Reglamentos 1408/71 y 575/72. Y en la actualidad, incluso la denominación del Reglamento de 2004 ya recoge la voz “trabajadores”, sino que habla de la coordinación de sistemas de Seguridad Social, tal y como se venía recogiendo en la Propuesta de Reglamento de 1999³³⁸.

El actual Reglamento no se limita a los trabajadores que sean nacionales de uno de los Estados miembros (o sus familiares)³³⁹, sino que se extiende «a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites» (artículo 2).

Ello no quiere decir que haya una situación pacífica al respecto, dado que el Reglamento condiciona su aplicación a que estos nacionales “estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros”, lo cual ha dado lugar a cierta litigiosidad ligada a ostentar el derecho a la residencia; o superar un período de residencia habitual, problemática sobre todo ligada a las personas que no realizan ninguna actividad económica o desempleados. Esta cuestión la hemos abordado dentro del epígrafe correspondiente a las excepciones al principio de igualdad (Asuntos *Brey* C-140/12; *Dano* C-333/13; STJUE de 14 de junio de 2016 *Comisión contra el Reino Unido* C-318/14), por lo que nos remitimos a las consideraciones realizadas anteriormente.

Otros supuestos conflictivos serán aquéllos en los que la cobertura se preste al cónyuge, y concurren dos Sistemas en los que no haya el mismo reconocimiento a las parejas homosexuales, ya que en los Reglamentos comunitarios se carece de un concepto de “cónyuge”, debiendo estar a las legislaciones nacionales, por lo que si uno de los Estados no reconoce a los matrimonios de personas del mismo sexo, la coordinación de la prestación no será posible³⁴⁰.

5.3. ÁMBITO OBJETIVO

El artículo 3 Reglamento 883/2004 delimita el campo de aplicación material señalando que se aplica a todas las legislaciones relativas a las ramas de seguridad social relacionadas con las prestaciones de enfermedad, maternidad y paternidad, invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y enfermedad profesional, subsidios de defunción, prestaciones de desempleo, prejubilación y prestaciones

³³⁷ Se habla de su ineptitud sobrevenida ante las nuevas circunstancias (GONZALO GONZÁLEZ, B., «Excepciones al principio de igualdad en los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social», *op. cit.*).

³³⁸ Propuesta de la Comisión COM(98) 779final/2/3, Diario Oficial C 38 de 12 de febrero de 1999.

³³⁹ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., «El Campo de Aplicación del Reglamento 883/2004», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 64/2006; pág. 55.

³⁴⁰ *In extenso*, vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «¿Una Laguna del Reglamento 1408/71: el (in) existente Concepto de Cónyuge en Derecho Comunitario», VV.AA., *Migrantes y Derecho: Problemas Actuales de la Coordinación Comunitaria de las Prestaciones Sociales en España*, Laborum, Murcia, 2006, págs. 257-282.

familiares. Se aplicará además a los regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empresario o armador. Y también a las prestaciones especiales en metálico no contributivas.

Por el contrario, no se aplica a la protección social complementaria³⁴¹, ni a la asistencia social y sanitaria, ni a los regímenes de prestaciones en favor de las víctimas de guerra, y de acciones militares o de sus consecuencias; las víctimas de delitos, asesinato o actos terroristas; las víctimas de daños ocasionados por agentes del Estado miembro en el ejercicio de sus funciones, o las víctimas que se hayan visto perjudicadas por razones políticas o religiosas o debido a su origen.

5.3.1. La Asistencia Social

De estas exclusiones, una de las más problemáticas es la de la Asistencia Social. En primer lugar, por la dificultad que en ocasiones puede haber para diferenciarla conceptualmente de la Seguridad Social. Y en segundo lugar, porque la exclusión total y absoluta de la exportación de prestaciones de asistencia social puede vulnerar el derecho a la libre circulación. Veamos brevemente ambas cuestiones.

a) Concepto de asistencia social y Seguridad Social

La Jurisprudencia del TJCE ha interpretado en un sentido amplio el concepto de Seguridad Social y el de Asistencia Social, de modo que “para poder responder a la cuestión de si una prestación se encuentra incluida entre las prestaciones de Seguridad Social coordinadas por el Derecho comunitario y, por tanto, ser calificada como prestación de Seguridad Social, conviene inspirarse en el objetivo fundamental del artículo 42 del Tratado -antiguo artículo 51-, consistente en implantar las condiciones más favorables para llevar a cabo la libertad de circulación y empleo de los trabajadores comunitarios en el territorio de cada uno de los Estados miembros”³⁴².

Esto ha hecho que haya una jurisprudencia reiterada del TJCE que extiende la aplicación de los Reglamentos comunitarios a prestaciones que no se contemplan en el art. 3 del Reglamento 883/2004, pero siempre que se cumplan dos circunstancias: una, que se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida; y otra, siempre que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 3 del Reglamento.

En efecto, si bien en alguna ocasión el TJCE se ha pronunciado sobre el derecho a prestaciones que no se contemplan en el campo de aplicación de los Reglamentos

³⁴¹ Cfr. Directiva 98/49/CE, de 29 de junio y Directiva 2014/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión.

³⁴² SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2005, pág. 116.

comunitarios en sentido contrario a su cobertura³⁴³, hay una jurisprudencia reiterada que considera como prestación de Seguridad Social toda prestación que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida, y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el apartado 1 del antiguo artículo 4 del Reglamento nº 1408/71³⁴⁴.

A propósito de la Directiva 2004/38 (ya analizada en el apartado correspondiente al principio de igualdad y las cláusulas de residencia), el TJUE ha tenido nuevamente ocasión de identificar el concepto de asistencia social, considerando que corresponde a los “regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia” (STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto C-140/12, *caso Brey*). Como se comprueba, es un concepto demasiado genérico, y en absoluto coincidente con el que tiene el Reglamento 883/2004, de modo que en rigor, las prestaciones especiales no contributivas del Reglamento podrían perfectamente ser consideradas asistencia social a tenor de la Directiva 2004/38/CE³⁴⁵.

A la vista de todo ello, lo que queda claro es que no hay que estar a la calificación que hagan los derechos nacionales, sino que si se trata de una prestación que reúne las características de Seguridad Social, sí será objeto de coordinación comunitaria. Es más, como pasaremos a ver, algunos principios de la coordinación pueden serles de aplicación aún en el caso de que se admita que es asistencia social: no por aplicación de los Reglamentos, sino directamente por el artículo 21.1 TFUE.

b) La exportación de las prestaciones de asistencia social *ex* artículo 21.1 TFUE

Desde el año 2006, hay una línea jurisprudencial del TJUE que admite la exportabilidad de las prestaciones asistenciales, pero no en base a los Reglamentos comunitarios en materia de Seguridad social (de los que está excluida), sino en base al principio de libre circulación³⁴⁶. Ello posibilita considerar, como señala SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, que sea “plausible invocar directamente el TFUE para reclamar la exportación de una prestación asistencial no contributiva”³⁴⁷.

³⁴³ Así sucedió con las prestaciones por jubilación (sentencias de 16 de enero de 1992, *Comisión/Francia*, C-57/90, EU:C:1992:10; y 6 de febrero de 1992, *Comisión/Bélgica*, C-253/90, EU:C:1992:58).

³⁴⁴ Véanse, en particular, las sentencias de 27 de marzo de 1985, *Hoeckx*, 249/83, Rec. p. 973, apartados 12 a 14; *Scrivner*, 122/84, Rec. p. 1027, apartados 19 a 21; de 20 de junio de 1991, *Newton*, C-356/89, Rec. p. 1-3017, y *Huges*, apartado 15.

³⁴⁵ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusulas de residencia», *Revista Temas Laborales*, núm. 130, 2015, pág. 415.

³⁴⁶ SSTJUE 26 de octubre de 2006, *Tas Hagen y R.A. Tas*, C-192/05, EU:C:2006:676; y 22 de mayo de 2008, *Nerkowska* C-499/2006, EU:C:2008:300. Sobre ellas, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusulas de residencia», *op. cit.*, pág. 398 y 399.

³⁴⁷ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusulas de residencia», *op. cit.*, pág. 400; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Aranzadi, 2015.

5.3.2. Las prestaciones por dependencia

Como consecuencia de la puesta en marcha de los seguros por dependencia, sobre todo el alemán y el austriaco, hubo algún trabajador que solicitó que a esa prestación se le aplicarán los principios de los Reglamentos comunitarios en materia de coordinación de prestaciones de la Seguridad Social, y obligó al TJCE a pronunciarse. Así, es a final de los noventa cuando el TJCE estudia la aplicación de los Reglamentos comunitarios a estas nuevas prestaciones: 1998, asunto *Molenaar*³⁴⁸ –Alemania-, y posteriormente en otras dos sentencias, en 2001 –Austria- y 2006 –Austria-³⁴⁹.

A su vez, la Sentencia *Molenaar* de 1998 dio lugar a que en 1999 un órgano de la UE aludiera por primera vez al riesgo de dependencia, en la Decisión de 23 de junio de 1999, para la interpretación del concepto de «prestaciones en especie» en caso de enfermedad o maternidad, de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes³⁵⁰. En ella se incluye del concepto de prestaciones en especie las prestaciones en especie del seguro de dependencia que dan derecho al pago directo completo o parcial de determinados gastos derivados de la situación de dependencia del asegurado.

Ni los Reglamentos 1408/71 y 574/72 aludían al seguro de dependencia, y tampoco se incorporó con ese nombre en el Reglamento 883/2004, de 29 de abril. Sí se incluyó un nuevo precepto (el artículo 34) que habla de las “prestaciones asistenciales de duración indeterminada”, eufemismo que se refiere a las prestaciones de cuidados de larga duración (dependencia, en el argot internacional), en metálico³⁵¹.

El TJCE estima que hay que estar a las prestaciones por enfermedad (aún y cuando la legislación nacional les confiera el carácter de prestaciones especiales no contributivas), sentando los siguientes criterios:

³⁴⁸ Un análisis pormenorizado de la misma, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre el riesgo de dependencia», en VV.AA., *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Ediciones Laborum, Murcia, 2006, págs. 609 y ss.

³⁴⁹ Además de la STJCE de 5 de marzo de 1998, *Molenaar/Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg*, C-160/96, EU:C:1998:84, hay que estar a las siguientes:

- STJCE de 8 de marzo de 2001, *Jauch*, C-215/99, EU:C:2001:139
- STJUE de 8 de julio de 2004, *Gaumain-Cerri y Barth*, C-502/01, EU:C:2004:413
- STJCE de 21 de febrero de 2006, *Hosse*, C-286/03, EU:C:2006:125
- STJCE de 1 de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française and Gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2008:178.
- STJCE de 16 de julio de 2009, *von Chamier-Glisczynski*, C-208/07, EU:C:2009:455
- STJUE de 30 de junio de 2011, *da Silva Martins* C-388/09, EU:C:2011:439
- *Tolley*, C-340/15 (Conclusiones del Abogado general Sr. Henrik Saugmandsgaard o presentadas el 5 de octubre de 2016, Asunto C-430/15 Secretary of State for Work and Pensions contra Tolley, fallecida, que actúa a través de su representante).

³⁵⁰ Decisión 2000/142/CE, de 23 de junio de 1999, de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, DOCE L/ 19-2-2000.

³⁵¹ Sobre la falta de acuerdo para la incorporación expresa de la coordinación de la dependencia, *vid.* GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., «El Campo de Aplicación del Reglamento 883/2004», *op cit.* pág. 64.

a) Irrelevancia de la calificación otorgada por el Estado. Y ello aún y cuando la legislación nacional les confiera el carácter de prestaciones especiales no contributivas. Es irrelevante que sea o no contributiva. Lo que prima es la finalidad de la prestación, que es mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas dependientes.

b) Es una prestación que se encuadra dentro del seguro de enfermedad. Unas prestaciones de tales características están destinadas a completar las prestaciones del seguro de enfermedad, al que, por otra parte, están vinculadas desde el punto de vista de la organización, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales. En estas circunstancias, y aun cuando presenten características propias, tales prestaciones deben ser consideradas «prestaciones de enfermedad» en el sentido de la letra a) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento nº 1408/71. Y ello atendiendo a dos elementos:

- Uno, su finalidad. “fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales.

- Otra, su encaje organizativo: está destinada a complementar el seguro de enfermedad, pero advirtiendo que “el hecho de que la concesión de la asignación no esté necesariamente ligada al abono de una prestación del seguro de enfermedad o de una pensión que se haya concedido en virtud del seguro de enfermedad no puede alterar este análisis” (STJCE 2006).

La STJCE de 8 de marzo de 2001 (*F. Jauch*, C-215/99,) también versó sobre una prestación enmarcada dentro del seguro de dependencia, pero austriaca, y cuya concesión se condiciona a la residencia en Austria, lo que situaba como no exportable “cuando el beneficiario trasladaba su domicilio a otro Estado en el que el Derecho comunitario resultara aplicable”³⁵². Y además tenía la singularidad de ser una prestación incluida expresamente en el Anexo II bis del Reglamento (CEE) 1408/71 como prestación especial no contributiva (lo que la excluiría de la exportación). Pese a esta circunstancia, el TJCE estimó que se trataba de una prestación de naturaleza idéntica a las prestaciones alemanas a que se refirió la sentencia *Molenaar* y, como tal, estimó que era una prestación en metálico que completa las prestaciones del seguro de enfermedad con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales. Añadiendo que, a tales efectos, es irrelevante que la “asignación de asistencia”, sea o no de carácter contributivo. Y, consideró que, a consecuencia de lo anterior y de su calificación como prestación en metálico de enfermedad, debía abonarse aunque el interesado no residiera en Austria

Por su parte, la STJCE de 21 de febrero de 2006 (*Hosse*, C-286/03, EU:C:2006:125) mantuvo el mismo criterio, subrayándose el hecho de que la calificación otorgada por el Estado competente no es definitiva a estos efectos. Así, indica que “una prestación podrá ser considerada una prestación de seguridad

³⁵² SÁNCHEZ RODAS, C., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidad Europea sobre el riesgo de dependencia», *op. cit.*, pág. 610.

social en la medida en que se conceda a sus beneficiarios, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, en función de una situación legalmente definida y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento núm. 1408/71 (sentencias de 27 de marzo de 1985, *Hoeckx*, 249/83, Rec. pg. 973, apartados 12 a 14; de 16 de julio de 1992, *Hughes*, C-78/91, Rec. pg. I-4839, apartado 15; de 5 de marzo de 1998, *Molenaar*, C-160/96, Rec. pg. I-843, apartado 20, y *Jauch*, apartado 25)³⁵³.

La principal consecuencia de esta doctrina es que serán de aplicación las reglas reguladoras de la prestación por enfermedad, que impide que la concesión de la prestación se supedite a períodos de residencia de los familiares.

Pues bien, se considera que las prestaciones del seguro de dependencia que dan derecho al pago directo completo o parcial de determinados gastos derivados de la situación de dependencia del asegurado (y en los que se hubiera incurrido para su beneficio directo, para la adquisición de equipamiento de asistencia o para la realización de determinadas obras de adaptación de la vivienda) son prestaciones destinadas a completar las prestaciones en especie del seguro de enfermedad. En consecuencia, las prestaciones en especie se conceden conforme a la legislación del país en el que se reside; mientras que las económicas son abonadas por la institución del país de aseguramiento o afiliación. Por tanto, las prestaciones en metálico por enfermedad sí serían exportables.

Pero la diferenciación entre prestaciones en especie y en metálico no es del todo clara. Así, es posible que dentro del propio seguro de enfermedad, una prestación en metálico pueda encuadrarse como prestación en especie si trae su causa en el reembolso del coste de una prestación en especie. La doctrina del caso *Molenaar* perfila cuándo una prestación por enfermedad se considera prestación en metálico (referida al seguro alemán de asistencia por dependencia):

- Que el pago sea periódico
- Que no esté supeditado ni a la realización previa de determinados gastos (como los gastos de cuidados), ni a la presentación de documentos acreditativos de los gastos ocasionados.
- Que la cuantía del subsidio se fije con independencia de los gastos realmente realizados por el beneficiario para subvenir a las necesidades más esenciales de su vida.
- Que el beneficiario disponga de una amplia libertad en la utilización de las cantidades que se le abonan.

³⁵³ En este caso se trata de un trabajador transfronterizo, de nacionalidad alemana, que reside en Alemania, pero que trabaja y cotiza en Austria. Y demanda una prestación (para su hija discapacitada, que vive en Alemania) al Land de Salzburgo (cuya normativa requiere que la persona dependiente tenga su domicilio principal en ese Land). Sobre dicha sentencia, véase SÁNCHEZ RODAS, C., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el riesgo de dependencia», *op. cit.*, págs. 615-617.; y GARCÍA VALVERDE, M^a.D., «Prestaciones de Seguridad Social: Coordinación Comunitaria. A propósito de la STJCE de 21 de febrero de 2006, Asunto Hosse». *Actualidad Laboral*, n. 16, 2006.

La Propuesta de Reforma de 13 de diciembre de 2016 introduce un nuevo capítulo específico (arts. 35a, 35b, 35c), en la que mantiene diferencia prestaciones en metálico y en especie, y fija reglas para evitar duplicidades.

6. LAS PRESTACIONES EN PARTICULAR

6.1. PRESTACIONES DE ENFERMEDAD, MATERNIDAD Y DE PATERNIDAD ASIMILADAS

Hay que estar a los artículos 17 a 35 del Reglamento 883/2004. Se trata de prestaciones con finalidades bien distintas, pero que tienen en común el que su cobertura se realice de forma combinada con prestaciones económicas y en especie.

A su vez, tal rama protectora presenta dos variantes: prestaciones en especie o en metálico. No es una diferenciación baladí, ya que según sea de uno u otro tipo, cabrá la exportabilidad de las prestaciones o no. Así, en este Capítulo I del Reglamento 883/2004 se distingue las prestaciones en especie de las prestaciones en metálico por enfermedad (cuya finalidad es suplir rentas dejadas de percibir)³⁵⁴, señalando que:

a) las prestaciones en especie serán servidas por cuenta de la institución competente del lugar de residencia, según las disposiciones de la legislación que ésta aplique y como si estuviera afiliado a la misma;

b) las prestaciones en metálico serán servidas por la institución competente según las disposiciones de la legislación que aplique.

La diferencia entre ambas modalidades puede sintetizarse como sigue. Las prestaciones por enfermedad en especie comprenden la asistencia médica y dental, medicinas y hospitalización, así como también los pagos directos para reembolsar los costes de aquellas (básicamente referido al reintegro de gastos médicos abonados por los otros Estados). Por su parte, las prestaciones por enfermedad en metálico tienen una finalidad sustitutoria, ya que tratan de aminorar la pérdida que un trabajador pueda sufrir en sus ingresos, sueldos y salarios.

Tanto para las prestaciones en especie como en metálico, se totalizarán los períodos de seguro, empleo o residencia. Respecto al Estado responsable de la prestación, como regla general hay que distinguir: las prestaciones en especie se satisfacen en el Estado de residencia o donde se esté de forma transitoria, y las

³⁵⁴ El Tribunal de Justicia de la Unión considera que las prestaciones por enfermedad en metálico tienen una finalidad sustitutoria, ya que tratan de aminorar la pérdida que un trabajador pueda sufrir en sus ingresos, sueldos y salarios. Por el contrario, las prestaciones por enfermedad en especie comprenden la asistencia médica y dental, medicinas y hospitalización, así como también los pagos directos para reembolsar los costes de aquellas (básicamente referido al reintegro de gastos médicos abonados por los otros Estados).

prestaciones en metálico en el Estado competente, lo que supone la necesidad de una coordinación administrativa estrecha entre las instituciones implicadas³⁵⁵.

Pero la diferenciación entre prestaciones en especie y en metálico no es del todo clara. Así, es posible que dentro del propio seguro de enfermedad, una prestación en metálico pueda encuadrarse como prestación en especie si trae su causa en el reembolso del coste de una prestación en especie³⁵⁶.

Las reglas de coordinación de estas prestaciones son diferentes según la situación laboral en que se encuentre el beneficiario: personas aseguradas y sus familiares (sección primera); solicitante de pensión (artículo 22); titulares de pensiones y sus familias (sección segunda). En todos los casos se trata de sujetos que residen (o se encuentran con una estancia temporal) en un Estado miembro distinto del competente, es decir, del que están asegurados.

En cuanto a la maternidad, las trabajadoras que requieran una asistencia en especie inmediata las recibirán por el Estado donde se encuentre, aunque no sea ni el de residencia ni el competente. Respecto del embarazo, la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes ha dictado una Decisión para interpretar de forma amplia el requisito de la necesidad de una asistencia inmediata, considerando que «la asistencia sanitaria por embarazo o alumbramiento requerida antes del inicio de la semana trigésimo octava del embarazo, dispensada por un Estado miembro que no sea el competente ni el de residencia, a una persona que pueda acogerse a las disposiciones de la letra a) del apartado 1 del artículo 22 del Reglamento (CEE) n° 1408/71, se considerará como prestación necesaria de modo inmediato»³⁵⁷.

6.2. Invalidez

Antes de determinar quién es el responsable del pago, hay que aclarar quién es competente sobre la declaración del grado de invalidez. Esta cuestión la resuelve el Reglamento 987/2009, señalando que «*únicamente la institución instructora estará habilitada para tomar la decisión (...) sobre el grado de invalidez del solicitante*» (artículo 49.1), salvo que exista concordancia entre las legislaciones (artículo 46.3

³⁵⁵ GÓMEZ MUÑOZ, J.M. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.T., «Bases del Sistema de Seguridad Social en la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 65.

³⁵⁶ La Sentencia *Molenaar* cita a la sentencia de 30 de junio de 1966, *Vaasen-Göbbels*, en la que el Tribunal de Justicia indicó que el concepto de «prestaciones en especie» no excluye que dicha prestación consista en pagos efectuados por la institución deudora, especialmente en forma de asunción o de reembolso de gastos, y que el concepto de «prestaciones en metálico» comprende esencialmente las prestaciones destinadas a compensar la pérdida de salario del trabajador enfermo. Las prestaciones del seguro de asistencia consisten, en parte, en la asunción o el reembolso de los gastos ocasionados por la necesidad de cuidados especiales del interesado, especialmente de los gastos médicos que implica esta situación. Tales prestaciones, destinadas a cubrir los gastos ocasionados por los cuidados dispensados al asegurado, tanto en su domicilio como en establecimientos especializados, las adquisiciones de equipamiento y la realización de obras están indudablemente incluidas entre las «prestaciones en especie».

³⁵⁷ Decisión n° 183 de 27 de junio de 2001 relativa a la interpretación de la letra a) del apartado 1 del artículo 22 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo respecto a las prestaciones en caso de embarazo y alumbramiento (2002/155/CE) Diario Oficial L 054 de 25 de febrero de 2002.

Reglamento 883/2004), en cuyo caso la decisión sobre el grado de invalidez que determine la institución competente tendrá carácter vinculante para las demás instituciones. Las concordancias están recogidas en el Anexo VII. España no ha incluido ninguna.

Respecto del pago, se trata de una prestación que posee un régimen muy heterogéneo en los diversos Estados miembros. Por ello, el Reglamento 883/2004³⁵⁸ diferencia dos tipos de Sistemas de protección social respecto de la incapacidad permanente:

- Legislación tipo “A”, en las que la cuantía de la prestación es independiente de la duración de los periodos de cotización. En el Anexo VI del Reglamento 883/04, se enumeran las legislaciones de los Estados afectados³⁵⁹

- Legislación tipo “B”, donde se fija la cuantía de la prestación en función de los periodos de cotización o asimilados (el resto).

De la conjunción de estos diversos sistemas, pueden darse tres supuestos:

- Supuestos en los que sólo operan legislaciones tipo “A”. Se causa por el Estado donde tiene lugar el hecho causante. Como el período de residencia es irrelevante de cara a la cuantía, no es necesario recurrir a la técnica del prorrateo, aunque sí procede la totalización, de modo que si el período de residencia en ese Estado no da lugar al nacimiento de la prestación, se recurre a totalizar los periodos cotizados en otros Sistemas. Por tanto, totalización sin prorrateo³⁶⁰.

- Supuestos en los que operan legislaciones tipo “B”. Se regirán por las normas contenidas en el capítulo 5 sobre vejez y supervivencia, por lo que son aplicables las reglas de totalización y prorrateo.

- Supuestos de personas que han estado sujetas sucesiva o alternativamente a legislaciones tipo A y B. Hay que diferenciar:

1. Si se encuentran sujetas a una legislación tipo B en el momento de sobrevenir la incapacidad laboral conducente a invalidez: se regirán por las normas contenidas en el capítulo 5.

2. Si se encuentran sujetas a una legislación tipo A en el momento de sobrevenir la incapacidad laboral conducente a invalidez: recibirá la pensión de invalidez conforme a las reglas del artículo 44 Reglamento (CE) 883/2004, siempre que cumpla unas circunstancias³⁶¹.

Una cuestión relacionada con esta prestación, y que dio lugar a una cuestión prejudicial planteada respecto de un ciudadano español, es la del control que

³⁵⁸ Se regula en los artículos 44 a 49. Los artículos 47 y 44 fijan reglas específicas para los supuestos de agravamiento de la invalidez y de conversión en pensión de jubilación, respectivamente.

³⁵⁹ Son: Croacia, Eslovaquia (menores de 26 años) Estonia, Grecia (solo régimen Agrario), Hungría, Irlanda, Finlandia, Letonia, Reino Unido, República Checa (solo menores de 18 años) y Suecia.

³⁶⁰ OJEDA AVILÉS, A., *El sistema común europeo de Seguridad Social*, cit., pág. 80.

³⁶¹ Son dos: a) que cumpla todos los requisitos para tener derecho a la prestación en la legislación aplicable al sobrevenir la incapacidad o en otra anterior de tipo A por remonte, totalizando exclusivamente los periodos de seguro o residencia en las legislaciones tipos A sin recurrir a las de tipo B. Si hay que totalizar periodos de seguro o residencia de estas últimas, hay que aplicar las reglas del capítulo 5. Y b), que no se solicite pensión de vejez en ningún Estado miembro.

puede ejercer la institución deudora del estado de salud del incapacitado. En la STJCE de 29 de junio de 1991, *Martínez Vidal/Gemeenschappelijke Medische Dienst*, C-344/89, EU:C:1991:277, se declara que si la institución deudora de una prestación de invalidez obliga a que un médico designado por ella reconozca al beneficiario residente en otro Estado miembro, puede obligarse al interesado a desplazarse al Estado miembro de la institución competente, siempre que ésta se haga cargo de los gastos de desplazamiento y de estancia, y que el interesado esté en condiciones de efectuar el desplazamiento sin que ello perjudique a su salud. Por el contrario, si la institución del lugar de estancia o de residencia del interesado aprecia que este último no se halla en condiciones de efectuar el desplazamiento, nada impide que la institución deudora o el organismo competente en materia de control médico verifique este hecho en dicho lugar.

6.3. VEJEZ Y MUERTE

6.3.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Hay que advertir de la importancia de este Capítulo para nuestro país, ya que por el tipo de legislación donde se encuadra la normativa española sobre incapacidad permanente (tipo B), este Capítulo 5 (artículos 50 a 60) se aplica no sólo a las prestaciones de jubilación y supervivencia derivada de contingencias comunes (con excepción del auxilio por defunción y de la pensión de orfandad en determinados casos), sino también las prestaciones de incapacidad permanente derivadas de contingencias comunes.

Por otro lado, constituyen la excepción al principio de no acumulación de prestaciones del artículo 10 de Reglamento 883/2004, ya que se pueden causar prestaciones por los diferentes Estados miembros.

6.3.2. SOLICITUD DE PRESTACIONES

Se presentará ante la institución del Estado de residencia o del Estado a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar³⁶². Una vez presentada, todas las instituciones competentes determinarán el derecho a prestación, con arreglo a todas las legislaciones nacionales a las que haya estado sujeto el interesado, salvo si éste solicita expresamente que se difiera la liquidación de las prestaciones de vejez con arreglo a la legislación de uno o varios Estados miembros³⁶³.

6.3.3. TOTALIZACIÓN DE LOS PERIODOS DE SEGURO

a) Regla general

El art. 51 Reglamento 883/2004 indica que a los períodos cubiertos bajo la legislación de un Estado miembro, se sumarán los períodos cubiertos bajo la

³⁶² Si la presenta en el del lugar de residencia pero no ha estado nunca sujeto a la legislación de dicho Estado, la institución del mismo la trasladará a la del Estado a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar.

³⁶³ Artículo 50.1 del Reglamento (CE) 883/2004 y 45 B) del Reglamento (CE) 987/2009.

legislación de cualquier otro Estado miembro, en la medida en que resulte necesario computarlos para completar los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación del primer Estado miembro, para adquirir, conservar o recuperar el derecho a las prestaciones, con la condición de que dichos períodos de seguro o de residencia no se superpongan (artículo 6 del Reglamento (CE) 883/2004)³⁶⁴.

Respecto del cómputo de los períodos asimilados a cotizados, en relación al adelanto de la edad de jubilación por penosidad, peligrosidad o toxicidad; o la bonificación de edad por trabajar antes de 1967, nos remitimos a las consideraciones realizadas en relación con el principio de asimilación de hechos o acontecimientos (apartado 4.2), y jurisprudencia ahí citada.

b) Períodos inferiores a un año (artículo 57 del Reglamento (CE) 883/2004)

Si en un Estado se acredita un período de seguro inferior a un año y dicho período no da derecho a prestaciones por sí mismo, la Institución del Estado miembro no está obligada a tenerlo en cuenta para la concesión de una prestación³⁶⁵. No obstante, este período sí se tendrá en cuenta en orden a la totalización de los períodos de seguro por el último de los Estados miembros en que acreditase períodos de seguro, pero solo en orden a la adquisición del derecho, sin que se tenga en cuenta para determinar prorata.

Trasladado al Sistema español de Seguridad Social, significa que no se aplicará el artículo 57 a las prestaciones que no requieran período mínimo cotizado, como son las de Incapacidad Permanente³⁶⁶, viudedad, orfandad y en favor de familiares derivadas de accidente no laboral (en caso de contingencias profesionales hay que estar al capítulo correspondiente del Reglamento), así como las prestaciones de supervivencia derivadas de pasivo.

6.3.4. BASE REGULADORA. LA POLÉMICA INTEGRACIÓN DE LAGUNAS COMUNITARIAS

Al calcular la base reguladora, es muy posible que en el intervalo a tener en cuenta, haya períodos en los que el trabajador cotizaba en otro Estado miembro. En ese caso, hay que decidir qué importe se toma como cotizado para tales períodos que son lagunas en nuestro ordenamiento.

³⁶⁴ En orden a determinar el régimen aplicable, los períodos de seguro acreditados en otro Estado miembro son “neutros” para el Estado que tramita, por lo que es irrelevante la naturaleza de la actividad desempeñada en el extranjero. Únicamente los períodos de seguro cubiertos en la legislación de la institución que concede el derecho determinará el régimen aplicable (artículo 53.1 del Reglamento 987/2009).

³⁶⁵ Si todos los períodos acreditados en todos los países fuesen inferiores a 12 meses, de forma que en ninguno de ellos por separado se cause derecho, la institución del último Estado donde el interesado reúna las condiciones exigidas, tomara todos los períodos de seguro como propios para reconocer a su cargo exclusivo la prestación.

³⁶⁶ En el caso de IP, si se acredita menos de un año cotizado a la Seguridad Social española y no se ha agotado el período máximo de duración de la IT, el período de IT que quedaba por consumir se computa para alcanzar el año en nuestro país y poder totalizar con las cotizaciones extranjeras.

Pues bien, esta es posiblemente la materia que más litigiosidad ha despertado en nuestro Sistema respecto de los trabajadores emigrantes. Además de por el importante número de Sentencias dictadas, esta cuestión se caracteriza por haber atravesado varias fases, en función de la normativa aplicable y también según los pronunciamientos judiciales. Las diferentes reglas de cálculo de la base reguladora que se han ido acogiendo por diversas instancias desde el ingreso de nuestro país en la Unión Europea, componen un verdadero catálogo de las opciones técnicas posibles³⁶⁷. El análisis de esta cuestión hay que abordarlo distinguiendo las previsiones comunitarias al respecto y las soluciones que el TS fue acogiendo, y que evidencian una total falta de sintonía ante que obedece a la imprecisión del sistema³⁶⁸.

Así, inicialmente la Administración optó por integrar dichos períodos con las *bases mínimas*, como con carácter general se hace en nuestro Sistema. Esta solución técnicamente no era problemática, pero era contraria a la libre circulación de trabajadores, ya que se penaliza la emigración al equiparlo a períodos de inactividad. Frente a ella, la jurisprudencia del TS, en el marco del Convenio Hispano-Alemán, se inclinó por adoptar como referencia las *retribuciones percibidas en el país de emigración* y considerarlo como cotizado a nuestros efectos, aunque aplicando los topes máximos y mínimos previstos para las bases de cotización de la categoría profesional del trabajador³⁶⁹.

Hasta 1996, año en el que el TJCE se pronunció sobre el sistema de cálculo de la pensión en el Ordenamiento español, el TS mantuvo que para el cálculo de la base reguladora se había de acudir a la media aritmética de las bases de cotización máxima y mínima en España cada año durante el período elegido, para un trabajador de la misma categoría profesional que la que desempeñaba el beneficiario (STS de 25 de febrero de 1992, RJ 1992\1372)³⁷⁰. En esta etapa, el cálculo de la pensión “teórica” se obtenía aplicando una serie de disposiciones complementarias, que el Reglamento 1408/1971 agrupaba en cinco categorías atendiendo a las reglas que operen en cada Estado miembro. Y el encuadramiento de la legislación española no era fácil. Finalmente, fue abordado por TJCE, en la Sentencia de 12 de septiembre de 1996, *Lafuente Nieto contra INSS y TGSS*, C-251/94, EU:C:1996:319, optando por el artículo 47.1.g): sistemas en los que el cálculo se efectúa atendiendo a una base de cotización media, que era la opción por la que abogaba el Gobierno español, y ciertamente es el supuesto más próximo al régimen vigente en España,

³⁶⁷ DESDENTADO BONETE, A., «El problema de la determinación de la base de la pensión española en los supuestos en que el cómputo comprende períodos de cotización que se han completado en otro país de la Unión Europea», Instituto Europeo de Relaciones Industriales, *Problemática española de la Seguridad Social Europea*, Comares, Granada, 1999, en las pp. 95 y 96 realiza una completa sistematización de las diferentes opciones existentes hasta esa fecha.

³⁶⁸ CAMÓS VICTORIA, I., «Determinación de la base reguladora y cálculo de la nueva prestación de jubilación con cotizaciones en distintos Estados miembros de la Unión Europea», *Aranzadi Social*, núm. 4, 1998, p. 53.

³⁶⁹ *V.gr.*, STS de 6-2-1989 (RJ 1989\691).

³⁷⁰ Doctrina que fue desarrollada y completada, entre otras, por las SSTS de 15 y 25-10-1993 (RJ 1993\9216 y RJ 1994\863); 3 y 18-5-1994 (RJ 1994\3990 y 4216); 30 de enero, 3 y 27 de marzo, 19 de junio, 7 de octubre y 10-11-1995 (RJ 1995\529, 1743, 2560, 5202, 7586 y 8401).

ya que se obtiene a partir de la media de las bases de cotización de un período de tiempo determinado, sin que tampoco sea automática la correlación entre bases de cotización y retribución real del trabajador.

La reforma del Reglamento 1408/1971 operada en 1992 (Reglamento 1248/1992, de 30 de abril de 1992) supuso una clarificación de la cuestión, aunque se acogió la opción más restrictiva (coincidente con la que aplicaba la Administración española), al especificarse en el Anexo VI, D España del Reglamento 1408/1971 un nuevo punto (núm. 4) en el que se aclaraba que «el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española». Por tanto, había que retrotraerse por el período no cotizado en nuestro país. Esta opción era perjudicial para el trabajador, ya que normalmente computarán bases muy bajas, correspondientes a los momentos iniciales de la vida laboral del trabajador.

Considerando que esta fórmula “a medida” contravenía los Reglamentos comunitarios, se planteó una cuestión prejudicial por parte del Tribunal Supremo ante el TJUE, que dictaminó considerando que es una regla conforme al Derecho de la Unión Europea. Las dudas se suscitaban porque el que hubiera una regla distinta de la nacional, podía contravenir dos principios: uno, que el sistema de coordinación debe tener un carácter neutro respecto de las normas nacionales; y otro, que en todo caso no debe resultar menos tuitivo que el sistema nacional al que desplaza. Sin embargo, el TJUE, en el asunto *Grajera Rodríguez*³⁷¹. Este pronunciamiento fue muy cuestionado por la doctrina, al entender la pensión teórica “es tan sólo una pensión ficticia calculada considerando la totalidad de la vida laboral del migrante por lo que no ha de ir unida a las cotizaciones concretas realizadas a favor del Estado que la calcula”³⁷².

Sin embargo, tras la STJCE de 12 de septiembre de 1996, el TS continuó mostrando sus dudas sobre el método de cálculo³⁷³, y en particular sobre la revalorización de los períodos anteriores a la emigración que deben computarse (así, en la STS de 17 de enero de 1997, RJ 1997\558). Estas dudas en realidad dejan traslucir el inconformismo del TS ante unas reglas comunitarias que en su concreción para nuestro país perjudican claramente al emigrante retornado. Así, en

³⁷¹ STJCE de 17 de diciembre de 1998, *Grajera Rodríguez*, C-153/97, EU:C:1998:615. De los numerosos estudios sobre la misma, *vid.* CARRASCOSA BERMEJO, D., «La base reguladora de la cuantía teórica de los trabajadores migrantes: el caso Grajera González», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n° 102/2013, págs. 271 a 298.

³⁷² CARRASCOSA BERMEJO, D., «La determinación de la base reguladora de la pensión teórica y la Sentencia del Tribunal de Justicia comunitario sobre el Asunto Grajera Rodríguez». *Revista de Derecho Social*, núm. 5/1999, pág. 135.

³⁷³ NAVARRO GALLEL, C., «La jubilación de los trabajadores emigrantes comunitarios», *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2001, pág. 222.

1999³⁷⁴ el TS cambia de argumentación y, sin entrar a reinterpretar lo que el TJCE ya había dejado claro³⁷⁵, se centra en otra cuestión controvertida que contaba con pronunciamientos previos del propio TS: se argumenta que la aplicación de las disposiciones comunitarias no puede acarrear una disminución de las prestaciones concedidas por la legislación de un país miembro, y ello sobre la base de la doctrina establecida por el TJCE con relación a la subsistencia de los Convenios Bilaterales³⁷⁶. De este modo, el TS da preferencia a la aplicación de los Convenios Bilaterales (fundamentalmente el Hispano-Alemán) frente al Reglamento 1408/71: no se entienden sustituidos los Convenios Bilaterales cuando éstos «implican para los trabajadores ventajas superiores a las que derivan de las normas comunitarias»³⁷⁷, lo que conduce a una aplicabilidad residual de los Convenios Bilaterales³⁷⁸. Ahora bien, esta doctrina no es aplicable con carácter general (ello conduciría a una inaplicación generalizada de la normativa comunitaria, impidiendo que cumpla su objetivo de coordinación común), sino únicamente para los periodos de seguro en los que el trabajador realizó la libre circulación antes de la entrada en vigor de los Reglamentos comunitarios y consiguiente sustitución de los Convenios Bilaterales, como aclaró el TJCE en Sentencia de 9 de noviembre de 1995 (asunto *Thévenon*)³⁷⁹.

Al margen de estos supuestos, a partir del Caso *Grajera Rodríguez*, la aplicación de los reglamentos comunitarios conduce a la aplicación de las bases remotas debidamente actualizadas. Sin embargo, como no se aclaró cuáles eran los criterios de actualización, la doctrina judicial ha admitido la actualización

³⁷⁴ STS de 9-3-1999 (RJ 1999\2755), reiterada por SSTs de 10, 15 y 16-3-1999 (RJ 1999\2910, 3227 y 3753), y 15-4-1999 (RJ 1999\4406); 7 y 11-5-1999 (RJ 1999\4712 y 5782), 1-6-1999 (RJ 1999\5061), 7-6-1999 (dos) (RJ 1999\5203 y 5204) y 22-6-1999 (RJ 1999\5226), 20 de enero y 30-5-2000 (RJ 2000\984 y 5895). Sobre ellas, véase ALONSO GARCÍA, R.M., «Base reguladora de las pensiones causadas por los trabajadores comunitarios: estado de la cuestión», *Aranzadi Social*, núm. 22, 2000, págs. 78 y 79.

³⁷⁵ SSTJCE de 12 de septiembre de 1996, *Lafuente Nieto*, C-251/94, EU:C:1996:319, asunto; STJCE de 9 de octubre de 1997, *Naranjo Arjona*, C-31/96, EU:C:1997:475. Sobre las mismas, DESDENTADO BONETE, A., «Cuestiones prejudiciales comunitarias planteadas por órganos jurisdiccionales nacionales en materia de Seguridad Social» *RMTAS*, núm. 12/1998; OJEDA AVILÉS, A. «El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia», *Aranzadi Social*, núm. 9/2000; Una perspectiva sobre todas ellas, en CARRASCOA BERMEJO, D., «Base reguladora de la jubilación para migrantes tras el asunto Salgado González», *Aranzadi Social* núm. 9/2014.

³⁷⁶ STJCE de 7 de febrero de 1991, asunto *Rönfeldt*. Esta Sentencia aboga por tener en cuenta las disposiciones de los Convenios celebrados entre Estados miembros que impliquen para los trabajadores ventajas superiores a las que se derivan de la normativa comunitaria, ya que de lo contrario tendría lugar, como indica CAMÓS VICTORIA (*op. cit.*, p. 44) «una limitación sustancial del alcance de los objetivos del artículo 51 (del Tratado de la CE), en la medida en que el trabajador que ejerce su derecho a la libre circulación se encontraría en una situación menos favorable que la que habría disfrutado de no hacer uso de este derecho».

³⁷⁷ SSTs de 15 y 25-10-1993 (RJ 1993\9216 y RJ 1994\863).

³⁷⁸ En este sentido, véase OJEDA AVILÉS, A., *Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea*, Ed. Trotta, Madrid, 1994, pp. 30-36.

³⁷⁹ OJEDA AVILÉS, A., *Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea*, *cit.*, p. 33. En esta línea, la STS de 15 de febrero de 1993 (RJ 1993\1167) declaró la inaplicabilidad del Convenio Hispano-Alemán sobre el Reglamento 1408/1971 a los hechos causantes que se produzcan con posterioridad al 1 de enero de 1986, fecha de ingreso efectivo de España en la CEE. Esta doctrina se reitera en STS de 25-10-1993 (RJ 1994\863), en la que se aplica la doctrina de la STS de 25-2-1992 (RJ 1992\1376)

utilizando el salario mínimo interprofesional entre el momento en que se produjo la última cotización española y hasta el momento del hecho causante³⁸⁰.

En septiembre de 2009 se modificó el Reglamento 883/2004 para aclarar tales dudas, añadiendo en el Anexo XI unas normas específicas para el Sistema español de Seguridad Social. En sus números uno y tres, reglas en relación al cómputo de servicios efectivos en orden a clases pasivas y mutualidades funcionariales, respectivamente. Y en el número dos, se precisa que “el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales de la persona durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. Cuando en el período de referencia a tener en cuenta para el cálculo de la cuantía de la pensión, deban ser computados períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, se utilizará para los mencionados períodos la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo”, incrementándose la cuantía de la pensión con arreglo al importe de las revalorizaciones calculadas para cada año posterior, para las pensiones de la misma naturaleza³⁸¹.

Es decir, como regla general, en el cálculo de la base reguladora se tendrán en cuenta las bases de cotización reales efectuadas en España. Pero si hay períodos dentro de esa base en los que el trabajador no se encontraba en nuestro país, esos períodos se entenderán cotizados por las bases de cotización españolas que más se aproximen en el tiempo a los períodos trabajados en el extranjero y que se comprenden dentro del arco temporal de su base reguladora. Es una “integración de lagunas” totalmente distinta de la que opera en nuestro Ordenamiento para el resto de trabajadores, y máxime tras la nueva fórmula en vigor desde 2013³⁸².

Con la vigencia en mayo de 2010 del Reglamento 883/2004, parecían haberse solventado estos problemas, al recoger expresamente una regla de integración (la que antes hemos expuesto). Sin embargo, supuestos con el del asunto *Salgado González*³⁸³ revelan que la solución no es del todo satisfactoria, porque aunque el caso versa sobre el antiguo Reglamento 1408/71, la problemática tampoco se hubiera solventado. Por ello tiene especial interés esta Sentencia, porque sus conclusiones son extrapolables al nuevo Reglamento, ya que éste solo contempla

³⁸⁰ SSTs de 12 de marzo de 2003, RCU 1929/2002; de 3 de junio de 2003, RCU 2627/2002, y de 18 de diciembre de 2008, RCU 320/2008.

³⁸¹ Artículo 56.1.b) del Reglamento 883/2004 y Anexo XI.4 incorporado por el Reglamento 988/2009.

³⁸² Introducida por la Ley 27/2011, modificada por la Ley 3/2012, de 6 de julio.

³⁸³ STJUE de 21 de febrero de 2013, *Salgado González*, C-282/11, EU:C:2013:86. Era una autónoma, por lo que conforme a la normativa nacional no procedía la integración de lagunas, lagunas que afectaban a casi una tercera parte de su base reguladora. La base reguladora quedó fijada en 336,86 €/mensuales. Sobre ella se aplicó un coeficiente del 53% (en función del tiempo cotizado en España y Portugal), resultando una pensión o cuantía teórica de 178,53 €. Sobre la pensión teórica, teniendo en cuenta la contribución al sistema español, se aplicó una *prorrata temporis* del 63,86%, ascendiendo finalmente su pensión a 114,01 €. Sobre ella, *vid.* DESDENTADO DAROCA, E. «De nuevo sobre los problemas del cálculo de la base reguladora de las pensiones de los trabajadores migrantes. El caso *Salgado González* y la STJUE de 21 de Febrero de 2013» *Revista de Derecho Social* núm. 62/2013, págs. 149 y ss.

la integración de lagunas comunitarias (aquéllas en las que en ese período había actividad en otro Estado), pero no si la laguna es nacional³⁸⁴. En todo caso, la Sentencia no recoge una solución expresa, sino que se limita a considerar que el sistema vulneró la libre circulación, y sugiere que se busque otra fórmula más equitativa, por lo que posiblemente esta Sentencia no tenga un especial impacto.

En 2015 ya se ha dictado una Sentencia en España en la que se aplica el Anexo XI del Reglamento 883/2004 en la redacción dada en 2009. Es la STSJ de Galicia, de 22 de mayo de 2015 (AS 2015\1448, Ponente Lousada Arochena), que introduce dos correcciones a la manera como en el caso en concreto aplicó la Administración española tales reglas:

- La primera, en relación a la regla de actualización. Así, en lugar de proyectar la actualización “sobre la base reguladora de la pensión de jubilación -como literalmente se establece en el Anexo XI.G.3.a) del Reglamento (CE) 883/2004”, el INSS lo hizo “sobre las bases de cotización a considerar en el cálculo, lo que le lleva a alterar también el periodo de referencia temporal”, aunque admite que “No parece, sin embargo, que, en el caso de autos y sin perjuicio de lo que pueda ocurrir en otros casos, esta forma de cálculo diferente a la prevista en las normas comunitarias haya producido minusvaloración significativa de la base reguladora de la pensión de jubilación”.

- La segunda, de mayor calado (y que ya versa sobre la novedosa regla -con respecto Reglamento 1408/71/CEE- contenida en el Anexo XI.G.3.a), en la que rechaza que se usen las bases mínimas, entendiéndose que hay que estar “las últimas bases de cotización realizadas en España por el trabajador recurrente en la misma profesión que la desarrollada en Italia, en su caso topadas según el grupo de cotización, y, en cualquier caso, el cálculo sobre la premisa de las bases medias solicitado en la demanda”.

6.4. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

La coordinación de estas prestaciones no suele presentar excesivos problemas, caracterizándose “por su simplificación”³⁸⁵. El régimen regulador se encuentra en el Capítulo II del Título III del Reglamento 883/2004 y 988/2009.

Las prestaciones debidas a accidentes de trabajo, serán a cargo de la institución en la que el accidentado estuviere asegurado al producirse el accidente, mientras que las prestaciones derivadas de enfermedad profesional serán a cargo de la institución

³⁸⁴ Por todos, CARRASCOSA BERMEJO, D., «Base reguladora de la jubilación para migrantes tras el asunto Salgado González», *Aranzadi Social* núm. 9/2014.

³⁸⁵ PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J., «Las Prestaciones por Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional en el ámbito de la Unión Europea: del Reglamento 883/2004 a los Reglamentos 987/2009 y 988/2009», en VV.AA., *Coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Laborum, Murcia, 2010, pág.159.

del Estado en que el interesado haya desarrollado la actividad susceptible de producir la enfermedad profesional. Si la actividad en cuestión la ha desarrollado en varios Estados miembros, serán a cargo, como norma general, de la institución del Estado en el que la haya efectuado en último término (artículo 38).

En caso de IPA y Gran Invalidez causadas por contingencias profesionales, debe tenerse en cuenta que en nuestro Sistema la muerte del beneficiario se considerará por contingencias profesionales. Sin embargo, para el resto de los Estados, si la causa del fallecimiento no ha sido contingencia profesional, habrá que estar al Capítulo relativo a la coordinación de las pensiones de supervivencia (Capítulo 5 del Título III).

Como supuestos particulares se contemplan los accidentes *in itinere* (artículo 56), los gastos de transporte (artículo 59), los eventuales desplazamientos a otro Estado para recibir asistencia apropiada (artículo 55), así como las prestaciones por enfermedad profesional cuando el interesado haya estado expuesto al mismo riesgo en varios Estados miembros (artículo 57).

6.5. SUBSIDIOS POR DEFUNCIÓN

A ellos se dedica el Capítulo 3 (artículos 42 y 43), que al igual que en las demás prestaciones parte del principio de totalización de los períodos de seguro o residencia. Respecto al ente responsable de la prestación, el Reglamento solventa el tema acudiendo a una ficción muy simple: cuando el fallecimiento tiene lugar en un Estado miembro distinto del competente, se considerará como ocurrido en el territorio del competente.

6.6. DESEMPLEO

Su problemática es más frecuente dado que incide en los movimientos transnacionales a corto plazo, máxime porque lo habitual es que quien emigre a otro país se encuentre en situación de desempleo (subsidiado o no). Tan es así, que “actualmente se esté debatiendo seriamente sobre la posibilidad de establecer una Directiva sobre prestación comunitaria de desempleo”³⁸⁶, y aumentan los pronunciamientos del TJUE al respecto, como la STJUE de 5 de febrero de 2015, *Mertens*, C-655/13, EU:C:2015:62, sobre los problemas planteados por los trabajadores fronterizos en paro total o parcial y la materialización de su derecho a que se le concedan determinadas prestaciones de desempleo.

Se regula en el Capítulo 6 Reglamento 883/2004 (arts. 61 a 65 bis), que se aplica a los trabajadores desempleados en el supuesto en que durante su último trabajo residieran en un Estado miembro distinto del competente (que lo será en todo caso

³⁸⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., «Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* num.41/2016.

aquél en el que el interesado haya realizado su última actividad)³⁸⁷. Se contemplan reglas diferentes según se trate de trabajadores fronterizos, o no lo hayan sido. En todo caso, a diferencia de otras prestaciones, se caracteriza por presentar fuertes restricciones, ya que la cobertura del desempleo sigue contemplándose como algo nacional, y la exportación tiene limitaciones temporales y formales.

En efecto, el artículo 64 contempla la situación de los desempleados que buscan trabajo en otro Estado miembro, sin que por ello pierdan su derecho a las prestaciones por desempleo que le hayan sido concedidas de conformidad con la legislación de su Estado de origen. De este precepto se desprende que pueden conservarse tales prestaciones al desplazarse a otro Estado miembro, pero solo durante un período de tres meses (como regla general), y siempre que se cumplan determinadas condiciones. Esta limitación temporal puede ampliarse hasta un máximo de seis meses por los servicios o instituciones competentes del Estado en cuestión.

En nuestro Sistema, el artículo 265.3 LGSS 2015 dispone que “Los trabajadores que provengan de los países miembros del Espacio Económico Europeo, o de los países con los que exista convenio de protección por desempleo, obtendrán las prestaciones por desempleo en la forma prevista en las normas de la Unión Europea o en los convenios correspondientes”.

Con esta misma lógica, los desempleados españoles pueden exportar durante tres meses la prestación por desempleo, prorrogables por otros tres en caso de que se justifique hallarse en un proceso de selección para obtener un trabajo o que tener expectativa cierta de un empleo. En caso de que no justifique dichas circunstancias, procede la pérdida del derecho a prestaciones (artículo 64.2 Reglamento 883/2004)³⁸⁸. Por tanto, la exportabilidad tiene dos grandes límites:

- El temporal, no pudiendo exceder de tres meses ampliables por otros tres.
- El formal, comunicar la ausencia

La Ley 1/2014, de 28 de febrero, añadió un nuevo supuesto de suspensión de la prestación (actual art. 271.1.g LGSS 2015) consistente en traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional. En tales casos se admite la suspensión de la prestación por un período continuado inferior a doce meses, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea.

Estas reglas no afectan a los supuestos de desplazamientos por menos de 15 días anuales, ya que (siempre que haya sido puntualmente informada o comunicada a la Administración española), no supone en principio ni suspensión ni extinción de la prestación de desempleo. Se trata de “una libranza temporal de la presencia del perceptor de la prestación de desempleo en el mercado de trabajo español,

³⁸⁷ STJCE 28 de abril de 1988, asunto 192/87, Vanhaeren

³⁸⁸ STSJ de Madrid, de 18 de abril de 2016, AS\2016\1057.

distinta pero semejante en algunos aspectos a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador ocupado³⁸⁹. Es lo que el TS ha pasado a denominar “prestación mantenida”, en contraposición a la “prestación suspendida” o “prestación extinguida”³⁹⁰.

6.7. Prejubilación

En el Reglamento 1408/71 no se contemplaban las prestaciones por prejubilación, incluyéndose en la Propuesta de Reglamento de 1999³⁹¹, y finalmente en el Reglamento 883/2004, que en su artículo 1.x) las define como todas las prestaciones en metálico, distintas de las prestaciones de desempleo y de las prestaciones anticipadas de vejez, concedidas a partir de una edad determinada, al trabajador que haya reducido, cesado o suspendido sus actividades profesionales hasta la edad en que pueda acogerse a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada, y cuyo disfrute no esté supeditado a la condición de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente.

No obstante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 66 del Reglamento 883/2004, a estas prestaciones no les resulta aplicable el principio de totalización de períodos, aunque sí los principios de igualdad de trato y exportación de prestaciones, como precisa SÁNCHEZ-RODAS³⁹², y ello en base a que los regímenes legales de prejubilación sólo existen en un reducido número de Estados miembros³⁹³

Respecto de su aplicación en España habría que distinguir entre “las ayudas legales a la jubilación de las prestaciones por prejubilación acordadas por convenio colectivo”³⁹⁴, de modo que mientras que las primeras encajarían en la definición comunitaria de prestaciones de prejubilación, las segundas no, por ser prestaciones de Seguridad Social complementaria.

6.8. PRESTACIONES FAMILIARES

Como mera anécdota, hay que recordar que ésta fue la prestación sobre la que versó la primera Sentencia del Tribunal de Luxemburgo en la que habían involucrados ciudadanos españoles: la sentencia de 23 de noviembre de 1990,

³⁸⁹ STS de 12 de octubre de 2012, RJ/2012/10707, Fundamento de Derecho Quinto.

³⁹⁰ STS de 22 de noviembre de 2011, reud 4065/2012. En la misma línea, STS de 21 de abril de 2015, RJ 2015/2178.

³⁹¹ Cfr. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDAS, C., «Las nuevas propuestas de la Comisión para modificar el Reglamento 1408/71. Prestaciones de desempleo y de prejubilación», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 157, 1998, págs. 67 y ss.

³⁹² SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Aranzadi, 2015.

³⁹³ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «La jubilación en el Derecho de la Unión Europea», en MONEREO PÉREZ y MALDONADO MOLINA (Dir.), *La Edad de Jubilación*, Comares, Granada, 2011.

³⁹⁴ DEL VALLE DEL JOZ, J.I., «La aplicación de las normas de coordinación a las prestaciones de prejubilación», en *La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, AA.VV., Laborum, Murcia, 2010, pág. 325.

C-99/89, asunto *Yáñez Campoy*, sobre el derecho de los trabajadores españoles en Alemania al subsidio familiar alemán, por los hijos en España, desde 1986, y no desde 1989, como pretendían las autoridades alemanas³⁹⁵.

El Capítulo VIII Reglamento 883/2004 (artículos 67 a 69) regula las prestaciones familiares, desarrollado por los artículos 58 a 61 del Reglamento 987/2009. Se excluyen de esta regulación los anticipos de pensiones alimenticias y los subsidios especiales de natalidad y adopción mencionados en el Anexo I.

El artículo 67 comienza aclarando que el requisito de residencia (que determinará el Estado responsable), se exigirá al que cause la prestación, pero no así a los miembros de su familia que residan en otro país.

El criterio general de actuación para con estas prestaciones consiste en aplicar una sola legislación, aquélla del Estado donde se dé la prestación de servicios, y totalizándose los periodos cotizados cuando así proceda. Ahora bien, este principio presenta como elemento característico que el Estado miembro competente habrá de abonar íntegramente, y a su exclusivo cargo, el importe de la prestación correspondiente, sin que los Estados en los que el beneficiario haya acreditado periodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia que hubieran tenido que computarse, en la medida necesaria, para adquirir el derecho a la prestación, tengan que abonar cantidad alguna.

Estas prestaciones las perciben los familiares, aunque se encuentren en país distinto del trabajador, pero realmente no porque sean exportables, sino porque “el trabajador o el desempleado se encuentran en el territorio del Estado competente, como de equiparación de residencia de los miembros de la familia”³⁹⁶. Estas reglas se aplican también a los supuestos de prestaciones por desempleo en que los familiares se hallan en Estado distinto del titular de la prestación (art. 74)³⁹⁷. Es más, como se dictó con un ciudadano español, si la concesión y la cuantía de una prestación por hijo a cargo están vinculadas a la residencia en el territorio de dicho

³⁹⁵ Han sido numerosas las Sentencias del Tribunal de Justicia sobre prestaciones familiares alemanas en relación con ciudadanos españoles: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de octubre de 2011, C-225/10, asunto *Pérez García y otros contra Familienkasse Nürnberg*; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de septiembre de 2002, C-471/99, asunto *Martínez Domínguez y otros*; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 12 de junio de 1997, C-266/95, asunto *Merino García/Bundesanstalt für Arbeit*; Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 1997, C-59/95, asunto *Bastos Moriana y otros*; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 28 de marzo de 1996, C-243/94, asunto *Moreno/Bundesanstalt für Arbeit*; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 23 de noviembre de 1995, C-394/93, asunto *Alonso Pérez/Bundesanstalt für Arbeit*; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 5 de octubre de 1995, C-321/93, asunto *Imbernon Martínez/Bundesanstalt für Arbeit*; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 13 de noviembre de 1990, C-99/89, asunto *Yáñez-Capoy/Bundesanstalt für Arbeit*.

³⁹⁶ STJCE de 13 de noviembre de 1990, *Yáñez-Campoy/Bundesanstalt für Arbeit*, C-99/89, EU:C:1990:394. Al respecto, *vid.* NEBOT LOZANO, L., «La nueva regulación de las prestaciones familiares en el Reglamento 1408/71. Los asuntos Pinna y Yáñez Campoy», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 157, 1998, pág. 80.

³⁹⁷ GÓMEZ MUÑOZ, J.M. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.T., «Bases del Sistema de Seguridad Social en la Unión Europea», *op.cit.*, pág. 68.

Estado del cónyuge del trabajador de que se trate, debe considerarse cumplido tal requisito cuando el cónyuge resida en el territorio de un Estado miembro³⁹⁸.

En conclusión, “la finalidad del capítulo 8 del Reglamento 883/2004 consiste, fundamentalmente, en impedir que un Estado miembro pueda hacer depender la concesión o la cuantía de las prestaciones familiares del requisito de la residencia de los miembros de la familia del trabajador en el Estado que las otorga, con objeto de garantizar así al trabajador migrante el ejercicio de su derecho a la libre circulación”³⁹⁹.

6.9. PRESTACIONES ESPECIALES NO CONTRIBUTIVAS

El Capítulo 9 (artículo 70) Reglamento 883/2004) es la norma que rige en exclusiva la coordinación de las “prestaciones especiales de carácter no contributivo”, precepto que recoge el antiguo artículo 10 bis. 1 del Reglamento 1408/1971, en su redacción dada por el Reglamento 1247/1992⁴⁰⁰.

El artículo 70 subraya su naturaleza jurídica compleja, a mitad de camino entre la Seguridad Social y la Asistencia Social, al indicar que se trata de prestaciones que “por su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión presenten características tanto de legislación de seguridad social a que se refiere el apartado 1 del artículo 3 como de asistencia social”.

Para que una prestación tenga esta consideración, deben concurrir tres circunstancias que la definen: su finalidad, su financiación, y que expresamente así lo estimen los Estados. En efecto, son tres las notas que simultáneamente deben confluír:

- 1) Su finalidad: deben tener por objeto proporcionar:
 - Bien prestar una cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de seguridad social que garantice a las personas en cuestión unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate
 - Bien “únicamente la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate”

³⁹⁸ STJCE de 5 de octubre de 1995, *Imbernon Martínez/Bundesanstalt für Arbeit*, C-321/93, EU:C:1995:306.

³⁹⁹ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Aranzadi, 2015.

⁴⁰⁰ Cfr. MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, *Derecho Social Europeo*, cit., pp. 218 y 245. Señalan estos autores que las prestaciones no contributivas de la Ley 26/1990 entran dentro de las llamadas prestaciones no contributivas «mixtas», cuyo régimen quedó aclarado por el Reglamento 1247/1992, que procedió a acoger la doctrina sentada por los distintos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Pues bien, estas prestaciones quedan al margen del principio de exportación de las prestaciones. Sobre el origen jurisprudencial del Reglamento 1247/1992, véase RECIO LAZA, A.M., *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria*, La Ley, Madrid, 1997, págs. 49 y 50.

2) Su financiación debe proceder exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, sin que “las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones no dependan de ninguna contribución del beneficiario”. Se matiza que las prestaciones concedidas para completar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo

3) Deben figurar en el anexo X.

Una de sus principales características es que no son exportables, “serán facilitadas en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan, y de conformidad con su legislación. Esas prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia”. Estamos, pues, ante una excepción a la norma comunitaria de exportabilidad general de las prestaciones de la Seguridad Social; y como excepción al principio de igualdad, su legalidad se condiciona a que no sea arbitraria, ni carente de fundamento objetivo suficiente.

En este contexto, la STJCE de 25 de febrero de 1999, *Swaddling C-90/1997*,⁴⁰¹, cuestionó si el requisito de residencia previa es compatible con el derecho a la libre circulación dentro de la Unión Europea. Esta Sentencia analizó qué debe interpretarse por residencia habitual conforme al art. 10 bis del Reglamento 1408/71 en el caso de emigrantes retornados⁴⁰². La Sentencia declara que el artículo 10 bis del Reglamento 1408/71, «en relación con lo dispuesto en la letra h) del artículo 1 de dicho Reglamento, se opone a que, en el caso de que una persona haya ejercido su derecho a la libre circulación para establecerse en otro Estado miembro en el que haya trabajado y fijado su residencia habitual, y haya regresado al Estado miembro de origen en el que reside su familia para buscar trabajo, este último Estado imponga (...) un requisito de residencia habitual en él que, además, implique la existencia de un período considerable de residencia» (apartado 33 y declaración final). De este modo, para el Tribunal prevalece la remoción de los perjuicios que eventualmente pudieran derivarse del ejercicio del derecho a la libre circulación por encima de las exigencias nacionales que vayan más allá del estricto requisito de residencia legal. Ello quiere decir que los períodos previos de residencia decaen en estos casos, bastando con acreditar la residencia legal.

7. LOS CONVENIOS BILATERALES

7.1. LA APLICACIÓN RESIDUAL DE LOS CONVENIOS BILATERALES

Una de las cuestiones que más controversia suscitó en su momento, y que suele plantearse tras la integración de un nuevo Estado en la Unión, es qué ocurre con los Convenios Bilaterales suscritos entre los diversos Estados antes de la

⁴⁰¹ RTJCE 1999\36.

⁴⁰² Un estudio sobre la misma en MALDONADO MOLINA, J.A., «El requisito de residencia en el nivel no contributivo de la Seguridad Social. A propósito de la STJCE de 25 de febrero de 1999, asunto C-90/1997, *Swaddling*», *AL*, núm. 6, 2000.

incorporación. Así sucedió en nuestro país⁴⁰³, aunque ya hay una respuesta clara del TJCE, con lo que la mayor parte de las dudas ya están resueltas. Pero siguen dado un enorme juego, ya que en ocasiones es más favorable aplicar dichos Convenios que el Reglamento, y la aplicación es posible si los períodos alegados corresponden a antes de 1986.

En efecto, el Tribunal de Justicia considera al respecto que la aplicación de las disposiciones comunitarias no puede acarrear una disminución de las prestaciones concedidas por la legislación de un país miembro, por lo que hay una cierta subsistencia de los Convenios Bilaterales⁴⁰⁴. De este modo, hay que dar preferencia a la aplicación de los Convenios Bilaterales frente a los Reglamentos comunitarios: no se entienden sustituidos los Convenios Bilaterales cuando éstos «implican para los trabajadores ventajas superiores a las que derivan de las normas comunitarias», como así ha hecho en España el Tribunal Supremo⁴⁰⁵, lo que conduce a una aplicabilidad residual de los Convenios Bilaterales⁴⁰⁶, como hemos analizado a propósito del cálculo de la base reguladora de la jubilación.

Ahora bien, esta doctrina no es aplicable con carácter general (ello conduciría a una inaplicación generalizada de la normativa comunitaria, impidiendo que cumpla su objetivo de coordinación común), sino únicamente para los períodos de seguro en los que el trabajador realizó la libre circulación antes de la entrada en vigor de los Reglamentos comunitarios y consiguiente sustitución de los Convenios Bilaterales⁴⁰⁷, como aclaró el TJCE en Sentencia de 9 de noviembre de 1995, *Thévenon*. Por tanto, «no nos hallamos ante el principio de norma más favorable, en el sentido de mantenimiento en vigor para todo trabajador de los convenios bilaterales, sino algo más simple: el reconocimiento de las expectativas de derecho surgidas al amparo de aquellos convenios, respecto a sus condiciones

⁴⁰³ Para las dudas suscitadas en los momentos posteriores a la integración, véase CEBRIÁN BADÍA, F.J., «El Derecho Comunitario y los Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social», *AL*, núm. 2, 1988; y MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Alcance de la derogación por el derecho comunitario de los convenios de Seguridad Social suscritos entre España y otros países miembros de la C.E.E.», *AL* núm. 44/89. Un análisis de estos Convenios antes de la integración española en 1986, en PÉREZ PÉREZ, M., «Convenios bilaterales de Seguridad Social ratificados por España», *RL*, núm. 2, 1985, y concretando el análisis del hispano alemán, CEBRIÁN BADÍA, F.J., «El convenio hispano-alemán de Seguridad Social de 1973», *AL*, núm. 18, 1985.

⁴⁰⁴ STJCE de 7 de febrero de 1991, *Rönfeldt*. Esta Sentencia aboga por tener en cuenta las disposiciones de los Convenios celebrados entre Estados miembros que impliquen para los trabajadores ventajas superiores a las que se derivan de la normativa comunitaria, ya que de lo contrario tendría lugar, como indica CAMÓS VICTORIA («Determinación de la base reguladora y cálculo de la nueva prestación de jubilación con cotizaciones en distintos Estados miembros de la Unión Europea», *Aranzadi Social*, núm. 4, 1998, pág. 44) «una limitación sustancial del alcance de los objetivos del artículo 51 (del Tratado de la CE), en la medida en que el trabajador que ejerce su derecho a la libre circulación se encontraría en una situación menos favorable que la que habría disfrutado de no hacer uso de este derecho». Sobre esta sentencia, véase igualmente GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E., «Relaciones entre legislación comunitaria y convenios bilaterales en materia de Seguridad Social de migrantes: de la sentencia Rönfeldt al caso Peschiutta», *RTSS*, núm. 5, 1992.

⁴⁰⁵ SSTS de 15 y 25 de octubre de 1993 (RJ 1993\9216 y RJ 1994\863).

⁴⁰⁶ En este sentido, véase OJEDA AVILÉS, A., *Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea*, Ed. Trotta, Madrid, 1994, págs. 30-36.

⁴⁰⁷ El TJCE inicialmente era categórico al respecto, estableciendo que «el principio de sustitución de las disposiciones de los convenios de Seguridad Social concluidos entre Estados miembros (...) tiene un alcance imperativo que no admite excepciones fuera de los casos expresamente estipulados» (STJCE de 7 de junio de 1973).

más beneficiosas para los trabajadores que en algún momento se sometieron a su aplicación» (OJEDA AVILÉS)⁴⁰⁸, por lo que respecto a los emigrantes españoles. En esta línea, la declaró la inaplicabilidad del Convenio Hispano-Alemán sobre el Reglamento 1408/1971 a los hechos causantes que se produzcan con posterioridad al 1 de enero de 1986, fecha de ingreso efectivo de España en la CEE⁴⁰⁹.

El Reglamento (CE) 988/2009, en su anexo II recoge supuestos en los que sí se aplican los Convenios Bilaterales, y que respecto de España son los siguientes:

El artículo 45, apartado 2 del Convenio hispano alemán (representación por autoridades diplomáticas y consulares)

-Artículo 22 del Convenio hispano portugués, durante un periodo de 2 años: sobre exportación ilimitada de las prestaciones por desempleo.

También hay que tener en cuenta, la doctrina contenida en las sentencias *Rönfeldt* y *Aristóteles Grajera*, que declaró la obligación de aplicar el artículo 25 del Convenio hispano alemán sobre base reguladora. En los supuestos previstos en el anexo II y las sentencias *Rönfeldt* y *Aristóteles Grajera*, no se aplican los Convenios en su totalidad, sino únicamente las disposiciones en cuestión.

Igualmente, como indicamos en el ámbito territorial, continúan en vigor los Convenios Bilaterales con un ámbito subjetivo distinto del Reglamento, como es el caso del Convenio entre España y el Reino Unido en lo relativo a los trabajadores de las islas de Jersey y Man.

7.2. EFECTOS ENCADENADOS: CONVENIOS CON TERCEROS PAÍSES Y SUS IMPLICACIONES EN ORDEN A LOS REGLAMENTOS

La cuestión a resolver es la siguiente. Si un comunitario alega en orden a la totalización períodos reconocidos en un tercer Estado pero que le han sido considerados como cotizados por su legislación nacional en base a un Convenio Bilateral ¿deben ser tenidos en cuenta?

Éste era el supuesto de hecho que en 1993 resolvió el TJCE en la Sentencia *Grana-Novoa*⁴¹⁰, considerando que a los efectos del Reglamento de coordinación de regímenes de Seguridad Social, el concepto de legislación no incluye las disposiciones de convenios internacionales de Seguridad Social celebrados entre un solo Estado miembro y un tercero Estado”, por mucho que dichos Convenios “hayan quedado integrados, con rango de Ley, en el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro interesado”. Sin embargo, en 2002 el Tribunal de Justicia cambió su criterio en el asunto *Gottardo*⁴¹¹, considerando que “las autoridades de Seguridad Social competentes de un primer Estado deben, con arreglo a las obligaciones

⁴⁰⁸ OJEDA AVILÉS, A., *Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea*, cit., pág. 33.

⁴⁰⁹ STS de 15 de febrero de 1993 (RJ 1993\1167), reiterada en STS de 25 de octubre de 1993 (RJ 1994\863), en la que se aplica la doctrina de la STS de 25 de febrero de 1992 (RJ 1992\1376), recogiendo de nuevo los fundamentos jurídicos de la STS de 15 de octubre de 1993.

⁴¹⁰ STJCE de 2 de agosto de 1993, *Grana-Novoa/Landesversicherungsanstalt Hessen*, C-23/92, EU:C:1993:339.

⁴¹¹ STJCE de 15 de enero de 2002, *Gottardo*, C-55/00, EU:C:2002:16

comunitarias que les incumben en virtud del artículo 39 CE, computar a efectos del derecho a prestaciones de vejez los períodos de seguro cubiertos en un país tercero por un nacional de un segundo Estado miembro cuando, en las mismas condiciones de cotización, dichas autoridades competentes reconocen, de conformidad con un convenio internacional bilateral celebrado entre el primer Estado miembro y el país tercero, el cómputo de dichos períodos cubiertos por sus propios nacionales⁷⁴¹².

Esta doctrina se materializó en una Recomendación de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, de 12 de junio de 2009, indicando que deben concederse a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros las mismas ventajas de que disfrutaban los trabajadores nacionales de un Estado miembro en virtud de un convenio bilateral de Seguridad Social que éste haya celebrado con un tercer Estado.

8. PENSIONES COMPLEMENTARIAS

Su coordinación se contempla, pero fuera de los Reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social, encontrando su fundamento en los artículos 51 y 235 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea –actuales artículos 58 y 352 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

Se recoge en la Directiva 98/49/CE, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad; y en la Directiva 2014/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión.

En España, la Directiva 98/49/CE resulta aplicable a las prestaciones que “se cobijan bajo el manto de las mejoras de Seguridad Social en sus distintas manifestaciones”⁷⁴¹³.

La Directiva 98/49/CE constituye un primer paso para la eliminación de obstáculos a la libre circulación en lo que respecta a las pensiones, recogiendo **el principio de igualdad de trato respecto al mantenimiento de los Derechos de pensión y la exportación de la prestación económica. A la vista de la creciente movilidad de trabajadores**, la Comisión Europea presentó una propuesta legislativa sobre la mejora de la adquisición y el mantenimiento de las pensiones complementarias en 2005 y en 2007 volvió a presentar una versión revisada. La propuesta permaneció bloqueada en el Consejo durante seis años,

⁴¹² Un análisis de las mismas, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Aranzadi, 2015.

⁴¹³ CASTRO ARGÜELLES, M^a.A. y MARTÍNEZ MORENO, C., «La Protección de las Prestaciones Complementarias de Seguridad Social (Directiva 98/49/CE)» en *La Trasposición del Derecho Social Comunitario al Ordenamiento Español*, en AA.VV., Ministerio de Trabajo, Madrid, 2005, pág. 683.

ya que era necesario alcanzar la unanimidad. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el texto pudo ser respaldado por mayoría cualificada en el Consejo. Finalmente, la propuesta fue aprobada el 16 de abril de 2014: la Directiva 2014/50/UE, que tiene como objetivo impedir que los trabajadores pierdan los derechos de pensión complementaria adquiridos en un país de la UE cuando se desplacen a otro Estado miembro⁴¹⁴.

9. CONCLUSIONES: NUEVOS AIRES Y NUEVOS VIENTOS

La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social nació como una herramienta al servicio de la libre circulación de trabajadores (1958), pero la extensión subjetiva de los Sistemas nacionales ha determinado que esta coordinación sea un mecanismo para facilitar la libre circulación de personas, general.

Esta ampliación de su ámbito subjetivo puede situarse en 2004, con el nuevo Reglamento de Coordinación. Y precisamente coincide con un escenario cambiante en otros aspectos, que han generado tensiones entre la prevención del “turismo social” y el derecho a la libre circulación. Esta tensión se representa en la aprobación el mismo 2004 de los dos instrumentos claves en la materia: el Reglamento 883/2004/CE, por un lado; y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (la llamada “Directiva de ciudadanía”).

Era una época de cambios, en la que se adhieren diez nuevos Estados (económicamente débiles), los Sistemas de Protección social incorporan nuevas prestaciones (dependencia, riesgo durante el embarazo, políticas activas de empleo, rentas asistenciales); la movilidad transnacional aumenta, por la crisis económica pero también por la filosofía de vida de las nuevas generaciones.

A ello se suma que siguen concurriendo sistemas más *beveridgeanos* con otros más *bismarckianos* (puros hay menos), lo cual sigue complicando la coordinación desde un punto de vista técnico. No es casualidad que el Reino Unido fundamentara la necesidad de un estatus especial en que su sistema de protección social es más atractivo a los movimientos migratorios en base a su modelo *beveridgeanos*.

Esta tensión se ha materializado en la introducción de límites en la coordinación de prestaciones asistenciales y de subsistencia para personas sin suficiencia económica, restricciones que han encontrado el apoyo en la jurisprudencia del TJUE, fundándose en el interés superior que supone garantizar la solvencia económica de los Sistemas nacionales de Seguridad Social. Y se asientan en el

⁴¹⁴ Establece unos requisitos mínimos que todos los países de la Unión deben cumplir. En relación a la adquisición de derechos de pensión, se determina que el periodo en que un trabajador tiene que estar inscrito en el régimen para conservar los derechos de pensión complementaria, que no podrá exceder los tres años. Si un empleado deja un régimen de pensión antes de adquirir derechos consolidados, le serán reembolsadas sus contribuciones. En cuanto al mantenimiento de las pensiones complementarias, un trabajador que abandona un sistema de pensión tiene derecho a mantener sus derechos de pensión adquiridos en ese régimen, a menos que esté de acuerdo en recibirlos en capital. El plazo del que disponen los Estados miembros para transponer esta directiva finaliza el 21 de mayo de 2018.

requisito de residencia (sin ser una carga). Exponentes de estos nuevos vientos son las Sentencias que desde 2013 se están dictando, normalmente en el ámbito de la asistencia social, pero desde junio de 2016 también en Seguridad Social.

Estas orientaciones restrictivas se asientan en la prevención del “turismo social”, pero en ocasiones enmascaran estrategias populistas, o sirven de coartada a estrategias políticas más amplias, como ha ocurrido con el Reino Unido y sus exigencias para ostentar trato especial y que finalmente ha desembocado en el abandono de la Unión (el *Brexit*).

La propuesta de reforma de diciembre de 2016 es una marcha atrás, ya no solo son nuevos vientos, sino un huracán que sitúa el principio de igualdad en el año 1958, dejando fuera de dicho principio la coordinación en materia de Seguridad social en caso de personas económicamente no suficientes, lo que excluye el ámbito de los trabajadores y los desempleados. Ciertamente, las cifras han sido determinantes para esta marcha atrás, que sitúa la libre circulación en el siglo pasado: a los que trabajan o buscan trabajo.

Comunicaciones a la Segunda Ponencia

LIBRE CIRCULACIÓN, DERECHO DE RESIDENCIA Y ACCESO A PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

(A propósito de la stjue de 14 de junio de 2016, comisión v. Reino unido, c-308/14, y de la comunicación de la comisión europea de 13 de diciembre de 2016 por la que propone modificar la normativa europea de coordinación de los sistemas de seguridad social)

(Premio Mejor Comunicación Ex Aequo)

Miguel Ángel Almendros González
*Profesor Titular (Catedrático acreditado) de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

Sumario

1. El contexto: Interpretación restrictiva de la libre circulación y del derecho de residencia en relación con el acceso a prestaciones sociales
2. La confirmación: Análisis de la STJUE de 14 de junio de 2016.
 - 2.1. Las prestaciones familiares como prestaciones de Seguridad Social.
 - 2.2. El artículo 11.3.e del Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de la Seguridad Social, como *norma de conflicto*.
 - 2.3. El requisito de tener derecho de residencia para acceder a prestaciones familiares es conforme al Derecho europeo.
 - 2.4. Igualdad de trato en el acceso a prestaciones sociales y discriminaciones indirectas justificadas.
3. Consecuencias: el derecho a prestaciones de seguridad social de nacionales económicamente inactivos de otros estados miembros puede quedar condicionado a tener reconocido el derecho de residencia. La “sorprendente” comunicación de la comisión europea de 13 de diciembre de 2016

1. El contexto: interpretación restrictiva de la libre circulación y del derecho de residencia en relación con el acceso a prestaciones sociales

Como se sabe, uno de los principios constitutivos de la UE es la libre circulación de trabajadores⁴¹⁵, que se configura en el artículo 45 del TFUE como un derecho fundamental que conlleva la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y demás condiciones de trabajo, y también respecto a la protección social. De esta manera, todo ciudadano de un Estado miembro tiene derecho a buscar empleo en otro Estado miembro en las mismas condiciones que sus nacionales, y también a permanecer en el país de acogida por un período de tiempo que le permita buscar trabajo, solicitar empleo y ser contratado. Por otro lado, el artículo 21 del TFUE reconoce el derecho de todo ciudadano de la UE a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. En este sentido, la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, no somete a condición o formalidad alguna la residencia durante los primeros tres meses, pero sí cuando se trata de un tiempo superior. En concreto, el derecho de los ciudadanos de un Estado miembro a residir en el territorio de otro Estado miembro, sin ejercer en él una actividad laboral o profesional no es incondicional, sino que se pueden exigir determinados requisitos.

De esta forma, un ciudadano de la UE que reside en cualquier otro Estado miembro tiene en principio derecho a acceder a prestaciones sociales en igualdad de condiciones que sus nacionales. En este sentido se pronunciaba abiertamente el TJUE⁴¹⁶, aunque posteriormente fue precisando y matizando su posición⁴¹⁷.

⁴¹⁵ *Vid.* Reglamento UE 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión Europea.

⁴¹⁶ Como se aprecia, por ejemplo, con la STJUE de 20 de septiembre de 2001, asunto Grzeleczyk, C-184/99, que reconoce a un estudiante que reside en otro estado miembro (Bélgica) acceder en igualdad de condiciones a una prestación social consistente en un ingreso mínimo de subsistencia (conocido como “minimex”); o con la STJUE de 11 de julio de 2002, asunto D’Hoop, C-224/98, que reconoce que el Derecho europeo se opone a que un Estado miembro deniegue a uno de sus nacionales, en este caso una estudiante en busca de un primer empleo, la concesión de unas prestaciones sociales (denominados subsidios de espera) por el mero hecho de haber finalizado sus estudios secundarios en otro Estado miembro.

⁴¹⁷ En particular sobre la situación de las personas que buscan su primer trabajo, puesto que no tienen estatuto de trabajador alguno que puedan conservar. Así, la STJUE de 23 de marzo de 2004, asunto Collins, C138/02, declara que el derecho a la igualdad de trato no se opone a una normativa nacional (en este caso, la británica) que supedita la concesión de un subsidio para demandantes de empleo (en este caso, un demandante de empleo que ya trabajó 17 años antes en el Reino Unido) a un requisito de residencia, siempre que este requisito se justifique sobre la base de consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas interesadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional. Igualmente se pronuncian sobre esta cuestión, la STJUE de 4 de junio de 2009, asuntos Vatsouras, C-22/08, y Koupatantze, C-23/08.

De este modo, la jurisprudencia del TJUE ha evolucionado hacia una tendencia restrictiva a la hora de reconocer el derecho de acceso a prestaciones sociales. Así, ha confirmado que pueden denegarse prestaciones de subsistencia: a las personas no activas económicamente o que estén en situación de búsqueda de empleo cuando supongan un carga excesiva para el sistema de asistencia social (STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto Brey, C-140/12), a quienes se trasladen a otro Estado miembro con el único objetivo de obtener una ayuda social pero sin tener derecho de residencia por falta de medios económicos suficientes, que, tal y como veremos, exige la Directiva 2004/38/CE (STJUE de 11 de noviembre de 2014, asunto Dano, C-333/13), a quienes pretendan acceder a “prestaciones especiales en metálico no contributivas” que constituyen prestaciones de asistencia social, igualmente sin cumplir con las exigencias de la Directiva 2004/38/CE para disfrutar del derecho de residencia (STJUE de 15 de septiembre de 2015, asunto Alimanovic, C-67/14), o a los solicitantes de prestaciones durante los tres primeros meses de estancia (STJUE de 25 de febrero de 2016, asunto García-Nieto, C-299/14). En todos estos casos se confirma que *el Estado miembro de acogida puede denegar prestaciones de asistencia social a nacionales de otros Estados miembro que no tengan derecho de residencia conforme a la Directiva 2004/38/CE*,⁴¹⁸ y en particular, en relación con ciudadanos de la UE económicamente no activos, por constituir una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida en caso de estancias de menos de 3 meses (artículos 6 y 14.1), o si no disponen, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social, ni de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos, en caso de residencia de más de 3 meses (artículos 7.1.c y 14.2).

Esta situación encaja en el contexto generalizado de crisis económica y financiera que afecta a los Estados miembros de la UE. Así, en un marco de recortes de los sistemas de protección social, y en particular de la Seguridad Social, los sistemas nacionales aplican medidas específicas para restringir el acceso a prestaciones sociales, en particular a ciudadanos de otro Estado miembro.

En el caso particular del Reino Unido, Estado miembro especialmente receloso a la hora de ceder soberanía para la ejecución de políticas europeas, y entre ellas las políticas sociales, su incomodidad en el seno de la UE era una cuestión conocida desde siempre, pero acentuada en los últimos años. Desde hacía tiempo se estaban gestando posibles soluciones para lograr su encaje adecuado en la UE. De hecho, para el caso de que el Reino Unido tras la celebración del referéndum de junio de 2016 no hubiera decidido la salida de la UE, se habían previsto en las Conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo en la reunión del 18 y 19 de febrero de 2016 una

⁴¹⁸ Como se señala en la Ficha técnica sobre la Unión Europea *La libre circulación de trabajadores* (2016), llama la atención cómo el TJUE parece permitir a los Estados miembros denegar el acceso en igualdad de condiciones a la asistencia social sin necesidad de poner fin al derecho de residencia del ciudadano que no ejerce una actividad económica. Con este enfoque podría peligrar la cohesión social de los Estados miembros de acogida al crearse una subclase de ciudadanos de la Unión que, a pesar de no poder ser expulsados, se ven obligados a subsistir sin la asistencia social de la que se benefician los nacionales del Estado de acogida.

serie medidas especiales para el Reino Unido que tenían en cuenta sus inquietudes y preocupaciones y con las que se pretendía encontrar soluciones satisfactorias para ambas partes, medidas que lógicamente, como decíamos, solo serían de aplicación si el Reino Unido hubiera decidido permanecer en la UE. Entre tales medidas estaban previstas tanto una Declaración de la Comisión sobre cuestiones relacionadas con el abuso del derecho de libre circulación de personas (Anexo VII) como una Decisión del Consejo Europeo relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido (Anexo I) que incluía un apartado específico sobre *Prestaciones sociales y libre circulación (Sección D)* en el que se manifestaba que “los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros, que el Derecho de la Unión coordina pero no armoniza, están estructurados de manera diversa, y esto puede por sí mismo atraer a trabajadores de determinados Estados miembros”, por lo que “es legítimo tener en cuenta esta situación y contemplar, tanto a escala de la Unión como nacional, y sin crear discriminaciones directas o indirectas injustificadas, medidas que limiten los flujos de trabajadores de una escala tal que generen efectos negativos tanto para los Estados miembros de origen como para los de destino”.

De este modo, para el caso de que el Reino Unido hubiera decidido permanecer en la UE la Decisión del Consejo Europeo proponía interpretar las normas de la UE de tal modo que tuvieran en cuenta que los Estados miembros tienen derecho a definir los principios fundamentales de sus sistemas de Seguridad Social y disfrutan de un amplio margen discrecional para determinar y ejecutar sus políticas sociales y de empleo, incluido el establecimiento de condiciones para el acceso a las prestaciones sociales. Así, se revisa el principio de libre circulación, precisando que:

- 1) el derecho a la libre circulación de trabajadores sin discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 45 del TFUE) puede estar sujeto a limitaciones, además de por las consabidas razones de orden público, seguridad pública o salud pública, por imperiosas *razones de interés general*, tales como fomentar la contratación, reducir el desempleo, proteger a los trabajadores o la *sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social*;
- 2) la libre circulación está sujeta a las condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (artículo 21 del TFUE), por lo que de conformidad con la Directiva 2004/38/CE, el derecho de las personas económicamente no activas a residir en el Estado miembro de acogida depende de que dichas personas dispongan para sí y los miembros de su familia de recursos suficientes para no convertirse en una carga para su sistema de asistencia social, y de que dispongan de un seguro de enfermedad con cobertura total, y de este modo los Estados miembros tienen la posibilidad de denegar las prestaciones sociales a personas que ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado miembro cuando no dispongan de recursos suficientes para optar al derecho de residencia, y podrán rechazar peticiones de asistencia social (incluyendo cualquier prestación de

subsistencia, también las previstas para facilitar el acceso al mercado de trabajo)⁴¹⁹ formuladas por ciudadanos de otros Estados miembro que no disfruten de un derecho de residencia o que tengan autorización de residir en su territorio únicamente para buscar empleo.

- 3) las personas que disfruten de la libre circulación estarán sometidas a las leyes del Estado miembro de acogida, estando facultado para tomar medidas destinadas a prevenir el abuso de derecho o el fraude y para adoptar medidas restrictivas necesarias para protegerse de aquellas personas cuya conducta pueda representar una amenaza real y grave para el orden o la seguridad pública.

Es cierto que a causa de la salida del Reino Unido de la UE tales medidas no tienen por qué ser aplicadas⁴²⁰, al menos en virtud de esa Decisión del Consejo Europeo del 18 y 19 de febrero de 2016, pero identifican claramente los problemas que para algunos Estados miembro puede tener la aplicación del principio de libre circulación.

Pues bien, en este contexto, definido tanto por estas iniciativas limitativas del derecho de libre circulación, del derecho de residencia y del derecho a la igualdad de trato por razón de nacionalidad en el acceso a prestaciones sociales, como por la restrictiva interpretación del TJUE en relación a tales derechos, aparece la STJUE de 14 de junio de 2016, Comisión v. Reino Unido, C-308/14.

2. La confirmación: análisis de la STJUE de 14 de junio de 2016

La línea interpretativa restrictiva de los derechos de libre circulación, de residencia y de acceso a prestaciones sociales por parte de ciudadanos de la UE que el TJUE ya venía aplicando ha sido confirmada con una nueva sentencia: la STJUE de 14 de junio de 2016 (C-308/14). Dicha sentencia justifica la actuación del gobierno británico de restringir la concesión de prestaciones familiares, en concreto en forma de determinado complemento familiar de carácter semanal destinada a cubrir parte de los gastos que, para quien tiene hijos a su cargo, derivan del cuidado de los mismos (*child tax credit* del artículo 141 de la *Social Security Contributions and Benefits Act* de 1992) y de un crédito fiscal por hijo a cargo (*child tax credit*, regulado por *Tax Credits Act* de 2002, regla 3^a)⁴²¹ a los nacionales

⁴¹⁹ En todo caso, hasta la STJUE de 14 de junio de 2016, C-308/14, en ningún caso se hablaba de que pudiera afectar también a prestaciones expresamente reconocidas como de Seguridad Social.

⁴²⁰ Como señala expresamente el apartado 1.4 de las Conclusiones de la Reunión del Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016, se da por entendido que, si el resultado del referéndum en el Reino Unido fuera su salida de la UE, como efectivamente lo ha sido, lo previsto en dicha Decisión “dejará de existir”. Por eso, las modificaciones previstas en relación con el derecho de libre circulación, y en particular del Reglamento 883/2004 y del Reglamento 492/2011, no iban a tener lugar... por el momento.

⁴²¹ Es común que en los sistemas nacionales de protección social a la familia estén implicadas diversas políticas sociales (vivienda, educación, sanidad, etcétera), pero destacan especialmente las ayudas, beneficios y prestaciones familiares específicas con las que cuenta tanto el sistema de Seguridad Social como el sistema fiscal.

de los demás Estados miembros que no tengan derecho de “residencia legal”⁴²². Siendo más precisos, en realidad, para que los ciudadanos de la Unión Europea residentes en el Reino Unido puedan ser beneficiarios de prestaciones familiares (complemento familiar semanal y crédito fiscal por hijo a cargo), la normativa británica exige, entre otros, tres requisitos acumulativos: encontrarse físicamente en el territorio nacional, residencia habitual en el mismo y tener reconocido el derecho de residencia. Este último es el que se cuestiona por la Comisión y el que motiva su recurso por incumplimiento contra el Reino Unido.

2.1. Las prestaciones familiares como prestaciones de Seguridad Social

El asunto que se discute se refiere a la denegación de unas “prestaciones familiares”⁴²³ a ciudadanos de la UE de otros Estados miembro por carecer de derecho de residencia. Pero, tales prestaciones familiares ¿son prestaciones de asistencia social o prestaciones de seguridad social? La cuestión no es irrelevante, pues: por un lado, el artículo 7.b de la Directiva 2004/38/CE condiciona el derecho de residencia a no constituir “una carga para la asistencia social” (nada dice respecto de la Seguridad Social); y por otro la doctrina del propio TJUE que, como ya hemos visto, basándose en el artículo 24 de la misma Directiva 2004/38/CE, ha declarado en reiteradas ocasiones que *las prestaciones de asistencia social* (prestaciones especiales en metálico no contributivas) *pueden denegarse si no se cumple con los requisitos para tener reconocido el derecho de residencia*⁴²⁴, pero hasta este momento no existían pronunciamientos sobre si podría afectar también a las prestaciones de Seguridad Social. Por eso las partes insisten en esta cuestión, presentando en cada caso argumentos a favor o en contra de su carácter asistencial: (1) la Comisión defendiendo que no se trata de prestaciones de asistencia social, sino de Seguridad Social, para eludir la aplicación de dicha jurisprudencia; (2) el

⁴²² En el presente caso, el de nacionales de otro Estado miembro que no desempeñan ni trabajo por cuenta ajena ni trabajo por cuenta propia, subyacen dos interpretaciones del término “residencia legal”, (1) aquella que, como veremos más adelante, exige para la misma que el interesado cuente con medios económicos suficientes (conforme a la Directiva 2004/38/CE), y a la que, por tanto, no accederían los nacionales de otro Estado miembro no activos o que se encuentren en proceso de búsqueda de empleo sin recursos suficientes; y (2) aquella que no la supedita a ningún requisito previo (conforme al Reglamento CE núm. 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social; y su Reglamento CE núm. 987/2009, por el que se adoptan sus normas de aplicación).

⁴²³ El artículo 1.z del Reglamento CE 883/2004, entiende por prestaciones familiares “todas las prestaciones en especie o en metálico destinadas a hacer frente a los gastos familiares”, pero con expresa exclusión de las pensiones alimenticias y los subsidios especiales de natalidad y adopción.

⁴²⁴ De entre todas las sentencias a las que nos hemos referido, el TJUE toma como principal referente la STJUE de 19 de septiembre de 2013, caso Brey, C-140/12.

Reino Unido que se trata de prestaciones de Asistencia Social, para, en cambio, acogerse a la misma⁴²⁵.

Pues bien, el TJUE se pronuncia en el sentido de que las prestaciones familiares controvertidas *son prestaciones de Seguridad Social*, y que por tanto, están incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004, ya que, siguiendo doctrina anterior⁴²⁶, unas prestaciones que se conceden automáticamente a las familias que responden a ciertos criterios objetivos, en particular, relativos al número de sus miembros, sus ingresos y sus recursos patrimoniales, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, y que están destinadas a compensar cargas familiares deben tener la consideración de prestaciones de Seguridad Social. De este modo, para determinar que se tratan de prestaciones de Seguridad Social el TJUE considera decisivo no el criterio de la fuente de financiación, sino el constituir un auténtico derecho subjetivo del solicitante que cumple determinados requisitos objetivos⁴²⁷. Sin embargo, esta consideración, en principio favorable a las pretensiones de la Comisión, no hacía prever la posición que luego adoptaría el TJUE en relación con las siguientes cuestiones.

2.2. El artículo 11.3.e del Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de la seguridad social, como norma de conflicto

El Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social fija una serie de principios comunes que deben respetar las legislaciones de los Estados miembros y que garantizan que las personas que ejercen su libertad de

⁴²⁵ El Reino Unido lleva su argumentación a favor del carácter asistencial de tales prestaciones hasta el extremo de destacar que (1) los complementos familiares constituyen prestaciones universales no contributivas cuyo coste se financia con carácter general mediante impuestos (argumento que podría ser adecuado en otro modelo de Seguridad Social, pero no en el británico, puesto que precisamente su financiación vía impositiva es lo que caracteriza a los sistemas de Seguridad Social de tipo beveriano, como el británico), y (2) que los solicitantes de complementos familiares que disponen de mayores ingresos están sujetos a la obligación tributaria de restituir un importe equivalente, como máximo, a los complementos percibidos. Pero por si acaso no son tenidas en cuentas estas alegaciones, recurre a otra estrategia de defensa, argumentando respecto de la citada STJUE de 19 de septiembre de 2013, caso Brey, C-140/12, cuyo fallo le resulta favorable, que la versión lingüística que de ella debe prevalecer es la francesa y la alemana (y no la inglesa), que hablan de “prestaciones sociales”, concepto amplio que incluiría también a las prestaciones de Seguridad Social.

⁴²⁶ Sentencias del TJUE de 16 de julio de 1992, asunto Hughes, C-78/91 (apartado 22) y de 10 de octubre de 1996, Hoever y Zachow, C-245/94 y C-312/94 (apartado 27).

⁴²⁷ En este mismo sentido, la ficha informativa de la Comisión Europea de 13 de diciembre de 2016 *Question and Answer on the revision of social security coordination rules*, insiste en que la diferencia básica entre Seguridad Social y Asistencia Social es que el derecho a percibir las prestaciones de Seguridad Social (tanto contributivas como no contributivas) es reconocido legalmente a los ciudadanos que cumplen determinados requisitos, con independencia de cual sea su situación económica, mientras que las prestaciones de Asistencia Social (que tiene como objetivo la lucha contra la pobreza y garantizar unos medios mínimos de subsistencia) se reconocen tras un examen individual del estado de necesidad del solicitante, y su cuantía depende de la situación económica y social del Estado y de su sostenibilidad financiera y presupuestaria.

circulación y residencia dentro de la Unión no se vean perjudicadas por los diversos sistemas nacionales por haber hecho uso de dicha libertad.

Pues bien, el artículo 11.3.e) de dicho Reglamento 883/2004, en relación con las prestaciones de Seguridad Social, considera que las personas que no ejerzan una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia “estarán sujetas a la legislación del Estado miembro de residencia”. Este criterio de “residencia habitual” no es un requisito necesario (ni suficiente) para ser beneficiario de las controvertidas prestaciones familiares. A juicio del TJUE, dicho precepto constituye solo una “norma de conflicto” destinada a determinar la legislación nacional aplicable a la percepción de las prestaciones de Seguridad Social que constituyen el ámbito de aplicación del Reglamento, y entre las que se encuentran las prestaciones familiares. Por ello, *como norma de conflicto, no tiene por objeto determinar los requisitos materiales para que exista el derecho a las prestaciones de Seguridad Social, cosa que en principio corresponde a la legislación nacional aplicable*⁴²⁸. De este modo, no instituye un régimen común de Seguridad Social, sino que deja subsistir los distintos regímenes nacionales y su único objetivo es articular la coordinación entre éstos⁴²⁹ a fin de garantizar el ejercicio efectivo de la libre circulación de personas⁴³⁰ (*vid.* apartados 65 y 67). En consecuencia, y esto es lo relevante a los efectos del fallo del TJUE, dicha norma de conflicto no resulta desvirtuada por el *criterio del derecho de residencia* (que, conforme a la Directiva 2004/38/CE, exige la legislación británica y que presupone disponer recursos económicos suficientes), pues éste forma parte integrante de los requisitos (nacionales) exigidos para el reconocimiento de las controvertidas prestaciones familiares. Así, a juicio del TJUE, no es que la legislación británica imponga un requisito adicional al del Reglamento, sino que una vez determinada la legislación aplicable para el acceso a las prestaciones familiares en base a la regla la residencia habitual que establece dicho Reglamento, se aplica la legislación nacional y los requisitos que ésta exige, entre éstos, el tener derecho de residencia conforme esos criterios de la Directiva 2004/38/CE.

2.3. El requisito de tener derecho de residencia para acceder a prestaciones familiares es conforme al Derecho europeo

Como ya hemos señalado al comienzo del análisis de esta sentencia, el Reglamento CE 883/2004 interpretaba “residencia” como el lugar en que una persona reside habitualmente, y “estancia” como residencia temporal (artículo

⁴²⁸ En este sentido, *vid.* sentencias del TJUE de 19 de septiembre de 2003, asunto Brey, C-140/12 (apartado 41) y de 11 de noviembre de 2014, asunto Dano, C-333/13 (apartado 89).

⁴²⁹ En esta misma línea, el propio Considerando 4 del Reglamento 883/2004 manifestaba que es necesario respetar las características especiales de las legislaciones nacionales en materia de seguridad social y establecer únicamente un sistema de coordinación.

⁴³⁰ Teniendo en cuenta que su finalidad no es solo evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales, sino también impedir que las personas se puedan ver privadas de protección en materia de Seguridad Social a falta de legislación que les resulte aplicable, cosa que condicionaría el ejercicio de la libre circulación.

1.j-k); en cambio, para la Directiva 2004/38/CE, una persona que no es activa económicamente, que no tiene la condición de trabajador, solo tendría derecho de residencia por más de 3 meses si dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no ser una carga para la asistencia social del Estado miembro durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida. Precisamente ésta de la Directiva 2004/38/CE es la interpretación que asume la normativa británica, con el objeto de garantizar que las prestaciones se abonen a personas suficientemente integradas en el Reino Unido, y frente a la que reclama la Comisión. Por tanto una cosa es “residir habitualmente” y otra “tener derecho de residencia”. Las posiciones enfrentadas de las partes en el caso de la STJE de 14 de junio de 2016 precisamente obedecían a qué interpretación prevalece, si la del Reglamento o la de Directiva. La Comisión sostiene que para acceder a la prestación familiar basta con la residencia habitual de la que habla el Reglamento, la que se determinará en función de las circunstancias de hecho y de la situación de las personas, con independencia de su estatuto jurídico en el Estado de acogida y que no está supeditado a eventuales requisitos legales previos⁴³¹, por lo que el Reino Unido contraría el Derecho de la Unión cuando añade el requisito de tener derecho de residencia, lo que, conforme a la Directiva, supone contar con recursos suficientes. Implícitamente, la Comisión argumenta el principio jerárquico, que un Reglamento prevalece sobre la Directiva. Pero ya hemos visto en el punto anterior cómo es desmontada toda esta estrategia argumentativa al considerar que en este asunto dicho Reglamento constituye una norma de conflicto que solo tiene por objeto determinar la legislación aplicable.

2.4. Igualdad de trato en el acceso a prestaciones sociales y discriminaciones indirectas justificadas

Sin perjuicio de otras referencias normativas europeas, en materia de prestaciones de Seguridad Social el artículo 4 (Igualdad de trato) del Reglamento 883/2004 dispone que los ciudadanos de la UE podrán acogerse a los beneficios y a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro “en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento”⁴³². En este caso, de denegación de unas prestaciones de Seguridad Social, unas prestaciones familiares, es obvio que no es así, sino que la legislación británica genera una desigualdad de trato entre sus propios nacionales

⁴³¹ En misma línea interpretativa que la STJUE de 25 de febrero de 1999, asunto Swaddling, C-90/97, que sostenía que por “residencia” se entiende el lugar donde se encuentra el centro habitual de los intereses de la persona, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, la situación familiar del trabajador, las razones que le han llevado a desplazarse, o la duración y continuidad de su residencia.

⁴³² Por su parte, el artículo 24 de la Directiva 2004/38/CE reconocía que todos los ciudadanos de la UE que, conforme a la misma, residan en el Estado miembro de acogida “gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales de dicho Estado”, teniendo en cuenta que “no están obligados a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social” durante los primeros tres meses de residencia, o por más tiempo si se tratara de ciudadanos que entraran en el territorio de dicho estado para buscar trabajo. No obstante, dicha regulación no viene al caso, puesto que las prestaciones familiares controvertidas han sido expresamente consideradas como prestaciones de Seguridad Social, no de asistencia social.

y los nacionales de los restantes Estados miembro⁴³³. Por ello, considera que el requisito de la regularidad de la residencia de un nacional de otro Estado miembro provoca una *discriminación indirecta*, considerando como tal aquella que por su propia naturaleza puede afectar en mayor medida a los nacionales de otros Estados miembro que a los propios nacionales⁴³⁴.

Sin embargo, y una vez dicho esto, el TJUE entiende dicha discriminación como *justificada*, recordando que para estar justificada una discriminación, ésta debe ser adecuada para garantizar la consecución de un objetivo legítimo y no debe ir más allá de lo que es necesario para alcanzar ese objetivo⁴³⁵. De este modo, a juicio del TJUE, la *necesidad de comprobar la regularidad de la residencia en el momento del reconocimiento de una prestación social* cumple con los dos requisitos exigidos:

- El *objetivo legítimo* es la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida, especialmente como argumenta el TJUE en el caso de las personas procedentes de otros Estados miembros que no ejercen actividades económicas, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado⁴³⁶.

- La *proporcionalidad de la medida* queda acreditada por tratarse de una comprobación de la regularidad de la residencia de los ciudadanos de la UE conforme a la Directiva 2004/38, cuyo artículo 14.2 precisa que solo se gozará del derecho de residencia mientras se cumplan las condiciones establecidas, pudiendo los Estados miembros comprobar su cumplimiento, pero solo en los casos específicos en los que existan dudas razonables, no de forma sistemática (artículo 14.3 de la Directiva 2004/38/CE).

* * *

En resumen, la STJUE de 14 de junio de 2016 (C-308/14) plantea y resuelve las siguientes cuestiones: 1) las prestaciones familiares, aunque se financien básicamente a través del sistema impositivo (impuestos) y no con cotizaciones de los beneficiarios, ¿constituyen prestaciones de la Seguridad Social?: *si*; 2) el Reglamento 883/2004 ¿establece un régimen común de Seguridad Social, sometiendo el acceso a prestaciones a determinados requisitos?: *no*, es simplemente una norma de conflicto que tiene por objeto fijar los criterios para determinar la legislación nacional aplicable e impedir que un ciudadano pueda quedar desprotegido porque no le resulte de aplicación ninguna; 3) ¿se opone el Derecho de la Unión Europea

⁴³³ Incluso el mismo Reino Unido reconocía en sus alegaciones que el cumplimiento de los requisitos para acceder a las prestaciones familiares en cuestión es más fácil en el caso de sus propios nacionales que en el de los nacionales de otros Estados miembros y que se trata de una medida indirectamente discriminatoria.

⁴³⁴ Por todas, vid. la STJUE de 13 de abril de 2010, caso Bressol y otros, C-73/08 (apartado 41).

⁴³⁵ STJUE de 20 de junio de 2013, caso Giersch y otros, C-20/12 (apartado 46).

⁴³⁶ Apartado 80. En este mismo sentido, *vid.* sentencias del TJUE de 20 de septiembre de 2001, asunto Grzelezyk, C-184/99 (apartado 44), de 15 de marzo de 2005, asunto Bidar, C-209/03 (apartado 56), de 19 de septiembre de 2013, asunto Brey, C-140/12 (apartado 61) y de 11 de noviembre de 2014, asunto Dano, C-333/13 (apartado 63).

al requisito de tener derecho de residencia conforme a los criterios de la Directiva 2004/38/CE para poder acceder a las prestaciones familiares controvertidas?: *no*; y 4) ¿constituye esa exigencia de tener derecho de residencia una diferencia de trato entre nacionales británicos y ciudadanos de otros Estados miembro?, *si*, pero justificada.

3. Consecuencias: el derecho a prestaciones de seguridad social de nacionales económicamente inactivos de otros Estados miembros puede quedar condicionado a tener reconocido el derecho de residencia. La “sorprendente” comunicación de la comisión europea de 13 de diciembre de 2016

Lo que de novedoso aporta y añade la STJUE de 14 de junio de 2016 (C-308/14) a la línea interpretativa restrictiva que durante los últimos años viene refrendando el TJUE, a la que ya nos hemos referido, y por la que es posible exigir a ciudadanos económicamente inactivos el requisito de tener derecho de residencia para acceder a determinadas prestaciones sociales, es que *en este caso que analizamos, no se trata de prestaciones de asistencia social, sino que se trata de prestaciones familiares, expresamente reconocidas como prestaciones de Seguridad Social* por el Reglamento CE 883/2004, cuestión que el propio TJUE confirma. Con ello queda afectado ya el núcleo duro de la protección social, el propio sistema de Seguridad. De este modo, para el Derecho social europeo lo más relevante de esta STJUE de 14 de junio de 2016 (C-308/14) es que se abre una peligrosa vía para restringir también el acceso a las prestaciones sociales de Seguridad Social. En este caso se ha tratado de las prestaciones familiares, que suelen tener un papel secundario, casi marginal, dentro de los sistemas de Seguridad Social, pero quien sabe si en el futuro no pueda afectar a otras prestaciones más significativas, poniendo en entredicho incluso que el derecho a la seguridad social pueda ser verdaderamente uno de los derechos de la ciudadanía europea.

Por otro lado, las consecuencias específicas que tiene la STJUE de 14 de junio de 2016 (C-308/14) para el Reino Unido quedan absolutamente minimizadas por la práctica coincidencia temporal del fallo del TJUE con celebración el 23 de junio de 2016 del Referéndum para la permanencia o salida del mismo de la UE (*Brexit*), con el resultado que todos conocemos. La opción por la salida del Reino Unido de la UE, aun teniendo en cuenta que todavía hay que ver como se gestiona el procedimiento para ello (y el tiempo que conlleva), desvirtúa el fallo favorable a sus intereses recibido del TJUE.

Por eso, quién sabe si de haberse pronunciado el TJUE después del referéndum sobre el *Brexit*, y sin tener la presión de las demandas y exigencias que venía manifestando el Reino Unido como condiciones para su permanencia en la UE, su fallo hubiera sido en otro sentido. Creemos que no, pues esta sentencia, pese a la novedad de afectar directamente al acceso a prestaciones de Seguridad Social, se

enmarca en una línea interpretativa restrictiva del derecho a acceder a prestaciones sociales que ya hacía tiempo que el TJUE venía asumiendo, y que si no ya el Reino Unido, si pudiera haber otros Estados miembro que planteran demandas en el mismo sentido.

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico nacional, y en relación con las prestaciones que han sido objeto del litigio, el artículo 352.1.b. del TRLGSS exige como requisito para poder ser beneficiario de las prestaciones familiares en su modalidad no contributiva (tanto de la asignación económica por hijo a cargo como de la prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y de madres con discapacidad)⁴³⁷ la *residencia legal en territorio español*. Entonces, ¿sería comparable nuestra situación con la del caso inglés analizado en la sentencia comentada? Para delimitar cuál es nuestro criterio de residencia en el caso de ciudadanos de la UE es necesario acudir al RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de la UE o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuyo artículo 7 (Residencia superior a 3 meses) reproduce lo dispuesto por la Directiva 2004/38/CE, exigiendo por tanto para residir legalmente en España que el ciudadano europeo disponga, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no ser una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España. Aparentemente, el régimen británico de acceso a las prestaciones familiares es similar al español, en particular, por lo que se refiere a exigir la residencia legal en el territorio nacional, entendido como disfrutar del derecho de residencia que contempla la Directiva 2004/38/CE. Sin embargo, el caso español no ha trascendido, tal vez por la irrelevancia económica de las cuantías de nuestras prestaciones familiares, tanto para el potencial solicitante como para que incidieran de forma significativa en la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, por lo que, de denegarse hipotéticamente una prestación familiar a un nacional de otro Estado miembro, difícilmente podría probarse que dicha diferencia de trato constituyera una discriminación indirecta justificada por la necesidad de salvaguardar las finanzas de nuestro sistema.

En cualquier caso, la Comunicación de la Comisión Europea de 13 de diciembre de 2016, por la que propone modificar la normativa europea de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, irrumpe con fuerza en este debate, pero sorprendente y paradójicamente en sentido contrario al que hacía apenas unos meses había defendido como parte recurrente frente al Reino Unido ante el TJUE. De este modo, desdiciéndose completamente de sus anteriores argumentos ante el TJUE y haciendo suyo el fallo de la correspondiente STJUE de 14 de junio de 2016, C-308/14, restringe el acceso a prestaciones sociales (en concreto, y puesto que dicha comunicación pretende la modificación de la normativa de coordinación de

⁴³⁷ No obstante, no todas estas ayudas encajarían en el concepto de prestaciones familiares del Reglamento CE 883/2004, pues como ya se dijo, no se consideran como tales los subsidios especiales de natalidad y adopción. Por ello, el Anexo I de dicho Reglamento no considera en sentido estricto “prestación familiar” nuestra “asignación de nacimiento de pago único”. Si, en cambio, la asignación periódica por hijo a cargo.

los sistemas de Seguridad Social, y en particular del Reglamento CE 883/2004, se refiere a prestaciones de Seguridad Social) a ciudadanos económicamente inactivos (aunque, conforme al artículo 1.14 de la Propuesta de Modificación, referido al artículo 4 del Reglamento CE 883/2004, al menos excluye de dicho concepto de “económicamente inactivos” a los que buscan empleo) al exigirles residencia legal en el correspondiente Estado miembro. De este modo, la Comisión Europea, tomando como base la jurisprudencia del TJUE propone que los Estados miembros puedan decidir no conceder prestaciones sociales a los ciudadanos desplazados económicamente inactivos (los que no están trabajando o buscando empleo activamente) y no tienen derecho de residencia legal en su territorio, recordando que, conforme a la Directiva 2004/38/CE, solo tendrían derecho de residencia cuando dispusieran de medios de subsistencia y una cobertura sanitaria completa.

En definitiva, la UE se enfrenta a una difícil situación en la que se pone en peligro el principio fundamental de libre circulación y la propia cohesión social de la UE. Situación especialmente complicada cuando hasta la propia Comisión Europea asume y legitima restricciones al acceso a prestaciones sociales de ciudadanos europeos económicamente inactivos. Con todo lo dicho, se demuestra la difícil coexistencia de la sostenibilidad de los sistemas nacionales de protección social, y en particular de la Seguridad Social, con el principio fundamental de libre circulación. Como decíamos, si ya no el Reino Unido, tal vez hubieran sido otros los países que hubieran vuelto a proponer medidas similares, “rescatando” las contenidas en esa Decisión del Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016 a la que nos hemos referido. Pero ni siquiera ello sería ya necesario, pues, al menos en relación con los ciudadanos europeos económicamente inactivos, la Comisión Europea ha acogido tales pretensiones. Frente a este riesgo de desmembración del Derecho social europeo, habría que buscar otras soluciones alternativas que no cuestionaran directamente la libre circulación, pero por el momento no parece ser ese el camino. La evidente tendencia a restringir el acceso a prestaciones sociales a nacionales de otros Estados miembro que se encuentren en determinadas situaciones, a la que se suma de forma significativa esta STJUE de 14 de junio de 2016, C-308/14, nos hace ser pesimistas. Malos tiempos para el principio de libre circulación, malos tiempos para la UE.

LA BÚSQUEDA DE EMPLEO POR LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SU PROTECCIÓN SOCIAL

(Premio Mejor Comunicación ex aequo)

Esther Guerrero Vizuite
*Profesora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad Rovira i Virgili

Sumario

1. Derecho a la libre circulación y trabajadores migrantes desempleados
 - 1.1. Contenido material del derecho de libre circulación.
 - 1.2. El concepto comunitario de trabajador
2. La coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social: un presupuesto necesario para la efectividad del derecho de libre circulación de trabajadores
 - 2.1. Alcance de la protección por desempleo de los trabajadores migrantes en búsqueda de empleo
 - 2.2. ¿Un seguro de desempleo **europeo**?

1. Derecho a la libre circulación y trabajadores migrantes desempleados

La movilidad de la mano de obra figura tradicionalmente entre los objetivos de las normas comunitarias en materia de empleo. Su presupuesto de partida es la canalización de los flujos migratorios con el fin de combatir la pobreza y la exclusión social, por cuanto éstos se erigen en obstáculos que impiden la consecución de un alto nivel de empleo. Reiteradamente, los preámbulos normativos han destacado la necesidad de luchar contra el desempleo favoreciendo un auténtico mercado laboral europeo. En su realización juega un papel imprescindible el derecho a la libre circulación de los trabajadores, cuya formulación a nivel normativo se consagra en primer término en el artículo 20 del TFUE, si bien con un carácter generalista al reconocer a todo ciudadano comunitario el derecho a circular y residir libremente por el territorio de los Estados miembros, para posteriormente, y con un alcance más restringido, quedar enmarcado en el artículo 45 del TFUE, centrandolo su contenido en 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 condiciones de trabajo. Posteriores disposiciones han venido a concretar su ámbito personal y material de aplicación⁴³⁸. El derecho a la libre circulación de personas así recogido no implicó tan solo la desaparición de las fronteras administrativas de la Unión Europea y la consecución de un mercado común interior de personas, mercancías y capitales. Más allá de su formulación programática, estamos ante un derecho que supuso una importante transformación en el ámbito del empleo, mutando “las antiguas migraciones internacionales europeas en migraciones internas o intra-UE”⁴³⁹. El tránsito de trabajador emigrante a trabajador comunitario en búsqueda de empleo requirió de la formulación de un conjunto de principios que ordenasen la situación de quienes hacían efectivo su ejercicio, tanto desde el punto de vista de la aplicación del derecho a la igualdad de trato como desde el ámbito de la protección social que debía dispensarse a estos trabajadores. Para ello, el presupuesto de partida debía ser la identificación de su ámbito subjetivo, siendo preciso delimitar cuestiones vinculadas tanto al contenido material del derecho reconocido como a la concreción del concepto de trabajador en sentido comunitario.

1.1. Contenido material del derecho de libre circulación

La efectividad material de la libre circulación trata de alcanzarse mediante el reconocimiento de una serie de derechos tanto sustantivos como instrumentales. Entre los primeros se alinean a) el derecho a beneficiarse de las mismas prioridades que los nacionales del Estado miembro en el acceso a los derechos disponibles, b) el derecho a ser tratados de la misma forma que los nacionales en el desarrollo de la

⁴³⁸ Directiva 2004/38 de 29 de abril, Directiva 2014/36 de 26 de febrero, Directiva 2014/54 de 16 de abril, Reglamento 492/2011 de 5 de abril entre otros.

⁴³⁹ CHUECA SANCHO, Ángel G.- AGUELO NAVARRO, Pascual: “La libertad de circulación de trabajadores en el Espacio Económico Europeo”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 35, 2014, p. 83

prestación laboral, c) derecho a la igualdad de trato en materia de afiliación sindical y ejercicio de los derechos sindicales y d) derecho a las mismas ventajas sociales y fiscales previstas para los nacionales del Estado miembro⁴⁴⁰. Entre los derechos de carácter instrumental se sitúa el derecho a desplazarse por el territorio de la Unión para buscar un empleo respondiendo a ofertas efectivas de trabajo (art. 45.3 TFUE). Un derecho éste último que requiere para su implementación de la previa existencia de una red supranacional que permita obtener información sobre los empleos disponibles adecuados a la cualificación profesional del demandante de empleo en los distintos Estados miembros. A esta necesidad de información responde la Red Europea de Servicios de Empleo (EURES), pieza clave en el ejercicio del derecho de libre circulación materializado en esa vertiente instrumental, facilitando a quien busca un empleo el conocimiento de las vacantes existentes en otros Estados miembros, favoreciendo así el desplazamiento para responder a las ofertas efectivas de trabajo. Una búsqueda que, sin embargo, puede realizarse también al margen de la red EURES. En este supuesto, el trabajador migrante puede desplazarse al territorio de otro Estado miembro y realizar *in situ* la búsqueda de empleo. Ante esta situación, tendrá derecho a recibir la misma asistencia que la que las oficinas de empleo de ese Estado conceden a los nacionales que se encuentren en la misma situación (art. 5, Reglamento 492/2011). La búsqueda de empleo trasciende así las fronteras de los Estados, ampliando las posibilidades del trabajador desempleado de subvertir su situación.

La búsqueda de empleo, tanto si se lleva a cabo directamente en el propio territorio de un Estado miembro como si obedece a una previa selección de las ofertas de empleo existentes, implica un derecho a desplazarse y residir libremente en otro territorio. No obstante, no se trata de un derecho absoluto. La Directiva 2004/38 conecta el ejercicio del derecho de residencia de los nacionales comunitarios a unos plazos temporales, requiriendo en cada uno de ellos el cumplimiento de unos presupuestos para su correcta aplicación⁴⁴¹. Debe señalarse que, salvo motivos de seguridad, salud u orden públicos, no puede adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos comunitarios si tienen la consideración de trabajadores por cuenta propia o ajena o entraron en el territorio de un Estado miembro para buscar un empleo y puede demostrarse que siguen buscándolo activamente y tienen posibilidades reales de ser contratados. En consecuencia, el

⁴⁴⁰ Estos derechos se encuentran contenidos en el Reglamento 492/2011 del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión

⁴⁴¹ En este sentido, si la entrada en el Estado miembro no va a alcanzar una duración superior a los 3 meses, los ciudadanos comunitarios no están sometidos a formalidad alguna, bastando para ejercer su derecho de entrada y residencia la posesión de un documento nacional de identidad o pasaporte válidos. En el supuesto de que la residencia se prolongue durante más de 3 meses, la titularidad del derecho se conecta a la condición económicamente activa del ciudadano, de tal modo que si el sujeto no entra dentro de esta categoría, el derecho de residencia se hace depender de la posesión de recursos económicos suficientes así como de un seguro completo de enfermedad, evitando de esta forma que se convierta en una carga excesiva para la asistencia social del Estado de acogida. Por último, la residencia permanente se obtiene tras haber residido legalmente durante un periodo continuado de 5 años en el Estado de acogida, a partir de cuyo momento podrán permanecer en su territorio sin necesidad de cumplir ninguna condición, incluida la posesión de recursos suficientes o de un seguro de enfermedad.

ejercicio del derecho a desplazarse y residir en el territorio de un Estado miembro se conecta a la condición laboral del ciudadano que lo ejercita, al distinguir la norma comunitaria entre ciudadanos activos e inactivos económicamente. Como apunta PÉREZ CAMPOS, ante la falta de una regulación específica en lo que se refiere a la búsqueda de empleo, la tendencia actual impulsada por la situación de crisis económica, se orienta hacia un mayor control de los ciudadanos europeos en lo que respecta al ejercicio de su derecho de libre circulación, realizándose “propuestas de modificación destinadas a endurecer el acceso a las prestaciones sociales por parte de los ciudadanos que ejercen sus derechos de libre circulación y residencia para buscar empleo o como personas inactivas económicamente”⁴⁴². En este contexto debemos, pues, analizar, si todo sujeto que se desplaza para buscar empleo tiene la consideración de trabajador a efectos de la normativa comunitaria, y poder determinar posteriormente el alcance de su protección social.

1.2 El concepto comunitario de trabajador

Sobre la cuestión de quién debe ser considerado trabajador a efectos del ejercicio del derecho de libre circulación, la jurisprudencia comunitaria ha acogido un criterio amplio, en la medida en que define el ámbito de aplicación de una libertad fundamental prevista en el TFUE, quedando englobada no solo aquella persona que ejerza una actividad real y efectiva en favor de otra, durante un cierto tiempo y a cambio de una retribución⁴⁴³ sino también quienes se desplazan por el territorio de un Estado miembro para responder ofertas efectivas de trabajo⁴⁴⁴ e incluso quienes deseen ejercer una actividad económica, esto es, los demandantes de empleo⁴⁴⁵. El TJUE ha precisado que la condición de trabajador y los derechos que se derivan de la misma no dependen necesariamente de la existencia o permanencia efectiva de una relación laboral, de tal forma que determinados derechos vinculados a la condición de trabajador se garantizan a los trabajadores migrantes, aunque éstos ya no estén vinculados por un contrato de trabajo⁴⁴⁶. Por su parte, la Directiva 2004/38

⁴⁴² LIROLA DELGADO, Isabel: “La sentencia Dano: ¿El punto final de los “malabarismos” del TJUE en materia de libre circulación de los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente”, *Revista General de Derecho Europeo* núm. 36, 2015, p. 3-4.

⁴⁴³ El hecho de que los ingresos de una actividad por cuenta ajena sean inferiores al mínimo vital no impide considerar a la persona que la ejerza como trabajador, aunque la persona que la ejerza trate de completar la remuneración percibida con otros medios de vida, como una ayuda económica procedente de fondos públicos del estado de residencia. STJCE 2009/153 de 4 de junio

⁴⁴⁴ Se considera que una interpretación estricta del derecho de libre circulación comprometería las oportunidades reales de que el nacional de un Estado miembro que busca empleo lo encuentre en los demás Estados miembros. STJCE de 26 de febrero de 1991, Asunto Antonissen, C-292/89.

⁴⁴⁵ En el marginal 21 de la STJCE 15 de septiembre de 2005, Asunto Ioannidis, C-258/04, el Tribunal recuerda que los nacionales de un Estado miembro que buscan empleo en otro Estado miembro entran dentro del ámbito de aplicación del derecho de libre circulación.

⁴⁴⁶ STJUE 2014/217 de 19 de junio, Asunto Jessy Saint Prix, C-507/12. El Tribunal de Justicia resuelve que las limitaciones físicas relacionadas con el embarazo y el periodo inmediatamente posterior al parto que obliguen a una mujer a dejar de ejercer una actividad por cuenta ajena durante el periodo necesario para restablecerse no pueden privarla, en principio, de la condición de trabajadora en el sentido del artículo 45 TFUE. Una interpretación distinta podría disuadir a las ciudadanas de la Unión de ejercer su derecho a la libre circulación en el supuesto de que corrieran el riesgo perder la condición de trabajadoras en Estado de acogida cuando a causa del embarazo dejan, incluso durante un periodo breve, su trabajo en dicho Estado.

estableció un sistema gradual de mantenimiento de la condición de trabajador, (art. 7.3). De este modo se utiliza una doble noción de trabajador, estricta (referida a quienes ya trabajan en el Estado de acogida o habiendo trabajado, no están ya vinculados por un contrato laboral) y amplia (nacionales de un Estado miembro que todavía no han entablado una relación laboral en el Estado miembro de acogida en el que buscan empleo)⁴⁴⁷.

La importancia de atribuir la condición de trabajador a los ciudadanos de la Unión que no están activos laboralmente pero buscan un empleo en el territorio de otro Estado miembro reside en que ello implica su inclusión en el ámbito de aplicación del artículo 45 TFUE y por consiguiente tienen derecho a la igualdad de trato. Un derecho del que se deriva a su vez el acceso a las prestaciones sociales destinadas a facilitar la incorporación al mercado de trabajo en las mismas condiciones que los nacionales del Estado de acogida. Un asunto sobre el que existe disparidad de criterios dado el trasfondo económico que conlleva. Ante la cuestión de si una prestación financiera destinada a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de un Estado miembro está incluida en el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato, el Tribunal de Justicia responde en sentido afirmativo, y por tanto, no puede establecerse una distinción por razón de nacionalidad en el percibo de la misma. No obstante, el Estado miembro sí está facultado a exigir un vínculo real entre el demandante de empleo y su mercado laboral, pudiéndose comprobar “mediante la constatación que la persona de que se trate ha buscado empleo de manera efectiva y real en el Estado miembro afectado durante un periodo razonable”⁴⁴⁸, correspondiendo a las autoridades y tribunales nacionales no solo cotejar la existencia de ese vínculo real con el mercado de trabajo sino también analizar los elementos constitutivos de esa prestación, particularmente sus objetivos y requisitos de concesión⁴⁴⁹.

En este sentido, son numerosos los pronunciamientos en los que la jurisprudencia comunitaria incluye en el concepto de prestación de Seguridad Social las ayudas destinadas a favorecer la incorporación de trabajadores comunitarios al mercado de trabajo en el Estado de acogida, como es el caso del subsidio belga de espera en favor de los jóvenes que han finalizado sus estudios y estén buscando su primer empleo⁴⁵⁰. Sin embargo, estamos ante una cuestión no exenta de polémicas pues, ante el criterio amplio sostenido por el Tribunal de Justicia europeo en relación a las prestaciones a las que deben tener acceso los comunitarios que buscan empleo en otros Estados miembros, la reacción de los Estados ha sido intentar encuadrar esas prestaciones bajo el concepto de asistencia social.

De este modo, y dado que las mismas están excluidas de la coordinación en materia de Seguridad Social como posteriormente se señalará, se lleva a cabo una aplicación unilateral de las restricciones contenidas en el artículo 24.2 de la

⁴⁴⁷ STJCE de 23 de marzo de 2004, Asunto Collins, C-138/02, marginales 30 y 32

⁴⁴⁸ STJCE de 23 de marzo de 2004, cit., marginales 70 y 72.

⁴⁴⁹ STJCE de 4 de junio de 2009, Asunto Vatsouras, acumulados C-22/08 y C-23/08, marginal 41

⁴⁵⁰ STJUE de 25 de octubre de 2012, Asunto Prete, C-367/11, marginal 26

Directiva 2004/38, en cuya virtud durante los tres primeros meses de residencia, o si procede, el periodo más largo establecido en el artículo 14.4.b de la misma norma, pueden ser denegadas prestaciones sociales a los comunitarios demandantes de empleo y sus familias⁴⁵¹. Un ejemplo de esta forma de proceder lo encontramos en la Sentencia GARCIA -NIETO⁴⁵², donde se ampara la invocación del art. 24.2 por parte del Estado de acogida evitando que personas cuyo derecho de residencia se justifica en la simple búsqueda de empleo puedan acceder, durante los tres primeros meses de residencia, a las prestaciones catalogadas como asistencia social y previstas en el Estado de acogida. En su trasfondo se encuentra el deseo de evitar el llamado turismo social con desplazamientos hacia aquellos Estados miembros que disponen de una Seguridad Social con un “clima más agradable”⁴⁵³, al tiempo que se preserva el equilibrio financiero del correspondiente sistema de Seguridad Social, señalando el Tribunal de Justicia que “dado que los Estados miembros no pueden exigir que los ciudadanos de la Unión posean medios de subsistencia suficientes y una cobertura médica personal cuando realizan una estancia de tres meses de duración como máximo en sus respectivos territorios, es legítimo no obligar a dichos Estados miembros a hacerse cargo de esos ciudadanos durante tal periodo”⁴⁵⁴.

En definitiva, el concepto comunitario de trabajador es interpretado con un contenido amplio, extendiéndose no sólo a los que están o han prestado servicios por cuenta ajena sino también a los que desean hacerlo y están buscando empleo. Empero, la realidad de las restricciones que se aplican junto a una protección social limitada, hacen de la búsqueda de empleo en otro Estado miembro una carrera de obstáculos, perpetuando la escasa movilidad laboral de los trabajadores comunitarios junto a una débil protección social.

2. La coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social: un presupuesto necesario para la efectividad del derecho de libre circulación de trabajadores

Incluido el trabajador desempleado en el concepto de trabajador en sentido comunitario, el efectivo ejercicio de la libre circulación requiere de un marco normativo que garantice su realización. A este fin responden las normas sobre

⁴⁵¹ PÉREZ CAMPOS, Ana I.: “Libre circulación de trabajadores y búsqueda de empleo: balance y perspectivas”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 37, 2014, p. 47-48

⁴⁵² STJUE de 25 de febrero de 2016, Asunto García-Nieto y otros, C-299/14. En esta sentencia se discute si es posible excluir de la percepción del seguro básico para demandantes de empleo a los nacionales de otros Estados Miembros que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia o conserven dicha condición durante los tres primeros meses de su residencia en el Estado de Acogida. El Tribunal de Justicia considera que en el caso planteado la prestación controvertida entra dentro del ámbito de las «prestaciones especiales en metálico no contributivas» del artículo 70.2 del Reglamento 883/2004, por lo que únicamente se facilitan, en virtud del apartado 4 de este mismo artículo, en el Estado miembro en el que las personas interesadas residen y de conformidad con la legislación de ese Estado.

⁴⁵³ Conclusiones del Abogado General Sr. L.L. Geelhoed en el asunto Trojani, STJCE de 7 de septiembre de 2004, C-456/02

⁴⁵⁴ STJUE 25 de febrero 2016, cit. marginal 45

coordinación de los sistemas de Seguridad Social⁴⁵⁵ dirigidas a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de las personas, garantizando a quienes se desplacen dentro de la Unión el mantenimiento de los derechos y ventajas que hayan adquirido o estén adquiriendo. La coordinación extiende su ámbito de aplicación a las personas referidas en su art. 2, respecto de toda la legislación relativa a las prestaciones que se enumeran (art. 3) entre las que se incluyen las prestaciones de desempleo, quedando todos ellos acogidos a los beneficios y sujetos a las obligaciones vigentes en el Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario en el propio reglamento (art. 4). Referido concretamente a los que se desplazan buscando empleo la normativa señala la necesidad de velar por una coordinación más estrecha y eficaz entre los regímenes de seguro de desempleo y los servicios de empleo de todos los Estados miembros.

Entre los principios que rigen la normativa comunitaria de coordinación se encuentra el de exportación de prestaciones, en cuya virtud las prestaciones en metálico debidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en un Estado miembro distinto de aquel en el que se encuentra la institución deudora (art. 7). De este modo, el beneficiario de una prestación de desempleo podrá desplazarse y residir en otro Estado miembro para responder ofertas efectivas de empleo o buscar empleo sin pérdida de la misma. El principal problema viene constituido por la necesaria delimitación, dentro del ámbito de la protección por desempleo, de qué prestaciones son identificables como de Seguridad social, y cuáles son catalogables como prestaciones especiales no contributivas⁴⁵⁶, ya que esta distinción tiene importancia a efectos de su exportabilidad o no. Respecto de las prestaciones por desempleo, contributivas o no contributivas, rige la exportabilidad al estar incluidas en el ámbito del reglamento de coordinación salvo excepción incluida en el Anexo XI del reglamento 883/2004 (art. 3.2). Sin embargo, en lo que se refiere a las prestaciones especiales no contributivas, podemos encontrar ámbitos de fricción. Pongamos como ejemplo la Renta Activa de Inserción española, respecto de la cual la doctrina más autorizada⁴⁵⁷ no tiene dudas sobre su carácter exportable al no cumplir uno de los requisitos que la configuran como prestación especial no contributiva, si bien “la posición de la Administración es la denegación, lo cual obligaría a iniciar un proceso judicial

⁴⁵⁵ La normativa actual se contiene en el Reglamento 883/2004 del Parlamento y del Consejo de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DOUE de 30 de abril)

⁴⁵⁶ Conforme al art. 70 del reglamento 883/2004 las prestaciones especiales no contributivas son aquellas que, por su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión presentan características tanto de legislación de seguridad social a que se refiere el art. 3.1 como de asistencia social. A continuación delimita su contenido con carácter alternativo en atención a su objeto y a su forma de financiación debiendo figurar incluida, previa notificación, en el Anexo X. La concurrencia de estos requisitos convierte esa prestación en inexportable. *A sensu contrario*, la carencia de cualquiera de ellos, especialmente el de la notificación, la configura como una prestación exportable.

⁴⁵⁷ Véase el análisis que al respecto realiza SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina: “La exportación de la Renta Activa de Inserción ¿Buena práctica legislativa? en *Buenas prácticas jurídicas procesales para reducir el gasto social (III)*, Ramírez Bendala (Directora), Laborum, Murcia, 2015, p. 69 y ss.

con el posible planteamiento de una cuestión prejudicial⁴⁵⁸. Estamos ante una cuestión de indudable importancia, pues la mayor efectividad del ejercicio de libre circulación, pasa inevitablemente por considerar la conveniencia de no restringir la exportabilidad de aquellas prestaciones por desempleo involuntario que el comunitario tuviere reconocidas al conformarse éstas en su mejor baza para poder hacer efectivo su derecho de desplazamiento y residencia con el fin de buscar un empleo.

2.1. Alcance de la protección por desempleo de los trabajadores migrantes en búsqueda de empleo

A pesar de su importancia práctica, la exportación de las prestaciones de desempleo está sometida a limitaciones tanto de carácter formal como material. Respecto de las primeras, la persona desempleada debe registrarse como demandante de empleo y permanecer a disposición de los servicios de empleo durante al menos cuatro semanas desde el inicio de su situación de desempleo. La jurisprudencia comunitaria ha precisado que este periodo no tiene por qué ser continuado ni inmediatamente anterior a la salida del Estado de origen⁴⁵⁹, pudiendo ser autorizado el trabajador a salir antes de la conclusión del citado plazo. Una vez efectuada la entrada en el Estado de acogida queda de nuevo sometido a obligaciones formales entre la que figura la entrega a la institución competente de un documento expedido por su homóloga en origen en el que, entre otros datos, figurará el periodo máximo durante el cual puede conservar el derecho a la prestación de desempleo y los hechos que pueden modificar su derecho respecto a la misma. En referencia a su carácter material, la limitación más importante que actualmente existe en el ámbito que analizamos se refiere a su duración, pues el percibo de la citada prestación se restringe a un periodo de tres meses a partir de la fecha en que el interesado haya dejado de estar a disposición del servicio de empleo correspondiente al Estado de procedencia. Este plazo temporal puede ser prorrogado por la institución competente hasta un máximo de 6 meses. Sin embargo, ¿es posible considerar un periodo de tres meses como suficiente para encontrar un empleo en el Estado de acogida? Para la jurisprudencia comunitaria la respuesta tiene un sentido afirmativo. En numerosos pronunciamientos ha señalado que este límite temporal no menoscaba la eficacia de la libre circulación. No

⁴⁵⁸ “Legalmente, pues, es exportable; pragmáticamente, es inexportable”. MIRANDA BOTO, José M.: “La búsqueda de empleo transnacional: cuestiones de actualidad” en *Políticas de Empleo*, Cabeza Pereiro y Fernández Pol (Coordinadores), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 135

⁴⁵⁹ Miranda Boto, en relación al artículo 69 del reglamento 1408/71 cuyo contenido se refleja en el actual artículo 64, señala que frente a la competencia nacional a la que corresponde definir qué se considera inscripción en la oficina de colocación y cómo se computa ese periodo, el mencionado artículo crea un régimen autónomo, a favor de los trabajadores que solicitan beneficiarse del mismo, que establece una excepción a las normas de Derecho interno... siendo competencia comunitaria la regulación de los elementos principales de ese régimen.

MIRANDA BOTO, José M.: “La jurisprudencia reciente (2000-2005) del TJCE sobre desempleo y su influencia en la jurisprudencia española”, en *Migrantes y Derecho: problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*, Laborum, Murcia, 2006, p. 158

obstante, si tenemos en cuenta el tiempo medio de espera actualmente registrado para reincorporarse de nuevo al mercado de trabajo, el obstáculo que esta limitación temporal supone se hace aún más evidente. Los datos muestran que en nuestro país un trabajador con estudios superiores tarda de media 12,7 meses en encontrar trabajo⁴⁶⁰. Y las expectativas no son mejores en otros países de nuestro entorno. Tal es el caso de Francia, en el que el tiempo medio de espera es de poco menos de 12 meses. Evidentemente, y desde un punto de vista práctico, la limitación del percibo de la prestación de desempleo a 3 meses, o 6 en el mejor de los casos, constituye un importante obstáculo a la movilidad laboral que se pretende favorecer desde las instancias comunitarias. A ello debe añadirse el efecto persuasivo que se produce cuando el periodo de cobertura social a la que se tiene derecho es superior a los 90 días. En este supuesto, la norma de coordinación señala la pérdida de todo derecho a la prestación de desempleo que tuviera pendiente de percibir en el Estado de origen salvo que las disposiciones de su legislación sean más favorables (art. 64.2). La norma comunitaria se configura así como una norma de mínimos pudiendo ser mejorada por las normativas nacionales⁴⁶¹. Por tanto, la situación es evidentemente restrictiva: si se tiene derecho a una prestación de desempleo de duración superior a 3 meses, y se reside en búsqueda de empleo en otro Estado miembro, se debe encontrar en el referido plazo, salvo excepción prevista en su normativa, o regresar al Estado de origen para poder seguir disponiendo de ese sostén económico que constituye la prestación de desempleo. En otro caso, la opción de la que dispone es más dramática: permanecer en el territorio del Estado de acogida debiendo acreditar la tenencia de recursos económicos suficientes para no convertirse en una carga excesiva para su asistencia social. La fragilidad de la protección social se pone de nuevo de manifiesto en el supuesto de que el trabajador migrante encuentre un empleo en el Estado de acogida y lo pierda dentro del referido plazo de 3 meses. El trabajador se encontraría en una doble situación de desamparo: en primer término, si continúa residiendo en el Estado de acogida tendría que batallar con la institución competente para que le reconozca la condición de trabajador y por tanto, pueda acceder a las prestaciones que le permitan subsistir en su territorio en cuanto demandante de empleo⁴⁶². Retomaríamos de nuevo la polémica sobre si este ciudadano se constituiría en una carga excesiva para su asistencia social y por tanto

⁴⁶⁰ El tiempo de espera de un trabajador mayor de 55 años se eleva a los 2 años mientras que los menores de 35 años tardan de media 9 meses. Datos contenidos en el Informe Avance del Mercado laboral, Boletín núm. 107, junio 2016 disponible en www.aseempleo.com

⁴⁶¹ Este es el caso de la española, que permite la suspensión del derecho a percibir la prestación de desempleo por quien traslade su residencia al extranjero para buscar empleo por un periodo continuado inferior a doce meses. Se supedita esta posibilidad a que la salida haya sido previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora. Posteriormente podrá reanudarse la prestación a petición del interesado acreditando la finalización de la causa de suspensión. Art. 271.1. f) y 271.4.b) Real Decreto legislativo 8/2015 de 30 de octubre, por el que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

⁴⁶² En muchos asuntos lo que se discute es si la persona buscó crear una situación que permitiera invocar la condición de trabajadora con el objetivo de conseguir las ventajas vinculadas a dicha condición. Este es el caso de la STJUE de 6 de noviembre de 2003, Asunto Ninni-Orasche, en cuyo marginal 32 se señala que “Un empleo temporal de corta duración ejercido por un nacional de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro del que no es nacional le puede conferir la condición de trabajador siempre que la actividad por cuenta ajena desempeñada no tenga un carácter meramente marginal y accesorio”

podría serle denegada la residencia en dicho territorio. La segunda opción es volver a tierra patria, en cuyo caso, si no hubiera agotado la prestación por desempleo que tuviera inicialmente reconocida, y aún retornando en plazo, aquella quedaría extinguida, puesto que el Estado de origen ya no es el competente a efectos de reconocimiento y pago de la prestación, condición que pasa a tener el Estado de acogida en el que se ha desempeñado el último empleo, aunque sea por breve espacio de tiempo. En esta situación se hace evidente la necesidad de proteger mejor a los trabajadores migrantes en búsqueda de empleo. No resulta convincente, tal y como señala CARRASCOSA BERMEJO, que la limitación temporal en la exportación de las prestaciones se fundamente en el control de la capacidad de trabajo del beneficiario, en el establecimiento a su favor de políticas activas de empleo o en sus mayores posibilidades de reincorporación en su propio mercado de trabajo que en el de otro Estado miembro⁴⁶³.

En definitiva, si el principio de exportación de las prestaciones se configura como “una irradiación en el ámbito de la Seguridad social del derecho a la libre circulación de trabajadores”⁴⁶⁴, sería más conveniente hacerlo aún más efectivo ampliando la protección social de los trabajadores migrantes mediante el reconocimiento de un mayor grado de exportabilidad de sus prestaciones por desempleo. Una línea de signo continuista respecto de la regulación actual que recae sobre un derecho ya generado, y evita al propio tiempo los riesgos del turismo social tan temido por algunos Estados miembros y en cierta medida también por las Instituciones comunitarias. Esta ampliación del plazo previsto en el propio reglamento es también demandado por los ciudadanos europeos, señalándose su corta duración como uno de las desventajas de buscar trabajo en otro Estado miembro⁴⁶⁵.

2.2. ¿ Un seguro de desempleo europeo?

Otra opción posible para ampliar la protección social de los migrantes desempleados, de mayor calado pero más en línea con la construcción de una identidad europea, es la creación de un seguro de desempleo común. Una idea que nació en los años 50 y que ha vuelto a resurgir con fuerza a raíz de la grave situación de crisis económica padecida. Sus partidarios aluden a los efectos de redistribución y estabilización, sobre todo éste último, al compartir el riesgo macroeconómico puesto que en caso de crisis económica permitiría estabilizar país por país en lugar del conjunto de la zona euro⁴⁶⁶. En este sentido son diversos

⁴⁶³ CARRASCOSA BERMEJO, Dolores: “La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71”, CES, Madrid, 2004, p. 104

⁴⁶⁴ AYUSO MOZAS, Raúl: “La prestación por desempleo en la normativa y en la jurisprudencia comunitarias”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 72, 2008, p. 172

⁴⁶⁵ El informe sobre ciudadanía de la Unión Europea (2013) señala que los ciudadanos europeos dudan de buscar trabajo en otro país de la Unión porque les preocupa su situación si no encuentran empleo rápidamente. P. 11. Disponible en www.ec.europa.eu

⁴⁶⁶ Informe registrado por la Comisión de Asuntos Europeos en la Asamblea Nacional Francesa el 19 de enero de 2016 y presentado por el diputado Jean-Patrick Gille. Disponible en www.assemblee-nationale.fr.

los estudios impulsados por la Comisión y el Parlamento europeos en los que se analiza la viabilidad de un régimen europeo de prestaciones de desempleo⁴⁶⁷. En líneas generales sus contenidos plantean dos posibilidades: un seguro de desempleo europeo equivalente (Equivalent EUBS) en el que las transferencias financieras procedentes de un fondo supranacional se producen desde y hacia los Estados Miembros y no directamente a las personas desempleadas, por lo que en principio no afectaría a los sistemas nacionales de protección por desempleo; y un seguro de desempleo europeo genuino (Genuine EUBS) en el que las transferencias financieras del fondo supranacional se dirigen directamente a los desempleados. A su vez, este sistema presenta dos formas: el seguro de desempleo básico (Basic Genuine EUBS) en el que el fondo supranacional paga las prestaciones de desempleo de acuerdo con la tasa de reposición predefinida a personas desempleadas y durante un determinado número de meses. Cada país es libre de aumentar su importe o duración a su exclusivo cargo.

La segunda forma viene constituida por el seguro de desempleo complementario (Ton-up Genuine EUBS). En él se garantiza al desempleado una prestación con una tasa de reposición y una duración determinadas. Si el sistema nacional de protección por desempleo es lo suficientemente generoso para cubrir su importe y duración, el fondo supranacional no contribuye; en caso contrario, si el sistema nacional no cumple con los requisitos mínimos establecidos, el fondo supranacional complementa los pagos hasta alcanzarlos. La peculiaridad de este modelo reside en que aquellos sistemas nacionales de protección por desempleo más generosos no reciben ningún beneficio, pero sí contribuyen al seguro de desempleo europeo. El seguro de desempleo genuino garantiza a los desempleados una prestación del 50% de su último salario bruto (con un límite respecto del salario nacional medio) durante un máximo de 12 meses, si bien los 3 primeros serían de cuenta del Estado respectivo. Si transcurridos los 12 meses, la persona continúa desempleada, la protección volvería a cargo del sistema nacional de protección de desempleo respectivo⁴⁶⁸. Cabe reseñar que el seguro de desempleo europeo aglutinaría a un amplio colectivo de trabajadores al centrarse en aquellos con un historial de empleo reciente aunque sea pequeño, lo cual beneficiaría especialmente a los jóvenes. Para ello el periodo anterior de empleo que se tomaría de referencia es de 3 meses dentro de los 12 anteriores, computándose únicamente el periodo real, sin periodos asimilados. Este plazo no necesariamente tiene que ser consecutivo si bien debe completarse por cada periodo de desempleo, ya que las interrupciones del mismo, aun cuando sean de corta duración, restablecen el computo desde su inicio. En los distintos informes elaborados para analizar la viabilidad de este seguro europeo no se observan especiales dificultades de compatibilidad tanto respecto de las

⁴⁶⁷ El punto de partida viene constituido por el proyecto de investigación comisionado por la Dirección General de Empleo de la Comisión Europea titulado "The Feasibility and Added Value of a European unemployment Benefits Scheme". En él se integran una serie de informe entre los que cabe destacar "An European Unemployment Benefits Scheme: the rationale and the challenges ahead" (2015)

⁴⁶⁸ "The legal and operational Feasibility of a european unemployment Benefits Scheme at the national level" realizado por Coucheir, M (dir.), Strban, G. y Hauben, H. CEPS Special Report, núm. 145, septiembre 2016, p. 5 y ss

legislaciones nacionales como de la propia Unión Europea, proponiéndose su reconocimiento como prestación exportable sin ninguna limitación, si bien reconoce su posible incidencia sobre el principio de exportabilidad de las prestaciones en el supuesto de que la prestación se configurase como un derecho combinado a cargo tanto del fondo supranacional como de los sistemas nacionales de protección por desempleo⁴⁶⁹.

Este instrumento se enmarcaría dentro del proyecto más amplio y ambicioso de conseguir una unión fiscal y política junto a la monetaria. Qué duda cabe, que apostar por esta senda permitirá configurar mejor la protección social de los ciudadanos comunitarios, permitiendo al tiempo corregir carencias y disfuncionalidades entre los Estados miembros. Solo así podremos avanzar hacia una Europa más cohesionada, pues como bien señala CORTI VARELA, en opinión que compartimos, el origen último del problema no está tanto en las divergencias de modelos sino en la ausencia de una verdadera identidad europea que haga posible la aplicación de esquemas de solidaridad⁴⁷⁰.

Bibliografía

- AYUSO MOZAS, RAÚL: “La prestación por desempleo en la normativa y en la jurisprudencia comunitarias”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 72, 2008
- CARRASCOSA BERMEJO, DOLORES: “La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71”, CES, Madrid, 2004
- CHUECA SANCHO, ÁNGEL G.- AGUELO NAVARRO, PASCUAL: “La libertad de circulación de trabajadores en el Espacio Económico Europeo”, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 35, 2014
- CORTI VARELA, JUSTO: “La propuesta de seguro de desempleo europeo. Estado de la cuestión”, en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Sánchez Navarro y Garrido Pérez (Directoras), Laborum, Murcia, 2015
- LIROLA DELGADO, ISABEL: “La sentencia Dano: ¿El punto final de los “malabarismos” del TJUE en materia de libre circulación de los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente”, Revista General de Derecho Europeo núm. 36, 2015
- MIRANDA BOTO, JOSÉ M.: “La jurisprudencia reciente (2000-2005) del TJCE sobre desempleo y su influencia en la jurisprudencia española”, en *Migrantes*

⁴⁶⁹ “The legal and operational feasibility of a european unemployment...”, ob. cit. p. 69

⁴⁷⁰ CORTI VARELA, Justo: “La propuesta de seguro de desempleo europeo. Estado de la cuestión”, en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Sánchez Navarro y Garrido Pérez (Directoras), Laborum, Murcia, 2015, p. 127

y Derecho: problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España, Laborum, Murcia, 2006

- MIRANDA BOTO, JOSÉ M. : “La búsqueda de empleo transnacional: cuestiones de actualidad” en *Políticas de Empleo*, Cabeza Pereiro y Fernández Pol (Coordinadores), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013
- PÉREZ CAMPOS, ANA I.: “Libre circulación de trabajadores y búsqueda de empleo: balance y perspectivas”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 37, 2014
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, CRISTINA: “ La exportación de la Renta Activa de Inserción ¿ Buena práctica legislativa? en *Buenas prácticas jurídicos procesales para reducir el gasto social (III)*, Ramírez Bendala (Directora), Laborum, Murcia, 2015

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS JUBILADOS: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Lucía Aragüez Valenzuela
Personal Investigador en Formación
Universidad de Málaga

Sumario

1. Introducción
2. La realidad de los trabajadores fronterizos jubilados
3. La Directiva 2003/41/CE sobre las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de jubilación: alcance en los trabajadores fronterizos jubilados.
4. Análisis jurisprudencial y cuestiones de interés
5. Conclusiones

1. Introducción

La crisis económica y financiera ha demostrado que las economías europeas son interdependientes, siendo dificultoso que un país por sí sólo garantice la adecuación, sostenibilidad y seguridad de su sistema de protección social.

Así, y ante el hecho de que cada vez sean más altas las cifras de envejecimiento de la población, los estados se han visto obligados a redibujar el marco en el que se encuentra el sistema de pensiones, convirtiéndose en una preocupación no sólo a nivel nacional, sino también europeo.

Estos fondos de pensiones juegan un papel central en el fomento de la cohesión social en muchos Estados miembros, así como en la financiación de la economía europea, habida cuenta del envejecimiento de la población europea⁴⁷¹.

Las pensiones son consideradas como una importante fuente de ingresos de las personas de edad avanzada y, se supone, que deben ser proporcionales a un nivel de vida digno permitiéndose que estas personas sean económicamente independientes. No obstante, por aportar algunos datos estadísticos, aproximadamente el 22% de las mujeres mayores de 75 años se encuentra por debajo del umbral de pobreza de la Unión Europea (UE en adelante)⁴⁷².

Así, el desafío de las pensiones, y concretamente respecto a la pensión de jubilación no es un desafío futuro, sino que se ha convertido en una realidad actual que se hace necesario afrontar.

2. La realidad de los trabajadores fronterizos jubilados

Cualquier ciudadano de un Estado miembro, por el mero hecho de serlo, tiene derecho a trabajar en otro Estado miembro⁴⁷³. En cambio, y según la legislación comunitaria actualmente vigente, los nacionales de terceros países no disfrutan de la libre circulación de trabajadores, aunque si son miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea que haya ejercido su derecho a la libre circulación (el conocido trabajador migrante comunitario), si tendrían derecho a residir y trabajar en el Estado miembro donde esté empleado el trabajador migrante comunitario.

⁴⁷¹ García Viña, J., “Los fondos de pensiones. Comentario a la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y a la supervisión de los fondos de pensiones de empleo”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 52, pág. 57

⁴⁷² Sicre L., “La Unión Europea hace frente a la crisis de las pensiones”, periódico: El Economista, 15/04/2014, pág. 1-6. Véase en: <http://www.eleconomista.es/ultima-hora-ecoley/noticias/5707685/04/14/La-Union-Europea-hace-frente-a-la-crisis-de-las-pensiones.html>

⁴⁷³ Artículo 39 del Tratado CE y Reglamento (CEE) no 1612/68 (DO L 257 de 19.10.1968), que garantiza, por ejemplo, la igualdad de trato en cuanto se refiere al acceso al empleo (incluida la asistencia de las oficinas de empleo), la remuneración y las condiciones de trabajo, la afiliación a organizaciones sindicales, la vivienda y el acceso de los hijos a la educación. Existen limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud públicas, y en relación con el sector público

Un ciudadano de la UE que trabaje en otro Estado miembro debe ser tratado en iguales condiciones como si de un ciudadano nacional de dicho Estado se tratase, principalmente en lo que respecta a la remuneración, formación, despido y reincorporación. Este principio jurídico encuentra su base legal en el derecho de no discriminación, aunque si bien es cierto que, en ocasiones, esta diferenciación de trato puede entenderse justificada y proporcional al objeto perseguido -como puede ser el hecho de que por su propia naturaleza puedan afectar más a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales e impliquen por consiguiente el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros (discriminación indirecta⁴⁷⁴).

Los trabajadores fronterizos son aquellos que de forma habitual cruzan la frontera de su país para ir a trabajar a otro país, que no necesariamente tiene que ser el Estado colindante⁴⁷⁵. La peculiaridad de estos trabajadores hace referencia a que, a pesar de trabajar en un país distintos, continúan residiendo en el país de origen, lo que les hace mantener una doble vinculación nacional⁴⁷⁶.

Concretamente el artículo 1.f del Reglamento 883/2004, considera trabajador fronterizo a “toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado Miembro y resida en otro Estado Miembro al que regresa normalmente a diario o al menos una vez por semana”.

Las diferencias del trabajador fronterizo con respecto a los trabajadores desplazados o emigrantes son latentes. De un lado, los trabajadores desplazados⁴⁷⁷ son aquellos que, dentro de una serie de especialidades, se desplazan de un lugar a otro por motivos de trabajo, ya sea de forma ajena o no, durante un límite de tiempo; mientras que el trabajador emigrante es aquel que abandona completamente su país, eliminándose el límite temporal de regreso al país de origen.

A los trabajadores fronterizos se les aplica el principio general *lex loci laboris*, quedando incluido en el ámbito de la Seguridad Social del país donde desarrolla su trabajo⁴⁷⁸, no quedando por tanto sujetos al país donde tienen la residencia, es decir, el Estado de origen.

⁴⁷⁴ Asunto Gottardo C-55/00, sentencia de 15.1.2002

⁴⁷⁵ Es preciso matizar que el término trabajador fronterizo y transfronterizo es lo mismo. Antes, se entendía que éstos trabajadores –que residen en un país distinto a aquel Estado donde trabajan-, debían hacerlo en el Estado colindante (frontera), mientras que actualmente ésta idea ha sido superada y ampliada a cualquier Estado miembro.

⁴⁷⁶ Palomino Saurina, P. “Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los trabajadores fronterizos”. Comunicación adscrita a la primera ponencia: “Los Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa”.

⁴⁷⁷ Aunque si bien es cierto que en ocasiones la posición de los trabajadores fronterizos ha planteado problemas respecto a su delimitación. En este sentido, podemos destacar la STJCE 15/01/2000 (Asunto C-34/98 y C-169/98) donde el Tribunal entendió que los trabajadores franceses que trabajaban en el extranjero pero residían en Francia, tenían que estar vinculados a la financiación de la Seguridad Social y se estaba vulnerando, en este caso concreto, el art. 13 del Reglamento 1408/1971 y los arts. 48 y 52 del Tratado CEE.

⁴⁷⁸ Desdentado Bonete, A., “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004” Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 64, págs. 19-39.

Actualmente en España se acentúa la búsqueda de empleo en otros países distintos al país de origen con el objetivo de que las personas vean satisfechas sus posibilidades laborales; de este modo, y ante estas especialidades de los trabajadores que trabajan y residen en países distintos –como ocurre con los trabajadores transfronterizos–, las cifras no resultan disparatadas si hacemos una comparativa con respecto a los trabajadores emigrantes e incluso los desplazados; sin embargo, es cierto que ante la crisis económica que venimos sufriendo, las cifras no hacen más que aumentar

Como se indicaba, la UE es, desde hace mucho tiempo, especialmente sensible al problema de las pensiones de jubilación, tanto es así que se llevó a cabo el denominado *Informe Veil*⁴⁷⁹ - presentado por la Comisión el 18 de marzo de 1997- que a su vez conllevó a la creación del Foro sobre Pensiones, ambos con el objetivo de estudiar los problemas que planteaba la imposición de los seguros de vida y los planes de pensiones. Más adelante nos encontramos con el conocido *Libro Verde*, que a su vez propulsó la creación de la Directiva de 1998⁴⁸⁰ con vistas a proteger los derechos a la seguridad social de los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad y de los miembros de su familia. De esta forma, la Directiva permite la supresión de los obstáculos a la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia preservando sus derechos de pensión complementaria⁴⁸¹ cuando se desplazan de un Estado miembro a otro.

Éstas iniciativas fueron absolutamente necesarias porque, en ocasiones, cuando un ciudadano obtenía un empleo fuera del Estado de residencia o tenían la residencia fuera de su estado de origen, tenía numerosas dificultades para conservar su plan de jubilación atendiendo al sistema de empleo, es más, a veces incluso directamente no tenían derecho al mismo⁴⁸².

Se mantiene la necesidad de regulación de un sistema de pensiones y garantista hasta la actualidad, donde los objetivos se centren, entre otros aspectos, en suprimir los obstáculos fiscales a las prestaciones de jubilación transfronteriza, ya que sólo de este modo se podría permitir a organismos de pensiones satisfacer las necesidades de los trabajadores de forma efectiva, transparente y justa.

En lo que a la legislación comunitaria en materia de seguridad social se refiere, tenemos que decir que se entiende que es una condición *sine qua non* para ejercer el

⁴⁷⁹ Informe del grupo de alto nivel sobre la libre circulación de personas presidido por Simone Veil

⁴⁸⁰ Sitjar de Togores Calvo, A.I., “Planes de pensiones: cuestiones transfronterizas. Una aproximación a la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea”. Trabajo presentado al III Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Financiera celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el segundo cuatrimestre de 2007, págs. 115-126

⁴⁸¹ Esta protección se aplica a los derechos de pensión en virtud de regímenes complementarios, tanto voluntarios como obligatorios, con excepción de los regímenes dependientes de la seguridad social cubiertos por el *Reglamento (CEE) nº 883/2004*.

⁴⁸² En el año 2001 aproximadamente 5,1 millones de ciudadanos europeos mayores de 15 años residían fuera del Estado Miembro de origen. Actualmente estas cifras no han hecho más que aumentar, haciéndose una necesidad cada vez mayor la regulación de las prestaciones.

derecho a la libre circulación de personas⁴⁸³, por ende, se hace de suma importancia la coordinación entre los distintos Estados miembros para el ejercicio del derecho comunitario y para garantizar pensiones de jubilación dignas.

Sin embargo, es cierto que en materia de seguridad social nos encontramos con determinados aspectos que mantienen un sistema jurídico comunitario diferenciado. La desarmonización origina que no se aminoren las competencias de los Estados miembros⁴⁸⁴, por lo que cada Estado continúa teniendo libertad para determinar quién debe estar asegurado con arreglo a su legislación, qué prestaciones se le conceden y en qué condiciones⁴⁸⁵.

Por regla general, los trabajadores fronterizos disfrutan de todas las prestaciones concedidas a los trabajadores migrantes en el Estado miembro donde tienen su empleo, siendo un ejemplo claro de la igualdad entre personas nacionales y de otro Estado distinto.

Respecto a los subsidios por desempleo, éstos trabajadores tienen derecho a los subsidios de desempleo del Estado donde residen, en vez de aquel lugar en el que tienen su empleo, lo que puede dar lugar a situaciones controvertidas cuando los trabajadores ven reducido su nivel adquisitivo.

De otro lado, en materia de asistencia sanitaria los trabajadores transfronterizos pueden optar por estar cubiertos por la asistencia sanitaria de cualquiera de los dos Estados -tanto por el de residencia como por el Estado donde desempeña su trabajo- manteniendo su doble vinculación. En este sentido, y respecto a los miembros de la familia de un trabajador fronterizo sólo estarían cubiertos por el sistema sanitario del Estado de residencia, y esto mismo ocurre para el caso de los trabajadores transfronterizos jubilados que una vez que tienen derecho a la prestación de jubilación, la asistencia sanitaria será cubierta por el Estado de residencia.

Conforme a esto, parte de la doctrina entiende que estas reglas son injustas⁴⁸⁶, lo que ha dado lugar a que es efectúe, por parte de la Comisión, una propuesta para modificar y simplificar el Reglamento (CEE) n° 1408/7112. El objetivo fundamental de esta propuesta se basa en permitir que los trabajadores transfronterizos jubilados mantuviesen sus derechos a la asistencia sanitaria en el Estado miembro del empleo anterior, entre otros.

De este modo, la UE presentó en el año 2014 una propuesta de Directiva sobre las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de jubilación, revisando la ya vigente Directiva de 2003 con el objetivo, entre otros, de fortalecer el mercado

⁴⁸³ Ya en el Tratado Roma se reconoció la necesidad de un sistema de coordinación entre los sistemas de seguridad social de los Estados miembros para garantizar la libre circulación (Artículo 42 del Tratado CE).

⁴⁸⁴ Asunto C-70/95, Sodemare, Rec. 1997, p. I-3395.

⁴⁸⁵ Asuntos acumulados C-4/95 y C-5/95, Stöber y Piosa Pereira, Rec. 1997, p. I-511.

⁴⁸⁶ Un claro ejemplo lo encontramos en el usual supuesto en el que un trabajador empieza un tratamiento de larga duración en el Estado donde trabaja; cuando se jubile dejará de tener acceso a esa misma asistencia sanitaria y tendrá que seguir el tratamiento en el Estado donde reside y, por tanto, no mantienen sus derechos a la asistencia sanitaria en el Estado miembro del empleo anterior.

interior con una mejora en la transparencia y en la actividad transfronteriza de pensiones.

3. La Directiva 2003/41/CE sobre las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de jubilación: alcance en los trabajadores fronterizos jubilados

La presente Directiva 2003/41/CE⁴⁸⁷ tiene por objeto establecer las normas que rigen las actividades y la supervisión de las instituciones que ofrecen fondos de pensiones de empleo (FPE) o fondos de pensiones en todos los países de la Unión Europea, garantizando un elevado nivel de protección para los futuros pensionistas (miembros y beneficiarios de fondos de pensiones).

Esta Directiva propuesta por Parlamento Europeo y el Consejo relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo⁴⁸⁸ se venía haciendo totalmente necesaria por parte de la UE donde la dispersión normativa de entre cada Estado miembro ocasionaba numerosas dificultades que directamente perjudican a los trabajadores. Con ello, se permiten aplicar una serie de normas ante la actividad transfronteriza de los FPE, permitiendo la creación de fondos de pensiones paneuropeos. Para ello, y siendo uno de los aspectos más importantes de la Directiva, se fomenta la gestión transfronteriza al exigir el reconocimiento mutuo de los métodos de supervisión en vigor en los países de la UE.

La propuesta mantiene el intento de unificación de entre las distintas normativas de cada Estado miembro a través de una acción coordinada, tratando de minimizar las divergencias en la regulación y el solapamiento de requisitos, así como de acortar los procedimientos excesivamente gravosos. Para conseguirlo, se requiere de normas de gobernanza más estrictas que reflejen las mejores prácticas a nivel nacional, a fin de proteger a los beneficiarios de los planes de pensiones facilitando además una prestación transfronteriza segura ante la insuficiencia de gobernanza y la mala gestión de los riesgos⁴⁸⁹.

De otro lado, hay datos que apuntan importantes carencias en el nivel de la información facilitada a los beneficiarios de la UE en lo que a los planes o pensión de jubilación se refiere, no siendo conscientes muchos de ellos de que sus derechos de pensión no están garantizados o de que, aunque devengados, podrían ser

⁴⁸⁷ Está en vigor desde el 23 de septiembre de 2003. Los países de la UE debían incorporarla al Derecho nacional antes del 22 de septiembre de 2005. Habría que añadir que se encuentra parcialmente modificada por la Directiva 2013/14/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 21 de mayo de 2013. Véase el texto completo de las modificaciones de la Directiva del año 2013 en el siguiente enlace <https://www.boe.es/doue/2013/145/L00001-00003.pdf>

⁴⁸⁸ Véase en su versión actualizada en el siguiente enlace: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10557-2016-ADD-1/en/pdf>

⁴⁸⁹ Exposición de motivos Propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo. Véase en el siguiente enlace: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com\(2014\)0167_/com_com\(2014\)0167_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com(2014)0167_/com_com(2014)0167_es.pdf)

recortados por los fondos de pensiones de empleo, al contrario de lo que ocurre con otras materias (como, por ejemplo, con los contratos financieros).

En síntesis, la presente propuesta persigue cuatro objetivos específicos: 1) eliminar los obstáculos prudenciales que persisten para los fondos de pensiones de empleo transfronterizos, en particular, exigiendo que las normas relativas a la inversión y la comunicación de información a los partícipes y beneficiarios sean las del Estado miembro de origen, aclarando los procedimientos para las actividades transfronterizas y definiendo claramente el ámbito de actuación del Estado miembro de origen y del Estado miembro de acogida; 2) garantizar la buena gobernanza y la gestión de riesgos; 3) facilitar información clara y pertinente a los partícipes y beneficiarios; y 4) velar por que las autoridades de supervisión dispongan de los instrumentos necesarios para supervisar eficazmente los fondos de pensiones de empleo.

3.1. Análisis jurisprudencial y cuestiones de interés

La jurisprudencia ha tenido un papel protagonista en materia de Seguridad Social y Seguridad Social complementaria para trabajadores fronterizos. Además, resulta fundamental la valoración de los jueces y tribunales en materia de interpretación de la normativa comunitaria ante casos controvertidos.

a) En primer lugar, referente a la protección social complementaria, podemos mencionar el Asunto C-118/96 de *Safir*, donde el Tribunal concluye que una disposición sueca vulneraba la normativa comunitaria al crear obstáculos injustificados en la libre prestación de servicios. Concretamente en este Asunto lo que ocurría es que Suecia gravaba a las personas que pagaban primas a una compañía de seguros de vida (establecida en otro Estado miembro) con un impuesto destinado a compensar el impuesto sobre los rendimientos -que han de pagar las instituciones suecas- disuadiendo a estas personas de suscribir pólizas con compañías no establecidas en Suecia. A tal efecto, el Tribunal entiende que no hay base que justifique la desigualdad de trato de los planes operados por organismos de pensiones establecidos en otros Estados miembros y éste es el motivo que sirvió de base para condenar al Estado sueco.

b) En el Asunto C-422/01⁴⁹⁰, el TJUE decidió que *Skandia* que versa sobre una petición prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia por el Regeringsrätten (Tribunal Supremo administrativo de Suecia) en referencia al régimen fiscal de un seguro de pensiones complementario suscrito por cuenta de un empleado sueco con entidades aseguradoras establecidas en un Estado miembro distinto de Suecia. El Tribunal se pronuncia indicando que la normativa sueca infringe el art. 49 del Tratado al entender una situación de desventaja en comparación con aquellas empresas que hicieron aportaciones a Fondos de Pensiones suecos, ya que se beneficiarían de una deducción fiscal inmediata.

⁴⁹⁰ Sentencia de 26 de junio de 2003

c) De otro lado, en el Asunto C-80/94 de *Wielockx*, el Tribunal sostuvo que la norma neerlandesa era contraria al art. 43 del Tratado. El motivo para condenar a este Estado tenía como sustento el hecho de que se denegaba a un trabajador -por cuenta propia y no residente de dicho Estado- el derecho -que por otro lado sí tenían los residentes- a deducir, de los ingresos imposables, las provisiones destinadas a una reserva para pensiones. Así, el Tribunal argumentó que el Estado gravaba todas las pensiones percibidas por los residentes en su territorio, sea cual sea el Estado donde sean abonadas las cotizaciones; pero por el contrario, renunciaba a gravar las pensiones percibidas en el extranjero, aunque se deriven de cotizaciones abonadas en su territorio. Por tanto, la coherencia fiscal no se establece en relación con una misma persona, mediante una rigurosa correlación entre el carácter deducible de las cotizaciones y la imposición de las pensiones, sino que se desplaza a la reciprocidad de las normas aplicables en los Estados contratantes.

d) De otro lado, nos encontramos con el Asunto C- 136/00 de *Danner*, donde se presentó una cuestión en el marco de un recurso interpuesto por el Sr. *Danner* contra la negativa de la *Siilinjärven verotuksen oikaislautakunta* (Inspección Tributaria de *Siilinjärvi*) a concederle la deducción completa de las aportaciones al seguro de jubilación que había abonado a planes de pensiones de jubilación gestionados por entidades alemanas. En este caso, el Tribunal interpretó el art. 59 del Tratado señalando que “ninguna legislación fiscal de cualquier Estado miembro podía impedir o restringir la deducción, a efectos fiscales, de las aportaciones realizadas a Planes de Pensiones voluntarios, pagadas a entidades establecidas en otros Estado miembros, siempre y cuando esa misma legislación no impida la sujeción a impuesto de las pensiones pagadas por dichas instituciones”.

e) Mas recientemente, en el Asunto C-522/04 contra Bélgica⁴⁹¹, el Tribunal concluye que procede declarar que el Estado miembro ha incumplido con una de las obligaciones que le incumben, concretamente en lo señalado en los arts. 18, 39, 43 y 49 del Tratado. Los motivos que llevaron a la Comisión a condenar al Estado belga fueron, entre otros, el hecho de que toda compañía de seguros tiene la obligación de realizar una retención a cuenta del impuesto sobre actividades profesionales, sobre los capitales y los valores de rescate, pagados a un no residente que haya sido en algún momento residente fiscal en Bélgica, y en tanto estos últimos se hubieran constituido, total o parcialmente, durante el periodo en el que el interesado era residente fiscal belga.

Bélgica incluso tampoco tuvo en cuenta los convenios bilaterales donde se concedía al otro Estado contratante el derecho a gravar tales ingresos constituidos mediante primas de jubilación complementarias, abonadas por el empresario o el contribuyente que realiza el fondo de pensiones o el organismo de seguros en el que se han constituido en interés del beneficiario o de sus derechohabientes a otro fondo de pensiones o a otro organismo de seguros establecido fuera de Bélgica, mientras que tal transferencia no constituye una operación gravable cuando los capitales o

⁴⁹¹ Sentencia de 5 de julio de 2007

los valores de rescate se transfieren a otro fondo de pensiones o a otro organismo de seguro establecido en Bélgica⁴⁹².

Además, el Estado belga también exigía a las compañías de seguros extranjeras, es decir, aquellas que no tienen un centro de operaciones en Bélgica, que, antes de ofrecer sus servicios en el citado país, tenían la obligación de designar a un representante responsable, que residiese en Bélgica, con el fin de que el mismo se comprometiese personalmente al pago del tributo anual del seguro, de los intereses y de las multas.

f) De otro lado, es preciso mencionar el Asunto C-150/04⁴⁹³ contra el Reino de Dinamarca, donde el Tribunal declara que Dinamarca ha incumplido con las obligaciones legales de los arts. 39, 43 y 49 al haber adoptado y mantenido en vigor un régimen de seguros de vida y de pensiones de jubilación que únicamente preveía la aplicación de desgravaciones y exenciones fiscales a las aportaciones abonadas en virtud de pólizas suscritas con promotores de planes de pensiones establecidos en Dinamarca, sin conceder ninguna ventaja fiscal.

g) Finalmente, nos encontramos con el Asunto C-520/04⁴⁹⁴. La petición de la decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 18 CE y 39 CE, así como de la Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional. Dicha petición fue presentada en el marco de un procedimiento promovido por la Sra. Turpeinen, jubilada de nacionalidad finlandesa que residía en España en el momento de los hechos del asunto principal⁴⁹⁵.

En este Asunto se concluye que cuando la cuota del impuesto sobre la pensión de jubilación abonada en el Estado miembro de que se trate a una persona residente en otro Estado miembro supera, en determinados casos, aquella del impuesto que se adeudaría en el supuesto de que esa persona residiera en el primer Estado cuando la referida pensión constituya la totalidad o la cuasi totalidad de los rendimientos de dicha persona, se opone a una normativa comunitaria.

Como podemos observar en estos casos jurisprudenciales, el TJUE trata de recordar que, a pesar de que la fiscalidad directa es competencia de los Estados

⁴⁹² Sitjar de Togores Calvo, A.I., “Planes de pensiones: cuestiones transfronterizas. Una aproximación a la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea”. Trabajo presentado al III Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Financiera celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el segundo cuatrimestre de 2007, págs. 115-126

⁴⁹³ Sentencia 30 de enero de 2007

⁴⁹⁴ Asunto C-520/04: Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Korkein hallinto-oikeus (Finlandia), mediante resolución de 20 de diciembre de 2004, recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de diciembre de 2004, en el procedimiento promovido por Pirkko Marjatta Turpeinen,

⁴⁹⁵ Los únicos ingresos de la Sra. Turpeinen consisten en una pensión de jubilación que le paga el Kuntien Eläkevakuutus (seguro de vejez municipal). En virtud del convenio celebrado entre la República de Finlandia y el Reino de España en materia de doble imposición, dicha pensión de jubilación, pagada en consideración a servicios prestados en el ejercicio de funciones de carácter público, sólo puede gravarse en Finlandia.

miembros, no es menos cierto que tienen competencia pero siempre respetando el Derecho Comunitario y, particularmente, las disposiciones del Tratado CE relativas a la libertad reconocida a todo ciudadano de la Unión Europea de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (sentencia de 12 de julio de 2005, Schempp, C-403/03).

Conclusiones

El sector de los fondos de pensiones de empleo se está desarrollando en muchos Estados miembros en los que las pensiones profesionales desempeñaban hasta ahora un papel limitado, inclusive mediante el establecimiento de marcos reguladores. Si no se ofrece un marco regulador actualizado a escala de la UE, se corre el riesgo de que los Estados miembros sigan desarrollando soluciones divergentes, incrementando así la fragmentación de la normativa.

Además, se debe hacer hincapié en la probabilidad de un escenario de bajo crecimiento económico –como el que venimos sufriendo en la actualidad– para entender que la mayoría de los Estados miembros deben consolidar sus presupuestos y reformas en las condiciones de austeridad, siendo necesario constituir planes de pensiones complementarios, capitalizados, mas allá de la prioridad de salvaguardar las pensiones públicas y universales que garantizan una calidad de vida digna.

Y finalmente, mencionar que los pasos de Europa en materia de pensiones debe pasar también por instar a los Estados miembros –y a las instituciones encargadas de los sistemas de pensiones– a que informe adecuadamente a los ciudadanos sobre sus derechos devengados de pensión y a que aumenten su sensibilización y les proporcione con conocimientos que les permitan tomar decisiones bien fundadas en cuanto a los futuros planes de ahorro adicionales de jubilación⁴⁹⁶.

⁴⁹⁶ Sicre L., “La Unión Europea hace frente a la crisis de las pensiones”, periódico: El Economista, 15/04/2014, pág. 1-6. Véase en: <http://www.eleconomista.es/ultima-hora-ecoley/noticias/5707685/04/14/La-Union-Europea-hace-frente-a-la-crisis-de-las-pensiones.html>

MOVIMIENTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJADORES Y DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Fuencisla Rubio Velasco
*Profesora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Huelva

Sumario

1. Introducción
2. La seguridad social de los extranjeros en el ámbito internacional
 - 2.1. La protección de seguridad social de los extranjeros en el marco internacional
 - 2.2. El derecho a la seguridad social de los extranjeros en el marco de la unión europea
3. Conclusiones

1. Introducción

El desplazamiento internacional no tiene su origen en el Derecho del Trabajo, sino que trae causa en el ordenamiento de la Seguridad Social, donde se descubren los rasgos a partir de los cuales aparecerá definido. En este caso, la temporalidad supone un ánimo de retorno del desplazado, y el mantenimiento de la relación laboral con el empresario original evita la ruptura del vínculo contractual primero conservando el centro de gravedad de la actividad en el país de origen.⁴⁹⁷

⁴⁹⁷ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Determinación de la normativa aplicable en el proceso social español. Alegación y prueba del derecho extranjero*, Eolas, León, 2015, p. 45.

La creciente transnacionalización de la economía, el desarrollo imparable de movimientos transnacionales de bienes, servicios, capitales y, en menor medida, de personas, y su dimensión europea, hace necesaria la aprobación de reglas jurídicas acomodadas a tal dimensión.⁴⁹⁸

2. La seguridad social de los extranjeros en el ámbito internacional

El notorio incremento de la inmigración ha supuesto que la protección de Seguridad Social del trabajador extranjero constituya un tema de actualidad y de creciente interés, tanto en nuestro país como en el contexto europeo.

Además, la situación actual de crisis económica y las alarmantes cifras de paro han obligado a la adopción de vías o perspectivas menos aperturistas ante el fenómeno migratorio⁴⁹⁹ y, de alguna manera, han puesto a prueba la solidez de nuestro Sistema de Seguridad Social y economía en general⁵⁰⁰.

2.1. La protección de seguridad social de los extranjeros en el marco internacional

Los Convenios Internacionales han reconocido la importancia del acceso de los trabajadores migrantes a la Seguridad Social con el objetivo de reducir su situación de desarraigo, favorecer la integración social y salvaguardar sus derechos fundamentales. Para favorecer la igualdad de trato respecto de los nacionales, se hacía necesario eliminar de forma progresiva el requisito de la reciprocidad y, por tanto, las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en materia de derechos sociales y condiciones de trabajo.⁵⁰¹

Desde que se empezaron a establecer los sistemas de Seguridad Social, los Estados dirigían los beneficios de los mismos a sus propios nacionales⁵⁰². Pero con el transcurso del tiempo, se intentó extender los derechos de Seguridad Social por medio de convenios bilaterales que implicaban la protección de los nacionales que

⁴⁹⁸ CASAS BAAMONDE, M. E.: “Libre prestación de servicios y desplazamientos...”, op. cit., p. 1.

⁴⁹⁹ Así lo demuestra el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen. Norma desarrollada por el RD 1800/2008, de 3 de noviembre. BOE de 11 noviembre 2008.

⁵⁰⁰ MONTOYA MEDINA, D.: “Reflexiones en torno al alcance de la protección de seguridad social del trabajador extranjero no autorizado”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 144/2009, Civitas, Madrid, 2009, p. 1.

⁵⁰¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios”, *Relaciones Laborales*, n. 2/2001, La Ley, Madrid, p. 5.

⁵⁰² SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, Comares, Granada, 2011, p. 41.

emigraran hacia los Estados con los que se firma el convenio, como puede ser el Convenio n. 19 de la OIT en materia de accidente de trabajo.⁵⁰³

Debemos puntualizar que la protección que dispensa la normativa internacional va referida a la inmigración regular. Los irregulares quedan olvidados y, por tanto, desprotegidos.

2.1.1. El principio de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros y sus excepciones

La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social puede entenderse desde dos vías distintas: una referente al Derecho Internacional y otra referida al derecho interno.⁵⁰⁴ Así, desde la perspectiva del derecho internacional, nuestro Estado debe conceder la igualdad de trato en materia de Seguridad Social según lo dispongan los tratados y Convenios internacionales, tanto bilaterales como multilaterales que se hayan ratificado.

En el marco internacional, el principio de igualdad de trato aumentó su importancia desde el momento en que se empezaron a desarrollar los sistemas de Seguridad Social, especialmente debido a la concepción favorable del establecimiento de sistemas de protección financiados con fondos públicos. Esta circunstancia motivó que se desdibujara la relación de sinalagmaticidad entre cuota y prestación, provocando con ello, la discriminación entre nacionales y no nacionales.⁵⁰⁵

La mayoría de los Convenios que establecen la igualdad de trato de los extranjeros respecto a los nacionales, autorizan excepciones a esa regla y, en consecuencia, el principio de igualdad de trato se configura desde dos técnicas diferentes: por un lado, existen Convenios que prevén la igualdad absoluta de trato para trabajadores extranjeros y, por otro, Convenios que establecen un régimen de reciprocidad entre los Estados que lo hayan ratificado y solo obligan al respeto de los extranjeros que sean procedentes de los países que ratificaron dicho Convenio.⁵⁰⁶

La protección del trabajador migrante, tanto como trabajador extranjero, como por ser un trabajador que se desplaza, requiere un tratamiento normativo a nivel internacional de muy diversos tipos. En opinión de RODRIGUEZ-PIÑERO, esto “puede suponer de hecho una desventaja importante para el trabajador migrante”

⁵⁰³ Artículo 1. Convenio n. 19 OIT. “1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo.”

⁵⁰⁴ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 58.

⁵⁰⁵ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: *La seguridad social...*, op. cit., p. 59.

⁵⁰⁶ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: *La seguridad social...*, op. cit., p. 59.

ya que “se rompen los esquemas tradicionales asegurativos y entran los fondos públicos de manera importante a financiar las prestaciones de Seguridad Social”.⁵⁰⁷

El Derecho Internacional coordinador de la Seguridad Social parte de la necesidad de regular las situaciones de los emigrantes con el objeto de ser protegidos, al menos, del mismo modo que los nacionales y que su migración no produzca una disminución o pérdida de sus derechos adquiridos o por adquirir.⁵⁰⁸

Tradicionalmente, las leyes sobre seguros sociales habían excluido a los extranjeros de su ámbito de aplicación pues se modulaban sobre el planteamiento/coste-beneficio, de forma que se establecía como beneficiario al nacional con el único requisito de la existencia de convenios bilaterales que habilitaran de manera explícita la extensión de los beneficios del sistema a los inmigrantes. Al evolucionar los sistemas de Seguridad Social, se afianza el principio de igualdad de trato desde el momento en el que se comienza a financiar con fondos públicos aunque, es frecuente que los Estados apliquen el principio de igualdad únicamente cuando concurre a la vez un principio de reciprocidad.⁵⁰⁹

Sin embargo, y a pesar de lo expresado, podemos encontrar excepciones al citado principio especialmente en relación a las prestaciones en las que o se niega el derecho a su acceso, o se condiciona a requisitos de residencia previa.⁵¹⁰

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵¹¹ ha declarado de forma contundente que no debe existir una discriminación basada únicamente en razones de nacionalidad, sino que la diferencia de trato debe estar basada en razones justificadas, objetivas y razonables⁵¹².

Actualmente, predomina la protección de los inmigrantes por su condición de trabajador y a sus familiares con independencia de la nacionalidad, aunque el

⁵⁰⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: *La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Servicio de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1982, p. 58.

⁵⁰⁸ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: *La seguridad social...*, op. cit., p. 20.

⁵⁰⁹ CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: “Seguridad social internacional”, en AA.VV.: *La protección social de los extranjeros en España*, González Ortega, S., (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 43.

⁵¹⁰ CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: “Seguridad social internacional...”, op. cit., p. 44.

⁵¹¹ STEDH 1966/40, Caso Gaygusuz c. Austria, 16 de septiembre de 1966.

⁵¹² Según la jurisprudencia del TEDH, una distinción es discriminatoria en el sentido del artículo 14 si “carece de justificación objetiva y razonable”, es decir, si no persigue un “fin legítimo” o si no existe una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido”. Por otro lado, los Estados Contratantes gozan de cierto margen de apreciación para determinar si y en qué medida las diferencias entre situaciones, a otros efectos análogas, justifican una distinción en el trato. Sin embargo, añade que, “sólo unas consideraciones muy serias pueden llevar al Tribunal a considerar compatible con el Convenio una diferencia de trato basada exclusivamente en la nacionalidad”. Como señala la STEDH 1966/40, Caso Gaygusuz c. Austria, 16 de septiembre de 1966. “Por lo tanto, los argumentos expuestos por el Gobierno demandado no convencen al Tribunal. La diferencia de trato, en lo relativo al beneficio de las prestaciones sociales, entre ciudadanos franceses o de países signatarios de un convenio de reciprocidad y los demás extranjeros no se basaba en ninguna *justificación objetiva y razonable*”.

requisito de la residencia sí suele ser una exigencia en el país, es decir, deberán ser trabajadores con autorización.⁵¹³

En todo caso, tal como advierte RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, “resulta un principio fundamental deducible del régimen convencional de la Seguridad Social: la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, por la que los trabajadores (o, en su caso, los ciudadanos) de los países contratantes gozan en el otro país (o en los otros países) de todos los beneficios de la Seguridad Social (y están sometidos a las mismas cargas) que los trabajadores nacionales y con las mismas condiciones y requisitos que los nacionales: igualdad de trato que tiene límites importantes, tanto respecto a las prestaciones no contributivas como respecto a ciertas condiciones mínimas de previa residencia⁵¹⁴.”

- Excepciones al principio de igualdad de trato⁵¹⁵

No obstante, todavía podemos encontrar, respecto al principio de igualdad de trato, dos excepciones a destacar que orientan el citado principio y que limitarían el objeto de la protección:

- La igualdad de trato puede ser negada respecto a una determinada rama, en concepto de “retorsión”, especialmente en los Convenios multilaterales, de forma recíproca, respecto de los ciudadanos de una de las partes que, a pesar de cubrir esa contingencia dentro de su ordenamiento de Seguridad Social, no establezca igualdad de trato respecto de la misma a los nacionales del otro Estado Miembro.
- En otro sentido, la igualdad de trato puede depender de una condición o determinada residencia previa en el Estado que las concede, respecto a los ciudadanos de cualquier Miembro que subordine, en su legislación, el reconocimiento y otorgamiento de las prestaciones al requisito de la residencia en su territorio.

Estas inclusiones podrían fundamentarse en el arraigo de la profesionalidad de los sistemas de Seguridad Social de los distintos Estados. Además, respecto a nuestro Estado, los sujetos susceptibles de protección por los instrumentos coordinadores suscritos lo serán a nivel contributivo, salvo escasas excepciones.⁵¹⁶

⁵¹³ SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *La protección otorgada...*, op. cit., p. 42. CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: “Seguridad social internacional...”, op. cit., p. 44.

⁵¹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, op. cit., pp. 58-59.

⁵¹⁵ PERRIN, G.: “Los principios de la Seguridad Social internacional”, en AA.VV.: *La Seguridad Social Española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981, pp. 182-183.

⁵¹⁶ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: *La seguridad social...*, op. cit., p. 61. Es evidente que el Convenio Europeo de Seguridad Social y los Reglamentos comunitarios 1408/71 y 574/72, obligan a los Estados a cubrir a los nacionales de los otros Estados miembros o partes con las prestaciones no contributivas. De otro lado, los Convenios bilaterales más modernos (Brasil, Chile, Rusia, Ucrania y Uruguay) recogen de forma expresa o tácita la posibilidad de que a través de los mismos se cubran a los sujetos protegidos mediante prestaciones no contributivas.

2.1.2. El principio de reciprocidad entre Estados

Tras la puesta en marcha del Sistema de Seguridad Social, el modelo normativo mantuvo las anteriores bases, apoyándose la tutela social de los trabajadores extranjeros en el principio de reciprocidad, siendo éste, el principio más importante de todos lo que rigen la cooperación internacional, pues responde a una realidad histórica, *do ut des*, hace que las obligaciones y concesiones propias se correspondan a las asumidas a contrario⁵¹⁷.

Se produjo, en consecuencia, la equiparación completa entre los súbditos de países hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses, brasileños y los ecuatoguineanos⁵¹⁸. Así, la proyección del principio de “rabiosa” igualdad de inmigrantes nacionales de los restantes países, se transformó en regla básica a raíz de la firma del Convenio n. 97 de la OIT.⁵¹⁹

En virtud del principio de reciprocidad, el país de origen del extranjero deberá ofrecer una protección equivalente al trabajador español emigrante. Así, si el Sistema del otro Estado permite la incorporación de los españoles, pero existe una limitación o restricción a determinadas prestaciones, el extranjero también estará excluido en el Sistema de Seguridad Social español. En consecuencia, existe igualdad de trato, pero los términos de comparación son diferentes: no son personas sometidas a un mismo ordenamiento, sino que estaremos ante distintos ordenamientos para personas en situaciones semejantes.⁵²⁰

2.1.3. El principio de conservación de derechos adquiridos

Se trata de un principio de doble vertiente pues, por un lado, se refiere a la conservación de los derechos perfectos o que ya vienen siendo disfrutados por el trabajador migrante y, por otro, pretende que el trabajador que aún no ha perfeccionado sus derechos por no cumplir los requisitos para obtener el mismo, especialmente los que se refieren a períodos de cotización previa, no vea frustradas sus expectativas por el hecho de salir a trabajar al extranjero.

Aparte de la igualdad de trato, el mantenimiento de los derechos adquiridos constituye un principio esencial de la coordinación de las legislaciones de Seguridad Social. Así, permite a los migrantes beneficiarse en todo caso, además del principio de igualdad de trato, de las prestaciones que tienen reconocidas, cuando dejen de

⁵¹⁷ MERCADER UGUINA, J. R.: “La protección social de los trabajadores extranjeros”, en AA.VV.: *Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, tomo II, Gobierno de Cantabria, Santander, 2003, pp. 1137 y ss.

⁵¹⁸ Art. 7.5 LGSS “Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida.”

⁵¹⁹ MERCADER UGUINA, J. R.: “La protección social...”, op. cit., p. 1138.

⁵²⁰ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *Ámbito subjetivo...*, op. cit., p. 178. En el mismo sentido, SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *La protección otorgada...*, op. cit., p. 5.

residir en el territorio del país deudor y cuando sus derechohabientes no residan o dejen de residir en ese país.⁵²¹

Asimismo, estos convenios deben coordinar los ordenamientos jurídicos de seguridad social ordenando las prestaciones cuando proceden de la aplicación de forma conjunta o compartida de diferentes sistemas de Seguridad Social.⁵²² Y suelen ser flexibles regulando mínimos de protección adaptables a las peculiaridades y matices de los distintos sistemas de Seguridad Social.⁵²³

Según RODRÍGUEZ-PIÑERO, las técnicas estaban ya bastante desarrolladas en el momento de plantearse el tratamiento comunitario de estas cuestiones y por ello fueron incluidas, en buena parte, en éste, a la vez que se dieron nuevos y decisivos pasos⁵²⁴.

A nivel Internacional, los Convenios de Seguridad Social tienden a prever que las personas incluidas en el campo de protección de la Seguridad Social de un Estado se beneficien de todos los derechos adquiridos por ellas, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que residan en el territorio de uno de los Estados Miembros.⁵²⁵

Respecto a las prestaciones asistenciales, no podrían exportarse ya que al ser sufragadas por la solidaridad de los ciudadanos y financiadas por impuestos, sólo podrán disfrutarse cuando se reside en el país que las concede⁵²⁶. Con lo cual, éstas se encuentran directamente vinculadas, para poder exigirse, a la residencia en el país que las otorga.⁵²⁷ No obstante, suele establecerse, en caso de prestación de naturaleza económica, una equiparación entre el territorio nacional y el territorio donde resida el beneficiario.⁵²⁸

En consecuencia, los migrantes podrán beneficiarse, en todo caso, de las prestaciones que tienen reconocidas, cuando cese su residencia en el territorio del país deudor y cuando sus derechohabientes no residan o dejen de residir en ese país.

2.1.4. El principio de mantenimiento de derechos en curso de adquisición

La conservación de derechos en vías de adquisición ofrece una situación peculiar, pues cuando se refieren a prestaciones contributivas se exige una carrera de cotización para tener acceso a las mismas. Si el reconocimiento de la totalidad de los períodos de cotización depende del cómputo acumulado de cotizaciones en

⁵²¹ PERRIN, G.: “Los principios de la Seguridad Social...”, op. cit., pp. 182-183. Al respecto puede verse SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La residencia en España desde el prisma del derecho del trabajo y la seguridad social*, Aranzadi, Navarra, 2015.

⁵²² SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *La protección otorgada...*, op. cit., p. 41.

⁵²³ CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: “Seguridad social internacional...”, op. cit., p. 43.

⁵²⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, op. cit., p. 60.

⁵²⁵ ALVAREZ CORTÉS, J. C.: *La seguridad social...*, op. cit., p. 78.

⁵²⁶ CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: “Seguridad social internacional...”, op. cit., pp. 46-47.

⁵²⁷ SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *La protección otorgada...*, op. cit., p. 42.

⁵²⁸ CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: “Seguridad social internacional...”, op. cit., pp. 46-47.

el país de origen y en uno o más países de destino, la solución más común viene dada por el *principio pro rata temporis*, según el cual el pago se llevará a cabo en cuantía proporcional a los periodos cumplidos por el trabajador migrante en cada uno de los Estados.⁵²⁹

El principio pretende la reconstrucción de la Seguridad Social de los migrantes, a pesar de su afiliación sucesiva a diversas legislaciones, con el fin de reconocer los derechos y calcular las prestaciones que podrían obtener si estos migrantes hubieran realizado toda su carrera en un solo país.⁵³⁰

Los sistemas contributivos exigen un período previo de cotización, esto es, que los trabajadores contribuyan de forma previa al sistema de Seguridad Social. Esta exigencia, en multitud de casos, es de imposible cumplimiento por los trabajadores migrantes ya que su residencia y trabajo puede que no sea lo suficientemente larga como para acceder a las prestaciones derivadas de una determinada contingencia.⁵³¹

2.1.5. El principio de cooperación entre Estados

Se trata de un principio de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social y se encuentra en todos los Convenios de la OIT que se refieran de forma específica a la Seguridad Social de los extranjeros y de los migrantes. Alude a la colaboración administrativa entre las autoridades competentes o entre las instituciones de los Miembros, para la aplicación de tales instrumentos y de las legislaciones coordinadas. La necesidad de una cooperación orgánica entre esas autoridades o instituciones para un buen funcionamiento de un sistema de coordinación, justifica que la colaboración administrativa pueda ser considerada como una exigencia fundamental de cualquier sistema de esta clase y explica su constante afirmación en los Convenios n. 19, n. 48 y n. 118, los cuales han precisado progresivamente sus condiciones de aplicación.⁵³²

En efecto, mientras que el Convenio n. 19 OIT se limitó al reconocimiento de este principio, el Convenio n. 48 OIT especificó que la colaboración administrativa era reembolsable sobre la base de los gastos efectivamente realizados, salvo pacto en contrario⁵³³.

La importancia de los instrumentos de la OIT sobre Seguridad Social de los extranjeros y de los migrantes ha consistido, especialmente, en la coordinación internacional de las legislaciones de Seguridad, abriendo una nueva fase de reglamentación internacional de la OIT, por medio de sus instrumentos de vocación

⁵²⁹ SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *La protección otorgada...*, op. cit., p. 42-43.

⁵³⁰ PERRIN, G.: "Los principios de la Seguridad Social...", op. cit., p. 186.

⁵³¹ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: *La seguridad social...*, op. cit., pp. 86-87.

⁵³² PERRIN, G.: "Los principios de la Seguridad Social...", op. cit., p. 190.

⁵³³ Art. 14.2 Convenio n. 48 OIT

universal, a favor de la garantía de los derechos de los migrantes en materia de Seguridad Social.⁵³⁴

2.2. El derecho a la seguridad social de los extranjeros en el marco de la Unión Europea

La inclusión de los trabajadores inmigrantes en el Sistema de Seguridad Social para prestaciones contributivas y no contributivas viene recogido en el art. 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁵³⁵

Desde que se empieza a aplicar el principio de libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión Europea (art. 45 TFUE)⁵³⁶ resultan indiscutibles las consecuencias dinamizadoras producidas tanto en la economía como en el incremento de la regulación derivada del empleo y de la protección social.⁵³⁷

Posteriormente, la Carta Social Europea de 1961⁵³⁸ ratificada por la mayoría de los países, establece la obligación de implantar Sistemas de Seguridad Social tomando como referencia el Convenio 102 OIT, aunque con el compromiso de un perfeccionamiento progresivo, tal y como establece en su art. 12.⁵³⁹

Respecto a nuestro sistema interno de protección social de los ciudadanos extranjeros, éste viene condicionado por la normativa comunitaria y, en concreto,

⁵³⁴ PERRIN, G.: “Los principios de la Seguridad Social...”, op. cit., p. 191.

⁵³⁵ Art. 34 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. “1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales.”

⁵³⁶ Uno de los principios fundamentales del Tratado de Roma fue precisamente la libertad de circulación de trabajadores. Al igual que el Reglamento 1612/68 de 15 de octubre de 1968, que desarrolla como principio general la supresión de cualquier discriminación, directa o indirecta, por motivos de nacionalidad en el trabajo, el salario y demás condiciones de empleo así como el acceso a la vivienda y el derecho a la reunificación familiar.

⁵³⁷ SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *La protección otorgada...*, op. cit., p. 43.

⁵³⁸ Firmada en Turín el 18 de octubre de 1961.

⁵³⁹ “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A establecer o mantener un régimen de seguridad social. 2. A mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio internacional del trabajo (número 102) sobre normas mínimas de seguridad social. 3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social. 4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a) La igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes Contratantes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las Partes Contratantes. b) La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o ‘de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes Contratantes’.”

por lo establecido en el Reglamento CEE 1408/1971⁵⁴⁰. Este Reglamento quedó derogado y sustituido desde el 1 de mayo de 2010 por el Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social⁵⁴¹, salvo las excepciones previstas en el artículo 90 de este último.⁵⁴²

Este Reglamento establece el principio de igualdad de trato de los ciudadanos de la Unión Europea que residan en alguno de los Estados que la componen, y tiene como principio básico la coordinación, facilitando la totalización de periodos para la generación de derechos de Seguridad Social y el cálculo de prestaciones, lo que facilita tanto el derecho a la conservación de derechos, como a la exportación de los mismos⁵⁴³.

⁵⁴⁰ Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio 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. Una versión actualizada tras múltiples modificaciones: Versión consolidada del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio 1971 (eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do).

⁵⁴¹ www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Reglamento_883_2004.

⁵⁴² “1. Queda derogado el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo a partir de la fecha de aplicación del presente Reglamento. No obstante, el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 se mantiene en vigor y se preservan sus efectos jurídicos a los efectos: • a) del Reglamento (CE) núm. 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 y del Reglamento (CEE) núm. 574/1972 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, en tanto que no se derogue o modifique dicho Reglamento; • b) del Reglamento (CEE) núm. 1661/1985, de 13 de junio de 1985, por el que se establecen las adaptaciones técnicas de la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social de los trabajadores migrantes en lo que se refiere a Groenlandia, en tanto no se derogue o modifique dicho reglamento; • c) del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros por una parte y la Confederación Suiza por otra, y otros acuerdos que contengan una referencia al Reglamento (CEE) núm. 1408/1971, en tanto que dichos Acuerdos no se modifiquen a la luz del presente Reglamento. 2. Las referencias al Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 en la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad, se entienden hechas al presente Reglamento.” Para una mayor información, [ttp://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Reglamento_1408_1971](http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Reglamento_1408_1971).

⁵⁴³ Art. 29 Reglamento 1408/1971 “Residencia de los miembros de la familia en un Estado distinto de aquél en que reside el titular. Traslado de residencia al Estado donde reside el titular 1. Los miembros de la familia del titular de una pensión o de una renta debida en virtud de la legislación de un Estado miembro, o de pensiones o rentas debidas en virtud de las legislaciones de dos o varios Estados miembros, que residan en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en que reside el titular, disfrutarán de las prestaciones en especie como si el titular residiera en el mismo territorio que ellos, siempre que el titular tenga derecho a las mencionadas prestaciones en virtud de la legislación de algún Estado miembro. Estas prestaciones serán abonadas por la institución del lugar de residencia de los miembros de la familia, con arreglo a lo dispuesto en la legislación que dicha institución aplique, con cargo a la institución del lugar de residencia del titular. 2. Cuando los miembros de la familia a que se refiere el apartado 1 trasladen su residencia al territorio del Estado miembro donde reside el titular, disfrutarán de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación de dicho Estado, aunque hubieran disfrutado, antes de trasladar su residencia, de prestaciones por el mismo proceso de enfermedad o de maternidad.”

El Reglamento 859/2003 (CE)⁵⁴⁴, en su artículo primero, ofrece diferencias sustanciales respecto al régimen regulado por el Reglamento precedente⁵⁴⁵ pero la fórmula que se utiliza en este precepto no supone una modificación del Reglamento anterior, sino una extensión del campo de aplicación del Reglamento 1408/71, alcanzando así a los sujetos que hasta ese momento se encontraban excluidos de aplicación en virtud de la nacionalidad.⁵⁴⁶

En definitiva, para la aplicación de la normativa anterior es necesario un requisito adicional: la residencia legal del inmigrante en un país de la UE. De ello derivan dos implicaciones: no se podrá otorgar ningún derecho de coordinación de Seguridad Social al extranjero no comunitario en situación irregular y, por otro lado, que el Reglamento no alterará en nada las normas aplicables respecto de la situación administrativa irregular.⁵⁴⁷

3. CONCLUSIONES

En materia de Seguridad Social, la Unión Europea presenta recopilaciones de normas de conflicto de gran importancia como es el Reglamento 883/2004, sobre coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, que contiene una serie de normas para casos de accidentes laborales producidos en dos o más Estados europeos. Así, tanto el citado Reglamento como los numerosos Convenios bilaterales y multilaterales de Seguridad Social existentes suelen resolver los conflictos planteados entre instituciones o entidades gestoras de distintos Estados con el objetivo de determinar cuál de ellas debe abonar una prestación, así como la legislación es aplicable y el tribunal competente.

La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social puede entenderse desde dos vías distintas: una referente al Derecho Internacional y otra referida al derecho interno. Así, desde la perspectiva del derecho internacional, nuestro Estado debe conceder la igualdad de trato en materia de Seguridad Social según lo dispongan los tratados y Convenios internacionales, tanto bilaterales como multilaterales que se hayan ratificado.

⁵⁴⁴ Reglamento (CE) núm. 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 y del Reglamento (CEE) núm. 574/1972 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas.

⁵⁴⁵ Art. 1 "Sin perjuicio de las disposiciones del anexo del presente Reglamento, las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71 y del Reglamento (CEE) nº 574/72 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que se encuentren en situación de residencia legal en el territorio de un Estado Miembro y siempre que se encuentren en una situación en la que todos los elementos no estén situados en el interior únicamente de un solo Estado Miembro".

⁵⁴⁶ El anterior Reglamento sólo acogía de entre el grupo de los no comunitarios a los apátridas y a los refugiados. Por ello, la extensión que se lleva a cabo también abarca a los supervivientes no comunitarios de los trabajadores no comunitarios y también a sus familiares. SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *La protección otorgada...*, op. cit., p. 45.

⁵⁴⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. y QUINTERO LIMA, G.: "La Seguridad Social...", op. cit., p. 1124.

Con todo, el principio de igualdad es el que mejor daría respuesta a las necesidades de los trabajadores, pues quedarían encuadrados en el sistema como un nacional y se le aplicará para cualquier tipo de prestación tanto presente como futura.

Aparte de la igualdad de trato, el mantenimiento de los derechos adquiridos constituye un principio esencial de la coordinación de las legislaciones de Seguridad Social. Así, permite a los migrantes beneficiarse en todo caso, además del principio de igualdad de trato, de las prestaciones que tienen reconocidas, cuando dejen de residir en el territorio del país deudor y cuando sus derechohabientes no residan o dejen de residir en ese país.

Respecto a las prestaciones asistenciales, no podrían exportarse ya que al ser sufragadas por la solidaridad de los ciudadanos y financiadas por impuestos, sólo podrán disfrutarse cuando se reside en el país que las concede. Con lo cual, éstas se encuentran directamente vinculadas, para poder exigirse, a la residencia en el país que las otorga.

La conservación de derechos en vías de adquisición ofrece una situación peculiar, pues cuando se refieren a prestaciones contributivas se exige una carrera de cotización para tener acceso a las mismas. Si el reconocimiento de la totalidad de los periodos de cotización depende del cómputo acumulado de cotizaciones en el país de origen y en uno o más países de destino, la solución más común viene dada por el *principio pro rata temporis*, según el cual el pago se llevará a cabo en cuantía proporcional a los periodos cumplidos por el trabajador migrante en cada uno de los Estados.

Desde que se empieza a aplicar el principio de libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión Europea (art. 45 TFUE) resultan indiscutibles las consecuencias dinamizadoras producidas tanto en la economía como en el incremento de la regulación derivada del empleo y de la protección social.

TERCERA PONENCIA

INMIGRACIÓN ECONÓMICA EXTRA- UE: ALGUNOS ASPECTOS CLAVES DE LA POLÍTICA DE GESTIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS EN LA UNIÓN

M^a Luisa Rodríguez Copé
*Prof.a. Titular. Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Córdoba

ÍNDICE

NOTA PRELIMINAR

1. UNA POLÍTICA COMÚN DE INMIGRACIÓN PARA EUROPA. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL

- 1.1. Schengen y los nacionales de terceros Estados
- 1.2. El tratamiento de la inmigración económica en el Derecho Originario.
Antecedentes y estado actual
- 1.3. Los Programas de Trabajo. Desde “Tampere” hasta “Estocolmo”
 - 1.3.1. Tampere, 1999
 - 1.3.2. La Haya, 2004
 - 1.3.3. Estocolmo, 2010
 - 1.3.4. El futuro de la política comunitaria migratoria. Algunas pinceladas.
Líneas de actuación

2.- LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN LABORAL EUROPEA

- 2.1. Condiciones de entrada y permanencia del inmigrante económico no
residente en un Estado miembro

2.1.1. El acceso al mercado de trabajo y la permanencia en el mismo

- a) Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado
- b) Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros
- c) Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales
- d) Directiva 2016/801/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair
- e) Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro

2.1.2. La lucha contra la inmigración irregular

- a) Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular
- b) Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y **procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal**

2.1.3 Política de integración

- 2.2. Apunte a las políticas reguladoras de las condiciones de estancia de nacionales de terceros Estados residentes en un Estado miembro

3. REFLEXIÓN FINAL

NOTA PRELIMINAR⁵⁴⁸

Pasados más de 30 años desde la creación del *Espacio Schengen*, conviene repasar la influencia que la supresión de las fronteras interiores y el establecimiento de una frontera exterior única ha tenido en el desarrollo de la política migratoria de la Unión Europea (UE); en particular, en la gestión de las llamadas migraciones económicas, o lo que es lo mismo, en la configuración del marco regulador de la inmigración de nacionales de terceros Estados que quieren acceder a Europa para prestar servicios por cuenta propia o ajena.

Y decimos esto porque, allende las expresiones más débiles del derecho de la libre circulación que proclama Schengen, esto es, el *derecho a viajar*, -al que pueden acceder los extra-UE que cumplan determinados requisitos- debemos prestar atención a la manifestación más fuerte del citado derecho, o sea, a la libertad de residencia y trabajo, pues los instrumentos normativos que regulan el acceso de los ciudadanos de terceros países al mercado de trabajo europeo, las condiciones de su ejercicio y la posibilidad de desplazarse entre distintos los Estados miembros con fines también laborales, se han visto condicionados por la creación y posterior evolución de la filosofía que emana de Schengen⁵⁴⁹ (y, sin duda, se seguirán viendo influidos por el cuestionamiento actual de sus valores y principios). El presente y futuro del Espacio Schengen, y con él el de las políticas de gestión de flujos migratorios en la Unión Europea, se cuestiona más que nunca.⁵⁵⁰

Europa vive una gran crisis humanitaria, provocada por la masiva llegada de refugiados que huyen de un conflicto bélico que parece nunca acabar y que es

⁵⁴⁸ Aclaraciones sobre la terminología utilizada. En lo que concierne a los términos usados en el trabajo, conviene aclarar que cuando empleamos el vocablo *extranjeros* nos estamos refiriendo, exclusivamente, a los nacionales de terceros países o ciudadanos extra-Unión Europea (UE) - dejando a un lado a los ciudadanos de la Unión Europea que, dentro del territorio de la UE, del EEE y Suiza, no tienen la consideración de *extranjeros*-. Asimismo, y como herencia de la llamada antiguamente *Comunidad Europea*, en el texto se hace uso del término *comunitario* en multitud de ocasiones (al referirnos al derecho, ciudadano, trabajador...), entendiendo el lector que debe asimilarse a la expresión de la *Unión Europea*, que es como se denomina en la actualidad a la Europa de los 28. (Se utiliza de manera frecuente el término *extracomunitario* para referirnos al ciudadano que no pertenece a la Unión Europea (extra- UE), ni a la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), al nacional de un tercer país o, atendiendo al comentario anterior, al *extranjero*, en sentido estricto).

⁵⁴⁹ El hito fundamental en la creación de un mercado interior con libre circulación de personas – y no sólo de trabajadores- fue la celebración de los dos acuerdos de Schengen: el Acuerdo de Schengen propiamente dicho, de 14 de junio de 1985, y el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, que se firmó el 19 de junio de 1990 y entró en vigor el 26 de marzo de 1995. Actualmente el Acervo de Schengen se conforma como un nutrido cuerpo normativo de desarrollo e implementación del Acuerdo inicial, elaborado en el seno del Comité Ejecutivo establecido por dichos Acuerdos.

⁵⁵⁰ El 24 de junio de 2011 el Consejo Europeo acordó que los Estados de la Unión Europea integrados en Schengen podrían suspender la libre circulación de personas en circunstancias excepcionales –como un gran éxodo migratorio–, restableciéndose temporalmente las fronteras interiores –medida que ya habían adoptado en los meses anteriores Francia, Italia, Dinamarca y Grecia–. Según el acuerdo «la reintroducción de fronteras interiores» solo se podrá adoptar “como ultimísimo recurso” y en “circunstancias verdaderamente críticas en que un Estado no sea capaz de cumplir sus obligaciones”, y para “un ámbito y un periodo de tiempo estrictamente limitados”. El acuerdo se adoptó a partir de la propuesta hecha por la Comisión Europea que era una respuesta a las decisiones unilaterales de varios países de restablecer los controles fronterizos.

reflejo de una lamentable propensión en el mundo a las luchas armadas, políticas y sociales. Todo ello ha provocado que en el imaginario europeo quede sembrada la semilla de la duda sobre la utilidad de Schengen para gestionar el espacio de libertad europeo.

Por otra parte, y a pesar de que muchas son las voces que vienen reclamando que la inmigración económica deje de ser competencia nacional para pasar a ser de gestión comunitaria, aduciendo que la competencia nacional no tiene sentido en un espacio de libre circulación, las políticas de gestión de flujos migratorios han estado sometidas desde hace años- y continúan estando- a las diversas políticas nacionales. Los Estados han elaborado en estos últimos años medidas radicalmente diferentes para administrar la entrada legal de ciudadanos de terceros países para trabajar en sus respectivos territorios; desde políticas bastante restrictivas a otras de carácter marcadamente liberal y desde políticas de cuotas a medidas de regularización *a posteriori*. La posibilidad de una política europea común en este ámbito ha estado frenada hasta el momento por la gran diversidad de intereses entre los Estados miembros. La citada gama de intereses y preferencias políticas que se deduce de estos diferentes entornos ha hecho muy difícil hasta el momento la homogeneización de políticas migratorias. No hay que olvidar que estas políticas afectan al núcleo de la soberanía estatal; es derecho de los Estados decidir quiénes y de qué manera pueden formar parte de ellos. Este carácter esencial de la soberanía nacional sobre la población se convierte en un motivo sustancial de la resistencia de los Estados a ceder competencias en esta materia para *européizar* las políticas migratorias y se ha traducido en un continuo entorpecimiento de las propuestas de la Comisión. A todo esto, se le unen otros motivos que, sin duda, han impedido que Europa se dote de una verdadera política común en materia de migración, como las preocupaciones electoralistas de los gobiernos nacionales, la importancia que conceden los medios de comunicación a los temas de ese tipo, las decisiones políticas, las diversidades culturales y, por supuesto, la crisis económica y humanitaria en la que Europa se ve inmersa.

Parece evidente que el momento en el que nos encontramos no es el más adecuado para la reorientación y asentamiento de una política migratoria que, hasta la fecha, no ha conseguido sus propósitos, quedando relegada a un segundo plano al tener que ceder espacio y protagonismo a favor de otras contiendas, en concreto, la de la inmigración *ilegal*.⁵⁵¹ No obstante, insistimos, la existencia del espacio Schengen y la pertenencia al mismo, crea un fuerte incentivo para que los Estados miembros coordinen sus políticas migratorias, puesto que el nacional de un tercer Estado que entre en uno de ellos tiene abiertas las puertas a cualquiera de los otros. Hasta ahora, ese incentivo ha producido muchos más avances en la coordinación de la gestión de las fronteras y los medios necesarios para evitar la inmigración irregular que en la formulación de políticas positivas. Sin duda, en la situación

⁵⁵¹ Véase los comentarios sobre el término de SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Efectos jurídicos de la contratación de inmigrantes *ilegales*: una aproximación desde el Derecho Comparado”, en AA.VV. Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea. Ediciones Laborum, 2008, p. 9 y sigs.

actual, una política común europea en materia migratoria permitiría ofrecer una respuesta adecuada a un fenómeno estructural de magnitud internacional que ya no es posible gestionar de forma eficaz a escala nacional. Europa tiene que hacer frente a ciertas necesidades económicas y sociales. El envejecimiento de la población y la escasez de determinadas categorías de trabajadores (tanto cualificados como no cualificados) exigen una gestión eficaz de la migración económica que logre mejorar la competitividad de las empresas europeas, del mercado de trabajo y, en consecuencia, de la economía de la Unión.⁵⁵²

En las próximas líneas, haciendo un esbozo de los antecedentes históricos más recientes, y a través de la recopilación y análisis de los instrumentos normativos, iniciativas y propuestas que conforman aspectos claves de la denominada política comunitaria de inmigración, dejaremos constancia de ello.

El estudio que a continuación se expone está dividido en dos partes fundamentales.

La Parte I del trabajo tiene como objetivo hacer un recorrido por el tratamiento que la inmigración económica ha tenido en el Derecho Originario. Se dedica un apartado especial a los distintos Programas de Trabajo (desde *Tampere* hasta *Estocolmo*, sin olvidar los documentos más recientes) que son los que han trazado las líneas y directrices de la actual política migratoria de la UE.

En la Parte II se traen a colación las Directivas más emblemáticas en cada uno de los ámbitos que se proponen para el estudio: la gestión de la migración legal - acceso al mercado de trabajo y permanencia en el mismo-; la lucha contra la inmigración *illegal* y la política de integración, enlazando esta última cuestión con el análisis de dos de las Directivas claves para la integración de extracomunitarios cuando éstos ya son residentes en un Estado miembro.

Como comprobará el lector, en el texto también se contemplan unas *Consideraciones Previas* y una *Reflexión Final*. Con las primeras se intenta aclarar la posición que tiene los nacionales de terceros países en relación a la titularidad y disfrute del derecho de libre circulación, en su acepción más amplia (libertad de residencia y trabajo) y más restringida (libertad de circulación en sentido estricto: el *derecho a viajar*). Para ello, y de manera breve, se hace referencia a las distintas categorías de extracomunitarios, atendiendo a su condición o no de familiar de comunitario, de residente o no en el territorio de la Unión, y de oriundo o no de un país con el que la UE haya firmado algún Acuerdo mediante el cual el régimen aplicable a estos ciudadanos sea más beneficioso.

Dada la amplitud de esta materia y de las distintas perspectivas desde las que se puede abordar, la reflexión final sólo pretende servir de *colofón* al trabajo haciendo hincapié en la *filosofía* que, a juicio de la que escribe, debe inspirar el diseño, la elaboración e implementación de la política migratoria comunitaria.

⁵⁵² FERNÁNDEZ DOCAMPO, “Trabajadores nacionales de terceros Estados. El acceso al mercado de trabajo europeo”. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 122/2016, p. 72.

Consideraciones previas (y necesarias)

Siendo el tema abordado en estas Jornadas *la Libre circulación de trabajadores en la UE* y partiendo de la base de que los ciudadanos de los países que no pertenecen a la misma no son beneficiarios plenos de este derecho, no podemos comenzar este análisis sin hacer antes una brevísima referencia- a modo de apunte- a la posición que ocupan en cuanto al reconocimiento, goce y disfrute de los derechos que la libertad de circulación entraña.

Remontándonos a los orígenes, la posibilidad de extender la libre circulación de personas a los nacionales de terceros Estados ya estaba prevista en el Tratado de Roma (1957), aunque su desarrollo normativo y jurisprudencial posterior dejó claro que esa libertad quedaba circunscrita a los nacionales de los Estados miembros. La creación del espacio Schengen, garantizando la libre circulación en su territorio de todas las personas, cualquiera que fuese su nacionalidad, supuso un avance indudable, pero no hemos de olvidar que tal garantía se limitaba a la libertad de desplazamiento y a la libertad de viaje, fracasando los intentos (que los hubo) de extenderla a otros aspectos, en concreto a la residencia y a la entrada y acceso al empleo.⁵⁵³

A raíz del Tratado de Maastrich, se incluyó como cuestión de interés común de la Unión las condiciones de acceso, estancia y circulación de los extracomunitarios por el territorio de los Estados miembros pero, por cuestiones de competencia, tampoco se logró entrar en la ordenación y extensión de este derecho. No obstante, esta posibilidad se abordó por primera vez en una propuesta de Convenio de 1997 (finalmente retirada) que contenía ya las líneas básicas del futuro régimen comunitario. En ella se establecían normas para la admisión de terceros países por razones de empleo, trabajo por cuenta propia, estudios, actividades no remuneradas y reagrupación familiar.⁵⁵⁴

A pesar de que el Tratado de Ámsterdam supuso la asignación a la Comunidad de amplias competencias en materia migratoria y el principio de libre circulación se vio reforzado, los resultados no fueron los esperados. La repercusión final del desarrollo normativo de esta libertad en el Derecho derivado dejó mucho que desear. Aunque hubo alguna propuesta de armonización normativa a través de una directiva, el proyecto nunca culminó. Posteriormente, el Tratado de Lisboa reformuló parte del contenido de la regulación, suprimiendo el límite temporal de los *tres meses* (introducido en Ámsterdam y mantenido en Niza) durante los cuales el extracomunitario puede desplazarse libremente por la Unión, optando en su lugar por un *corto periodo*⁵⁵⁵, y sustituyendo el verbo *viajar* por *circular*. Sin embargo, se trata de avances meramente conceptuales, siempre condicionados al

⁵⁵³ Sobre esta cuestión, IGLESIAS SÁNCHEZ, La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: el régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración. Reus. Madrid, 201, pp. 22-36.

⁵⁵⁴ Propuesta de acto del Consejo, de 30 de julio de 1997. Por el que se establece el Convenio relativo a las normas de admisión de nacionales de terceros países en los Estados Miembros, COM (97) 387 final- no publicada en el Diario Oficial.

⁵⁵⁵ Artículo 77.2 c) TFUE.

efectivo desarrollo por el derecho derivado.⁵⁵⁶ Y ello sin olvidar, por una parte, la importantísima limitación contenida en el artículo 79.5 TFUE, que reserva a los Estados la fijación de los volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países con el fin de buscar un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia y por otra, el principio comunitario de preferencia para el acceso al trabajo.

En consecuencia, los beneficiarios de la libre circulación de trabajadores son, salvo matizaciones, los nacionales de los Estados miembros de la UE, que conforman así una categoría privilegiada de ciudadanos a los que se le aplica un régimen caracterizado por la flexibilidad y simplicidad en cuanto a las formalidades requeridas para acceder, residir y trabajar en cualquier país de la Unión.⁵⁵⁷ Éstos disfrutaban del principio de libre circulación de personas⁵⁵⁸, que ha evolucionado paulatinamente - gracias al impulso de la jurisprudencia y de una normativa UE cada vez más liberalizadora⁵⁵⁹ - y que es fundamento de la Unión y, en especial, de una de sus derivaciones, la libre circulación de trabajadores asalariados o por cuenta propia⁵⁶⁰, que constituye el origen de la libre circulación en el marco de un espacio económico unificado y está recogida al máximo nivel normativo en los artículos 45 a 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y desarrollada por la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el

⁵⁵⁶ FERNÁNDEZ DOCAMPO, “Trabajadores nacionales de terceros Estados: el acceso al mercado de trabajo europeo”. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social 122/2016, p. 67.

⁵⁵⁷ El reconocimiento de este derecho obedece, principalmente, a dos motivos. En primer lugar, no podemos obviar que la libre circulación de trabajadores, junto con el libre desplazamiento de mercancías, personas, servicios y capitales cumplen una función instrumental para el desarrollo eficaz de la actividad económica en el ámbito comunitario, de tal manera que difícilmente se podría alcanzar si no comprendiera la eliminación de las restricciones a la movilidad geográfica de los trabajadores. Como segundo motivo, es innegable que, en un principio, el similar nivel económico de los Estados miembros que fundaron la Unión Europea nada tenía que ver con la disparidad económica existente entre esta última y la mayor parte de los países de origen de los trabajadores extracomunitarios. Por ende, esa similitud *inicial* no suponía una puesta en peligro de la estabilidad de los mercados nacionales de trabajo, y en consecuencia, no era necesario instaurar controles rígidos en las fronteras interiores. MARTÍNEZ ABASCAL, Modelos de inmigración laboral: Unión Europea y España. Publicaciones URV. Tarragona, 2015, p. 73.

⁵⁵⁸ El contenido del derecho de libre circulación y residencia incluye: el derecho de salida; el derecho de entrada; el derecho de residencia por periodo inferior a tres meses; el derecho de residencia por periodos superior a tres meses (para trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, para aquellos que dispongan de recursos suficientes, para aquellos que estén matriculados en un centro público o privado con el fin de cursar estudios y para aquellos que sean familiares de un ciudadano de la Unión y que cumplan con algunos de los requisitos anteriores); y el derecho de residencia permanente.

⁵⁵⁹ BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “El Estatuto jurídico de los ciudadanos de la Unión Europea y de la Asociación de libre cambio” en AA.VV. Nacionalidad y Extranjería (Coord. Parra Rodríguez). Barcelona. Huyguens, 2016.

⁵⁶⁰ La libre circulación de trabajadores es un derecho de contenido complejo que integra un conjunto de derechos tales como el de igualdad de trato, los derechos de responder a ofertas de trabajo y desplazarse libremente para este fin, el derecho a residir en un Estado miembro a fin de ejercer en él un empleo, el derecho de permanecer en un Estado miembro y el derecho a beneficiarse de un sistema de seguridad social. (Art. 45 TFUE y arts. 1 a 10 del Reglamento UE 492/2011, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión).

territorio de los Estados miembros.⁵⁶¹ A esta Directiva, de carácter general, hay que añadir dos textos normativos en el ámbito de la libre circulación de trabajadores: el Reglamento 492/2011, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión y la Directiva 2014/54/UE, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación.

No obstante, es importante matizar que la originaria libre circulación de trabajadores no sólo se ha extendido territorialmente, como consecuencias de las sucesivas ampliaciones del territorio de la Unión, sino que se ha ensanchado a otros agentes económicos y a ciertas categorías de nacionales de terceros Estados. Efectivamente, el ámbito subjetivo de aplicación se ha ido extendiendo a los nacionales de terceros Estados, siempre y cuando mantengan un vínculo familiar con el trabajador nacional de un Estado miembro, y a ciertos nacionales de terceros Estados con los que la UE haya suscrito un Acuerdo. De este modo, los familiares nacionales de terceros países de ciudadanos de la Unión Europea gozan de prerrogativas en materia de desplazamiento y estancia, y ello porque la *libre circulación* implica la eliminación de los obstáculos que se opongan a su movilidad, y en particular al derecho de la persona a hacer venir a su familia y a la integración de ésta en el país de acogida.⁵⁶²

Además, a través de los llamados *Acuerdos exteriores*, otros ciudadanos de terceros países pueden también beneficiarse de la libre circulación y, por ende, pueden desplazarse a cualquier Estado miembro de la Unión Europea como si fuesen ciudadanos de la misma. Nos estamos refiriendo a los nacionales de Noruega, Islandia, Liechtenstein, países⁵⁶³ que forman parte del Acuerdo sobre el Espacio

⁵⁶¹ CAMAS RODA, La política de inmigración en la Unión Europea, en AA.VV. Los grandes debates actuales en el Derecho del Trabajo y la protección social (Estudios en recuerdo del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracul). CARL, 2016, p. 261, hace referencia a las tensiones que el principio de libre circulación ha sufrido en los últimos tiempos. Muestra de ellos es, por ejemplo, la exclusión por los Estados Miembros de beneficios sociales a los ciudadanos comunitarios no nacionales de dichos países que no dispongan de recursos. (Véase STJUE de 11 de noviembre de 2014 (Asunto C-333/13, Dano, v. Jobcenter Leipzig).

⁵⁶² La Directiva 2004/38/CE reconoce a favor de ciertos familiares el derecho de entrada, residencia y libre acceso al mercado laboral del nuevo Estado Miembro donde se han desplazado junto con el nacional comunitario. Según su artículo 2, se considera "miembro de la familia": a) El cónyuge; b) La pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada; c) Los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en el apartado b); d) Los descendientes directos a cargo y os del cónyuge o de la pareja definida en el apartado b).

⁵⁶³ Son los países que conforman la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC).

Económico Europeo (EEE), firmado en 1992.⁵⁶⁴ El Acuerdo ha incorporado el amplio desarrollo legislativo y jurisprudencial que ha sufrido este derecho a lo largo de su vigencia, estableciéndose de este modo una completa asimilación en materia de libre circulación de trabajadores entre estos nacionales de la AELC y los nacionales de los Estados miembros.⁵⁶⁵

En este orden, destacamos también el Acuerdo de 21 de junio de 1999 sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y su Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, que entró en vigor el 30 de junio de 2002, menos ambicioso que el anterior⁵⁶⁶. El Acuerdo firmado con Suiza concede a favor de los nacionales de esta Confederación y de los Estados miembros un derecho de entrada y de estancia de corta duración en el territorio de la otra Parte. Junto a esta prerrogativa se concede asimismo un derecho de residencia y de acceso a una actividad económica por cuenta ajena⁵⁶⁷, de establecimiento como trabajador autónomo y se facilita la prestación de servicios en el territorio de las partes contratantes. Además de esta posibilidad de residir y ejercer una actividad económica, el Acuerdo sobre libre circulación garantiza una igualdad de trato con los propios nacionales del Estado de acogida por lo que se refiere a las condiciones de empleo, de remuneración y de despido. Asimismo, el trabajador por cuenta ajena y los miembros de su familia gozarán de las mismas ventajas fiscales, sociales y en el acceso en materia de alojamiento.

En conclusión, aunque los beneficiarios directos del derecho a la libre circulación y residencia son los nacionales de los Estados miembros, a éstos se unen en calidad de beneficiarios indirectos, los miembros de sus familias (aún siendo

⁵⁶⁴ Véase, Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, firmado con Noruega, Islandia y Liechtenstein. En particular, el apartado segundo del art. 28 AEEE estipula que “*la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros de la CE y de los Estados de la AELC con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo*”. Sobre la base de esta premisa, los nacionales de Noruega, Liechtenstein e Islandia tienen derecho en el territorio de los Estados miembros de la UE y de los demás Estados de la AELC: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente con este fin; c) de residir con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) de permanecer en el Estado de acogida después de haber ejercido en él un empleo. Además, tales derechos sólo podrán ser objeto de limitación por razón de orden público, seguridad y salud públicas (Art. 28.3), es decir, por los mismos motivos que en el supuesto de nacionales comunitarios. Asimismo, el AEEE extiende los derechos reconocidos a los trabajadores comunitarios en el ámbito de la seguridad social a aquéllos nacionales originarios de Noruega, Islandia y Liechtenstein en el marco de una actividad económica transfronteriza (art. 29).

⁵⁶⁵ En este sentido BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Los nacionales de terceros países en la Unión Europea. Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba. Córdoba, 2003; pp. 241 y 242, en dónde expone que tal asimilación ha sido posible *por diversos motivos y circunstancias que lógicamente distan mucho de existir en el seno de otros Estados terceros con los cuales la CE mantiene Acuerdos de Asociación y Cooperación*. Los países pertenecientes a la AELC tienen un nivel de desarrollo económico y social similar al de los Estados miembros, lo que minimiza cualquier riesgo de migración masiva entre la zona CE y la zona AELC.

⁵⁶⁶ No existe en el mencionado Acuerdo con Suiza una fórmula semejante al art. 28 del Acuerdo EEE que instaure una libre circulación de trabajadores entre las Partes. Sin embargo, el Acuerdo reglamenta los requisitos para el ejercicio de la misma bajo pautas de flexibilización y sencillez.

⁵⁶⁷ Al igual que sucede en el ámbito del Mercado Interior existe una limitación para los nacionales de otros países para ejercer un empleo en la Administración pública cuando éste se vincule al ejercicio de la potestad pública y esté destinado a salvaguardar los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas.

extracomunitarios) que los pueden acompañar en su desplazamiento y, en virtud de los Acuerdos firmados, los ciudadanos de Noruega, Islandia, Liechtenstein y Suiza, así como sus familiares. Todos ellos gozan en el territorio de la Unión del derecho a acceder a cualquier actividad económica en las mismas condiciones que los nacionales de Estado de acogida. Se trata del beneficio de las tres libertades económicas clásicas: libre circulación de trabajadores, derecho de establecimiento y libre prestación de servicios. Dos principios básicos informan el ejercicio de actividades económicas tanto para los ciudadanos de la UE como para las que podríamos denominar *categorías asimiladas*: el principio de igualdad de trato y la no exigencia de permiso o autorización para trabajar.⁵⁶⁸

Salvo lo destacado ut supra, ningún otro acuerdo llevado a cabo por la Unión o cualquiera de los Estados miembros con terceros Estados establece derechos de circulación y residencia dentro del territorio de la Unión Europea. No obstante, y antes de iniciar nuestra andadura en el estudio y análisis de las políticas comunitarias de gestión de la inmigración laboral o económica, que es el objeto esencial de este trabajo, conviene hacer una breve reseña a los Acuerdos de Asociación y de Cooperación concluidos por la Comunidad Europea con Terceros Estados, pues son fuente de derechos y obligaciones que otorgan una posición jurídica privilegiada a determinados nacionales extracomunitarios.⁵⁶⁹ Hay, sin embargo, que advertir que dichos preceptos regulan la situación de aquellas personas que se encuentran ya establecidas en la Unión. Por ende, nos reiteramos en que, a excepción del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y del Acuerdo sobre libre circulación con Suiza, aspectos tales como la entrada y la libre circulación de estos nacionales por el territorio de los Estados miembros quedan completamente al margen del ámbito material de estos acuerdos, así como el acceso al primer empleo y el derecho a la reagrupación familiar.

Obviando los ya referidos, y verdaderamente trascendentes desde el punto de vista de la libre circulación de trabajadores no comunitarios, debemos hacer mención al Acuerdo de Asociación con Turquía (1963), los Acuerdos de Cooperación con los países del Magreb (1976), los Acuerdos de Colaboración y Cooperación con los países de la antigua Unión Soviética (1994-1996), los Convenios de Lomé (1975-1989) y el Acuerdo de Asociación ACP-CE (2000).⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ En este sentido, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “El Estatuto jurídico de los ciudadanos...” cit.

⁵⁶⁹ Para un estudio en profundidad de esta cuestión, véase BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Los nacionales de terceros países en la Unión Europea. Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba. Córdoba, 2003; pp. 191 y ss.

⁵⁷⁰ Al elenco de Acuerdos habría que añadir los denominados *Acuerdos Europeos*, esto es, los llevados a cabo entre 1992-1996 con los países de la Europa Central y del Este (PECO), que tras la incorporación de los mismos a la Unión Europea han perdido su vigencia. Estos Acuerdos se vieron influidos por las disposiciones relativas a la mano de obra de los Acuerdos de Cooperación concluidos con los países del Magreb. Pese a la inclusión en su articulado de un Capítulo relativo a la “circulación de trabajadores”, los nacionales de los PECO no tenían prácticamente posibilidad alguna de “circulación”. De este modo, la posición jurídica de estos ciudadanos –polacos, húngaros, checos, eslovacos, rumanos, búlgaros, eslovenos, estonios, letones y lituanos– se materializaba en el beneficio de un tratamiento nacional en materia de condiciones de trabajo, remuneración o despido, así como en una cierta armonización en el sector de la seguridad social.

De todos los mencionados, el Acuerdo de Asociación firmado con Turquía (Acuerdo de Ankara, 1963) constituye el único acuerdo exterior que alude expresamente a la realización futura de una libre circulación de trabajadores extranjeros en la Unión Europea. Uno de los objetivos principales del acuerdo era el de establecer la libre circulación de los trabajadores, que sin embargo no ha podido materializarse hasta el momento, debido a razones sociales y económicas de gran peso. No obstante, el Acuerdo esboza muchas posibilidades para una mejora sustancial de la posición jurídica de los nacionales turcos en la Unión, aunque es preciso advertir igualmente que, debido a su escaso desarrollo, tal estatus cuenta con importantes limitaciones. Los nacionales turcos no tienen derecho a circular libremente dentro de la Comunidad, sino que se benefician exclusivamente de derechos de carácter referencial en el territorio del Estado miembro donde legalmente hayan entrado y ejercido un empleo durante un período determinado.

Los Acuerdos con Marruecos, Túnez (acuerdos euro-mediterráneos) y con Argelia han sido originariamente Acuerdos de Cooperación cuyos principios y objetivos han tenido su base en el Acuerdo de Asociación que la Unión Europea (entonces, Comunidad Europea) firmó con Turquía. No obstante, su alcance es más limitado y los derechos particulares reconocidos a sus nacionales son marcadamente más restrictivos. En estos Acuerdos concluidos con el Magreb ni siquiera se alude a una futura libre circulación de sus trabajadores por el territorio de la Unión. Asimismo, tampoco existen preceptos que otorguen prerrogativas en relación al acceso al mercado de trabajo y la residencia en el territorio del país de acogida.

En lo que respecta a los Acuerdos con los países de la antigua Unión Soviética, los acuerdos iniciales fueron, simplemente, Acuerdos de Colaboración -no constituyendo, siquiera, Acuerdos de Asociación o de Cooperación- que contenían un precepto en el que la Comunidad y sus Estados miembros acordaban velar para que el trato que se conceda a estos nacionales procedentes de los países de la antigua Unión Soviética, legalmente empleados en el territorio de un Estado miembro, *no implique ninguna discriminación por motivos de nacionalidad, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, la remuneración o el despido, en comparación con los nacionales de ese mismo Estado.*⁵⁷¹

Finalmente, y en relación al Acuerdo de Asociación con los países ACP, es decir del denominado grupo de 70 países de África, Caribe y Pacífico, éste no confiere ninguna ventaja o prerrogativa en cuanto a la primera entrada de nacionales de terceros países a la Unión Europea; *a sensu contrario*, éstos tienen garantizada

⁵⁷¹ En la actualidad, seis Estados de la antigua Unión Soviética participan en la *Asociación Oriental* con la Unión: Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Moldavia y Ucrania. Esta Asociación, creada en 2009, apoya la labor de reforma política, social y económica de estos países. Georgia, Moldavia y Ucrania han celebrado acuerdos de asociación con la Unión que incluyen zonas de libre comercio de alcance amplio y profundo. Moldavia firmó un acuerdo de asociación con la Unión Europea el 27 de junio de 2014, y Georgia, en julio de 2014. Entraron en vigor el 1 de julio de 2016, aunque ambos acuerdos ya se habían aplicado de forma provisional desde el 1 de septiembre de 2014. Prevé, casi exclusivamente, la creación de una zona de libre comercio con cada uno de los países de la UE, sin hacer referencias explícitas a la gestión de las migraciones laborales de sus ciudadanos al territorio de la Unión.

su devolución, y consiguiente readmisión en sus países de origen, sin ningún tipo de trabas. Ahora bien, hay una mención expresa para los que trabajan y residen legalmente en un Estado miembro, pues el Acuerdo les confiere una igualdad de trato en las condiciones de trabajo, remuneración y despido con respecto a sus nacionales.

Por último, debemos hacer mención al régimen especial previsto para aquellos ciudadanos de terceros países que poseen el *status* de residente de larga duración, pues, como veremos después, gozan de cierta movilidad – que no de libre circulación- lo que les va a permitir desplazar su residencia a otro Estado miembro distinto del que le otorgó su primera autorización de residencia o estancia.

1. UNA POLÍTICA COMÚN DE INMIGRACIÓN PARA EUROPA. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL

1.1.- Schengen y los nacionales de terceros Estados

Comenzamos partiendo de una base incuestionable: en cuanto al trato jurídico de los ciudadanos extra-UE, encontramos que éstos, por el natural hecho de no poseer la cualidad de nacionales de un Estado miembro, están sujetos a una serie de condicionantes para entrar en la Unión, desplazarse y desempeñar actividades laborales.

De este modo, la entrada y el desplazamiento de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea vienen determinados por cuatro tipos de regulaciones paralelas: las normas del derecho UE originario y derivado –objeto principal de este análisis-, la normativa Schengen, encuadrada dentro del marco de la Unión, las normas establecidas sobre la base de la pura cooperación intergubernamental (por ejemplo, el Reglamento de Dublín⁵⁷²) y, finalmente, las normas nacionales sobre inmigración de cada Estado miembro, cuyo estudio queda al margen de las pretensiones de este trabajo.

⁵⁷² Reglamento (UE) N° 604/2013, de 23 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida. Es el conocido como Convenio de Dublín, cuya aplicación atraviesa un momento delicado como consecuencia de los movimientos masivos de personas en busca de refugio que Europa vive en la actualidad y que afectan al sistema de de asilo diseñado por la UE en su conjunto.

Repasemos, a continuación y de manera breve, algunos aspectos claves de la normativa de Schengen en cuanto al acceso y desplazamiento de los extra-UE al territorio que conforman este espacio libre de fronteras interiores.⁵⁷³

Recordemos que durante los años ochenta se inició un debate sobre el significado del concepto de libre circulación de personas. Para algunos Estados miembros, ésta sólo debía aplicarse a los ciudadanos UE, lo que implicaba mantener los controles en las fronteras para distinguir entre ciudadanos europeos y nacionales de terceros países. Otros Estados miembros, por el contrario, deseaban establecer una libre circulación para todos y, por tanto, suprimir estos controles fronterizos. Ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo en la Comunidad Europea, Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos decidieron en 1985 crear entre ellos un territorio sin fronteras: el *espacio Schengen* (nombre de la ciudad luxemburguesa donde se firmaron los primeros acuerdos). Como ya señalamos, la creación del espacio o territorio Schengen se convirtió en un hecho decisivo para la aprobación y posterior desarrollo de una política común europea en materia migratoria.⁵⁷⁴ Desde su entrada en vigor en 1995, Schengen ha permitido suprimir los controles en las fronteras interiores entre los Estados signatarios y crear una única frontera exterior donde se efectúan los controles de entrada en el territorio con arreglo a procedimientos idénticos. Por otra parte, se han adoptado algunas normas comunes en materia de visado, derecho de asilo y control en las fronteras externas con el fin de permitir la libre circulación de personas en los países signatarios sin perturbar el orden público. Tras la firma del Tratado de Ámsterdam, esta cooperación intergubernamental se incorporó al acervo de la UE, quedando expresamente integrado en el Derecho de la Unión.⁵⁷⁵ Como consecuencia de la extensión progresiva del espacio Schengen a todos los Estados miembros de la

⁵⁷³ En total, los países que forman parte del espacio de Schengen son 26: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia y Suiza. Existen países que pertenecen al acuerdo de Schengen pero que tienen excepciones en la aplicación de algunos puntos del acuerdo y no pertenecen al espacio de Schengen. Por ejemplo, Reino Unido e Irlanda no forman parte del espacio de Schengen pero participan en la cooperación policial y judicial y en la lucha contra estupefacientes. Otros como Bulgaria, Rumanía y Chipre todavía no pertenecen al espacio de Schengen porque no cumplen con los requisitos de seguridad establecidos, aunque sí aplican otras partes del acuerdo. Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, que no son miembros de la UE, llegaron a un acuerdo para formar parte de la zona Schengen. (Este último país votó el 9 de febrero de 2014 en referéndum, restringir el acceso de los ciudadanos de Europa a su territorio).

⁵⁷⁴ Las principales normas aprobadas dentro del marco Schengen incluyen: la supresión de los controles de personas en las fronteras interiores; un conjunto de normas de común de aplicación a las personas que cruzan las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE; la armonización de las condiciones de entrada y de visados para las cortas estancias; una mejora de la coordinación policial (incluidos los derechos de vigilancia y persecución transfronterizas); el refuerzo de la cooperación judicial a través de un sistema de extradición más rápido y una mejor transmisión de la ejecución de sentencias penales; la creación del Sistema de Información Schengen (SIS).

⁵⁷⁵ Un protocolo agregado al Tratado de Ámsterdam permitió la integración de las innovaciones aportadas por Schengen en la UE. El espacio Schengen se incorpora al marco jurídico e institucional de la UE el 1 de mayo de 1999. Por lo tanto, se beneficia de un control parlamentario y jurisdiccional, y se logra el objetivo de la libre circulación de personas, inscrito a partir del Acta Única Europea de 1986, garantizando al mismo tiempo un control parlamentario democrático y poniendo a disposición de los ciudadanos recursos judiciales cuando se cuestionan sus derechos.

UE, algunos terceros países con relaciones especiales con la Unión participan en la cooperación Schengen.⁵⁷⁶ Así pues, la supresión de fronteras ha supuesto garantizar la libre circulación de personas, ya sean nacionales de los Estados signatarios, de otros Estados comunitarios o incluso de terceros países.

En lo que respecta a estos últimos, sin duda, la creación del espacio Schengen ha sido uno de los pilares más importantes de la UE en lo referido a entrada, salida y movimiento porque, aunque las disposiciones relativas al cruce de las fronteras exteriores de la UE van dirigidas a todas las personas, nacionales comunitarios o de terceros Estados, que entren o salgan del territorio de un Estado miembro a través de una frontera exterior, sus principales destinatarios son los nacionales de terceros Estados que quieren entrar y posteriormente circular por el territorio de la Unión.⁵⁷⁷

En cuanto a la entrada y el desplazamiento, habría que hacer algunas matizaciones. Con respecto a la primera, a pesar de la existencia de normas que unifican determinadas cuestiones, no podemos obviar que sólo los nacionales de un país tienen reconocido el derecho a entrar en su país. Por tanto, cada Estado, en principio, debe tener competencia para decidir quiénes pueden entrar en su territorio y en qué condiciones⁵⁷⁸; y aunque los requisitos pueden variar de un Estado miembro a otro, todas las regulaciones nacionales coinciden en la necesidad del visado, como regla general - que contempla excepciones⁵⁷⁹-. La expedición de visados presenta, como nota más significativa, la sujeción en su concesión o denegación a los principios y normas de la UE y, de los compromisos internacionales suscritos por cada Estado. De este modo, la política común de visados constituye el instrumento vertebrador para la movilidad de nacionales de terceros Estados que acceden a la Unión.

Respecto al desplazamiento dentro de las fronteras interiores de la UE, la única regulación que prevé la libre circulación de los nacionales de terceros Estados,

⁵⁷⁶ El requisito de asociación al *acervo* Schengen para los países fuera de la UE es un acuerdo sobre la libre circulación de personas entre esos Estados y la Unión (recogido en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en los casos de Islandia, Noruega y Liechtenstein, y en el Acuerdo sobre la libre circulación de personas en el caso de Suiza). Dicha participación consiste, en lo que respecta a dichos países, en lo siguiente: estar incluido en el espacio constituido por la ausencia de controles en las fronteras interiores; aplicar las disposiciones del *acervo* de Schengen y todos los textos pertinentes en el marco de Schengen adoptados tomando como base dicho *acervo*; participar en la toma de decisiones sobre los textos pertinentes en el marco de Schengen.

⁵⁷⁷ VELASCO RETAMOSÁ, “Libre circulación de personas en la Unión Europea: los nacionales de terceros estados como beneficiarios de esta libertad”, Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 22: 51-85, enero - junio de 2013.

⁵⁷⁸ Habitualmente, se exceptúa de tales requisitos a quienes soliciten acogerse al derecho de asilo y a aquellos que, por *circunstancias excepcionales* (razones de índole humanitaria, interés público o por acuerdos internacionales) estén eximidos.

⁵⁷⁹ La UE ha celebrado acuerdos relativos a la emisión de visados y, en algunos casos, ha suprimido su necesidad para la entrada de ciudadanos de determinados países terceros por lo que, además de los extracomunitarios familiares de ciudadanos comunitarios (que, como ya apuntamos, son beneficiarios del derecho a la libre circulación), los ciudadanos de países que hayan suscrito con la UE otros acuerdos específicos se verán sometidos a un *régimen especial*. Hay 42 países que no pertenecen a la Unión Europea cuyos ciudadanos no necesitan visado para viajar tras los acuerdos establecidos con cada uno de ellos. Destacan Argentina, Colombia, México, Brasil, Chile, Perú, Australia, Canadá, Japón, Corea del Sur, Nueva Zelanda, Venezuela y Estados Unidos.

se enmarca en la cooperación intergubernamental plasmada en los instrumentos Schengen.⁵⁸⁰ Como ya matizamos, deberíamos hablar de *derecho a viajar* en vez de libre circulación, salvo que se trate de circunstancias particulares como, por ejemplo, ser familiar de un nacional UE, o nacional de Suiza o de un Estado pertenecientes al Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia, Liechtenstein) a quienes se les aplican las mismas reglas que a un comunitario.⁵⁸¹

En relación con las condiciones para el libre desplazamiento o la corta estancia, podemos diferenciar tres situaciones:

- la referida a los nacionales de terceros Estados titulares de un visado uniforme, que pueden desplazarse solo durante el plazo que les permita el visado;
- el supuesto de los nacionales de terceros Estados no sujetos a la condición de visado, que pueden desplazarse por el espacio Schengen hasta tres meses en un período de seis meses a partir de la fecha de entrada;
- la situación de los nacionales de terceros Estados titulares de un permiso de residencia o de una autorización provisional de residencia expedida por una de las partes, que podrán circular libremente durante un período no superior a tres meses.

Los nacionales de terceros Estados que lleven a cabo el derecho de desplazamiento o corta estancia a través del espacio Schengen deben cumplir los requisitos recogidos en el Artículo 6.1 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen).⁵⁸²

Concluimos este apartado afirmando que el derecho de extranjería tiene una predominante dimensión interna pero sus materias han experimentado un fuerte proceso de *comunitarización* sobre la base de diferentes normas que, en este

⁵⁸⁰ Los ciudadanos extranjeros que dispongan de un visado Schengen podrán circular por todos los países del territorio con normalidad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en determinadas zonas podrían pedir otra documentación e incluso acreditar que se dispone de los medios suficientes para mantenerse.

⁵⁸¹ Los extranjeros que entren regularmente en el territorio de un Estado parte procedente de cualquiera de los restantes Estados, están obligados a declararlo a las autoridades competentes del Estado en que entren. Esta declaración podrá efectuarse en el momento de la entrada o en el plazo de tres días hábiles, a partir de la misma.

⁵⁸² Para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros de una duración que no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días, las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países serán las siguientes: a) estar en posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera; b) estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo, salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido o de un visado de larga duración válido; c) estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios; d) no estar inscrito como no admisible en el SIS; e) no suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

ámbito, han sido aprobadas por la UE o para la mayoría de los Estados miembros, como los *Acuerdos Schengen*. La necesidad de solicitar visado y autorización para residir y trabajar dentro de la Unión Europea cuando el ciudadano lo es de un tercer país o no forma parte de la familia de un nacional comunitario se convierte en aspecto clave para una gestión eficaz de los flujos migratorios y adquiere un papel protagonista en la elaboración y puesta en marcha de la política comunitaria de inmigración y extranjería.

1.2. El tratamiento de la inmigración económica en el Derecho Originario. Antecedentes y estado actual

Aunque, como ya señalamos, el hecho decisivo para la aprobación de una política común europea en materia migratoria fue la creación del espacio Schengen, es a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1999 cuando, de manera incipiente, se fue desarrollando una política común dirigida a regular los flujos migratorios de extracomunitarios.

El tratamiento de la inmigración en el Derecho originario de la Unión Europea está estrechamente relacionado con los asuntos que tradicionalmente se han calificado *de justicia e interior*, es decir, con las cuestiones relativas a la entrada y permanencia de ciudadanos de terceros países en el territorio de la Unión y con la garantía de los derechos y libertades en la misma, incluida la cooperación en los ámbitos policial y judicial, aspecto este último que se vio reforzado con la entrada en vigor del Acta Única Europea (1987) y la supresión de las fronteras físicas. Después, el Tratado de la Unión europea (Tratado de Maastricht, 1992) hizo hincapié en esa cooperación⁵⁸³, enumerando nueve áreas como asuntos de interés común para los Estados Miembros, que abarcaban aspectos relativos a las políticas de asilo y de inmigración y a la cooperación policial y judicial.⁵⁸⁴ Las deficiencias del método intergubernamental establecido en Maastricht para abordar de manera eficaz los retos que en esos momentos planteaban los flujos de personas hacia la Unión Europea se pusieron de manifiesto en la Conferencia de la que surgió el Tratado de Ámsterdam. A partir de entonces, el llamado *tercer pilar*⁵⁸⁵ (cooperación en asuntos de justicia e interior) asumió un papel protagonista, estableciéndose las materias relacionadas con la inmigración y el asilo como objetivo prioritario de la política comunitaria. A partir de entonces, los distintos ámbitos de cooperación que integraban dicho tercer pilar pasaron a formar el llamado espacio de libertad,

⁵⁸³ La cooperación se limitaba a una colaboración política y administrativa entre Estados soberanos que no cedían competencias a un organismo internacional, por lo que difícilmente podía desembocar en una normativa comunitaria.

⁵⁸⁴ El artículo K.1 del TUE 1992 incluía como cuestiones de interés común para los Estados miembros, la política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados.

⁵⁸⁵ En Maastricht se inauguró una estructura fundada en tres pilares. Junto al pilar tradicional de la Comunidad Europea (primer pilar) se crearon dos nuevos pilares o ámbitos para la cooperación entre Estados: la política común de seguridad y defensa (segundo pilar) y la cooperación en asuntos de justicia e interior (tercer pilar).

seguridad y justicia⁵⁸⁶, transformando la colaboración intergubernamental en asunto propio de la Comunidad, lo que posibilitó la integración del acervo Schengen en el marco jurídico e internacional de la Unión Europea. En definitiva, el Tratado de Ámsterdam estableció como uno de sus objetivos prioritarios la inmigración y el asilo, transfiriendo esta temática del tercer pilar al primero; además, a raíz del mismo se diseñó un programa de trabajo que iba a afectar de manera directa a los temas concernientes a la inmigración, asilo y cruce de fronteras: el *Programa de Tampere*. A pesar de ello, nos llama la atención que, pese al componente laboral caracterizador de los movimientos migratorios hacia Europa, no es ésta la perspectiva desde la que se contempla su regulación por parte de las instituciones europeas.⁵⁸⁷

La política comunitaria vigente apuesta por una inmigración muy controlada y en modo alguno de puertas abiertas, y prueba indiscutible de ello es el Tratado de Lisboa, suscrito por todos los Jefes de Estado y de Gobierno el día 14 de diciembre de 2.007. El texto, que incorpora una nueva redacción de los artículos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), dedicados a las políticas de inmigración y asilo –arts. 77 a 80-, después de múltiples complicaciones, tanto de índole política como jurídica, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Es en él donde por primera vez se utiliza la expresión *política común de inmigración*, y aunque sigue el camino trazado por el Tratado de Ámsterdam fueron varios los cambios que llevó a cabo, entre ellos, la reordenación y reubicación de los ámbitos que conformaban el antedicho espacio de libertad, seguridad y justicia, separados hasta ahora en sus aspectos policiales y penales, por un lado, y las políticas de visados, asilo e inmigración, por otro.⁵⁸⁸ Una de las modificaciones más destacables afectaron al procedimiento legislativo y reglas de aprobación, al posibilitar que la regulación de las cuestiones relativas la inmigración legal, que anteriormente debían ser objeto de adopción por unanimidad en el Consejo Europeo, y después del trámite de consulta del Parlamento, se tramitasen por la vía de la adopción de decisiones a través del procedimiento legislativo ordinario por mayoría cualificada y con poderes colegislativos del Parlamento, lo que permitió la aprobación de un importante número de directivas que estaban bloqueadas por la necesidad de unanimidad en el Consejo.

A raíz del Tratado de Lisboa, el nuevo artículo 77 TFUE dispone en su apartado 1 que la Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo *garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores, garantizar los controles de las personas y la*

⁵⁸⁶ Se produjo, además, la bifurcación en dos direcciones diferentes. La primera, la relativa a la cooperación policial y judicial en materia penal y la segunda referente a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas. En este sentido, FERNÁNDEZ DOCAMPO, cit., p. 61.

⁵⁸⁷ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, “La política comunitaria de inmigración”, en AA.VV. Inmigración y movilidad de los trabajadores. La Ley. Madrid, 2010, p. 71. Afirma que la ordenación de esta materia no se integraba en las disposiciones relativas a la política social europea, ni tampoco en el marco de las políticas de empleo, sino que quedó enfocada como una de las manifestaciones más destacadas del llamado espacio común de libertad, seguridad y justicia.

⁵⁸⁸ FERNÁNDEZ DOCAMPO, cit., p.63

*vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores e instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores*⁵⁸⁹.

Por otra parte, el nuevo artículo 79 TFUE dispone que la Unión desarrollará una política común de inmigración *destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados Miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas*. Se vislumbran, de este modo, de manera clara y precisa, los objetivos a los que debe ir dirigida la política migratoria: la gestión eficaz de los flujos migratorios, el trato equitativo a los inmigrantes, la lucha contra la trata de seres humanos y la prevención de la inmigración *ilegal*.

En lo que respecta a este último aspecto, que refleja la omnipresente preocupación por la inmigración clandestina, el artículo 79.3 TFUE establece la facultad de la UE de *celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados Miembros*. Del mismo modo, el Tratado de Lisboa prevé actuaciones coordinadas del Parlamento Europeo y del Consejo para propiciar la integración de ciudadanos de terceros países residentes legalmente en territorio comunitario, cuestión que se aborda en el art. 79.4 TFUE⁵⁹⁰, aunque deja bien claro que todo lo dispuesto no afectará *al derecho de los Estados Miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia* (art. 79.5 TFUE).⁵⁹¹

En definitiva, el Tratado de Lisboa intensificó las competencias de la Unión Europea en materia de inmigración contemplando la posibilidad de una intervención normativa más incisiva en el ámbito de la política migratoria. Y si bien reservó un amplio margen de actuación a los Estados miembros que podían fijar cupos migratorios de nacionales de terceros países, como contrapartida eliminó la facultad que tenían antes éstos para mantener o introducir normas nacionales junto a la legislación comunitaria.⁵⁹²

⁵⁸⁹ No obstante, su apartado 4, expone con claridad meridiana que “el presente artículo no afectará a la competencia de los Estados Miembros respecto de la delimitación geográfica de sus fronteras”.

⁵⁹⁰ Art. 79.4 TFUE: El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados Miembros.

⁵⁹¹ ROJO TORRECILLA, en los comentarios que hace en su blog, en www.http://eduardorjoblog.blogspot.com/, afirma que, en este sentido, parece especialmente interesante la propuesta de elaborar *perfiles de inmigración* en cada Estado, que permitan detectar e identificar las carencias potenciales de personal por razón del sector y la actividad profesional.

⁵⁹² MARTÍN PUEBLA, cit., p. 10.

1.3. Los Programas de Trabajo. Desde “Tampere” hasta “Estocolmo”

Con cierta incredulidad se afirma que con el Programa establecido en Tampere (1999-2004) y, posteriormente, en La Haya (2004-2009) y en Estocolmo (2010-2014) se han ido sentando las bases de la política común de inmigración durante las últimas décadas. Sin embargo, hay evidencias de que la Unión Europea sigue careciendo de una política común de inmigración. Lo que existe en Europa es una maraña de políticas, en claro perjuicio de los nacionales de terceros países. Las evaluaciones realizadas por la Comisión y el Parlamento ponen de relieve que la política común de inmigración no es tal; por el contrario, es fragmentaria e incoherente y sigue estando incompleta. Los frutos de los *Programas de Trabajo* que se han venido desarrollando desde 1999 son prueba de ello.

1.3.1.- Tampere, 1999

La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam permitió al Consejo Europeo reunirse en Tampere (Finlandia) en octubre de 1999 y adoptar un programa de trabajo plurianual (1999-2004) para garantizar la libre circulación, el control de las fronteras exteriores y la regulación de la inmigración y el asilo. Es a partir de entonces cuando los Estados miembros definieron los objetivos de una política europea de migración. Se pretendió que ésta fuese coherente y equilibrada, articulada en torno a cuatro grandes ejes.

Como punto de partida y eje primordial, la cooperación con terceros países. Se reconocía la necesidad de un enfoque global de la migración, que tratase los problemas políticos, de derechos humanos y de desarrollo de los países y regiones de origen y tránsito. Por otra parte, el Consejo Europeo reiteraba la importancia que la Unión y los Estados miembros concedían al derecho a solicitar asilo, que sería otro de los objetivos esenciales: la creación de un sistema europeo común de asilo. Efectivamente, se pone de manifiesto que, a largo plazo, las normas comunitarias deberían dar lugar a un procedimiento de asilo común y a un estatuto uniforme, válido en toda la Unión, para las personas a las que se concede asilo.

En este orden de cosas, y como tercer eje vertebrador, la Unión Europea debía garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residían legalmente en el territorio de sus Estados miembros. El propio texto aclaraba que una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia. Se reclamaba, de manera expresa, que el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países se aproximara al de los nacionales de los Estados Miembros (derecho a residir, a recibir educación, y trabajar por cuenta ajena o propia...)⁵⁹³

⁵⁹³ Con estas premisas, el Consejo adoptó el 25 de noviembre de 2003, su Directiva 2003/109 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

Finalmente, el cuarto eje en torno al que debía articularse la política migratoria versaba sobre la gestión de los flujos migratorios. Se abogaba por la necesidad de una gestión más eficaz en estrecha cooperación con países de origen y de tránsito, se apostaba por el desarrollo de campañas de información sobre las posibilidades reales de inmigración legal, y por una política común en materia de visados. Asimismo, se dejaba claro la posición del Consejo para hacer frente a la inmigración *ilegal* en su origen, en especial luchando contra quienes se dedicasen a la trata de seres humanos y a la explotación económica de los migrantes, instando, además, a la previsión legal de sanciones rigurosas. En relación con este apartado, el Consejo pedía el refuerzo de la cooperación y la asistencia técnica mutua entre los servicios de control fronterizo de los Estados miembros mediante programas de intercambio y la transferencia de tecnología, especialmente en las fronteras marítimas. Hacía, además, un llamamiento para que se desarrollase la asistencia a los países de origen y tránsito con objeto de promover el retorno voluntario y ayudar a las autoridades de esos países a mejorar su capacidad para combatir eficazmente la trata de seres humanos y para cumplir las obligaciones de readmisión.

Durante el espacio de tiempo cubierto por el Programa de Tampere (1999-2004), los avances más significativos se produjeron en el marco de la lucha contra la inmigración irregular, quedando relegado a un segundo plano, como lamentablemente ocurrirá en los programas futuros, la ordenación y gestión de la inmigración legal.

La importancia de Tampere estriba en que sienta las bases de la política común en materia de inmigración o, dicho de otra forma, pone de relieve las dificultades para adoptar una política de inmigración común y coherente en el seno de la Unión, como veremos. Y ello porque, haciendo balance, concluimos afirmando que no fue posible lograr un acuerdo a escala europea para la aprobación de algunas medidas delicadas que correspondían a políticas muy arraigadas a la soberanía nacional. Las dificultades para el acuerdo se produjeron tanto en el proceso de adopción de decisiones⁵⁹⁴, como en el de su puesta en práctica. Por lo tanto, la ambición inicial de desarrollar una política común de inmigración se vio limitada por dificultades de carácter institucional y, a veces, también por un insuficiente consenso político.

No podemos finalizar la referencia a este Programa sin hacer una breve exégesis de las actuaciones propiciadas por el mismo.⁵⁹⁵ Entre las acciones llevadas a cabo en esta primera fase hay que destacar la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000 (sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas con independencia de su origen racial o étnico) y la Directiva 2000/78 CE de 27 de noviembre de 2000 (que establece el marco general sobre igualdad de trato en el empleo y ocupación). Ambas tratan de crear un marco de igualdad en el ámbito

⁵⁹⁴ En este sentido, CRUZ VILLALÓN. cit., p. 74.

⁵⁹⁵ Para un estudio más exhaustivo, CASAS MÍNGUEZ, Política de inmigración en la Unión Europea. Texto de la ponencia presentada al III Congreso de la Red Española de Política Social (REPS) celebrado en la Universidad pública de Navarra en noviembre de 2011 (Disponible en: <https://www.uclm.es/bits/sumario/articulo.asp?a=15-05-> Fecha de consulta: octubre, 2016).

comunitario, estableciendo normas mínimas comunes para promover la igualdad de trato y combatir la discriminación por razones de origen racial o étnico, religión o creencia, edad, discriminación y orientación sexual.

Por su relevancia en el ámbito de la integración hay que mencionar las Directivas sobre reagrupación familiar y el estatuto de residente de larga duración. En septiembre de 2003, se aprueba la directiva sobre el derecho a la reunificación familiar (2003/86/CE), que es considerada como el primer instrumento jurídico en el área de la inmigración legal. En noviembre de 2003, se aprueba la directiva relativa al estatuto de los ciudadanos de terceros países residentes de larga duración (2003/109/CE), que garantiza a los ciudadanos de terceros países que hayan estado viviendo en situación legal en la UE durante al menos cinco años, igualdad de derechos y de trato en la mayoría de los ámbitos sociales y económicos. Asimismo, les garantiza el derecho a desplazarse a otro Estado miembro para trabajar, estudiar o por otros motivos, si bien esta posibilidad está sujeta a ciertas condiciones.

En materia de inmigración *ilegal*, en el año 2001 se aprueba la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, que regula el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países que hayan cometido algún delito o se encuentren en situación irregular. Se trata de una directiva muy significativa, porque refleja cuál es la lógica de funcionamiento en materia de inmigración: el *espíritu de contradicción organizado*,⁵⁹⁶ y ello porque no se alcanza a entender por qué cuando la legislación común para regular la entrada y residencia se encuentra paralizada en el Consejo se aceleran los trabajos legislativos en relación con el retorno obligatorio y el reconocimiento mutuo de las órdenes de expulsión.

Sin embargo, quedaron pendientes cuestiones esenciales. La Comisión elaboró numerosas iniciativas legislativas que se debatieron en el Consejo con gran dificultad, por lo que el resultado fue escaso. La legislación adoptada fue decepcionante, muy alejada de los objetivos de Tampere. Hubiera sido clave regular la entrada y residencia de nacionales de terceros países. Las dificultades de carácter institucional y, a veces, el insuficiente consenso político no lo hicieron posible. Prueba de ello es que en 2001 la Comisión presentó una propuesta de Directiva⁵⁹⁷ para la creación de un permiso común de trabajo y residencia para nacionales de terceros países y para todo tipo de inmigrantes laborales (cualificados o no). La propuesta fue rechazada por el Consejo ante la oposición, entre otros, de Alemania, preocupada por su desempleo y el déficit de integración de la minoría turca.

A la luz del clima político existente, sobre todo debido a los atentados de Nueva York del 11 de septiembre de 2001, la Comisión juzgó más oportuno modificar su estrategia y dar un paso atrás. El contexto de terrorismo internacional

⁵⁹⁶ Expresión utilizada por CASAS MÍNGUEZ, cit.

⁵⁹⁷ Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia, COM(2001) 386 final (DOUE de 27 de noviembre 2001).

en esos años explica que las prioridades se centraran en temas de seguridad y que las medidas legislativas tuvieran como principal objetivo prevenir y reprimir la inmigración *ilegal*. La política de inmigración *en positivo* (valga la expresión) sufrió una paralización instantánea. Expresión de este cambio en la Unión es que en los Consejos europeos celebrados posteriormente, desde el de Sevilla hasta el de la Haya, se trató casi exclusivamente de la lucha contra la inmigración irregular, *sin llegar a una política común coherente*.

1.3.2.- La Haya, 2004

El Programa de la Haya (2005-2009), aprobado por el Consejo Europeo de Bruselas en noviembre de 2004 (aunque entró en vigor el día 1 de mayo de ese año) se presenta como una segunda fase estratégica en el desarrollo de la política común de migración.⁵⁹⁸ Su objetivo era continuar y consolidar las actuaciones iniciadas en el quinquenio anterior, haciendo especial hincapié en la observancia del principio solidaridad y en el reparto equitativo de responsabilidades.⁵⁹⁹

En relación con la gestión de la migración, señala la necesidad de definir un nuevo planteamiento equilibrado de la gestión de los flujos migratorios, que se ocupe tanto de la migración legal como de la *ilegal*. La política común de La Haya sobre la gestión eficaz de la migración, presentada como global y estructural, se proyecta desarrollar de acuerdo con cuatro propuestas de la Comisión. En primer lugar, un plan de política en materia de migración legal; en segundo término, un programa sobre migración y desarrollo; en tercer lugar, un programa común para la integración y, por último, aunque no menos importante, las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países.

El plan para la migración legal surge después de un periodo de estancamiento de cinco años, tras un amplio proceso de consulta pública que se concretó en un Libro Verde⁶⁰⁰. Así, en enero de 2005, la Comisión puso en marcha un amplio proceso de consulta con el objetivo último de determinar el enfoque necesario para la gestión de las migraciones económicas. Los resultados de la consulta pública revelaron un amplio consenso a favor de la adopción de una política común de la Unión Europea. Sin embargo, las respuestas eran dispares en relación con el enfoque recomendable, sin lograr el consenso. De este modo, la Comisión decidió renunciar

⁵⁹⁸ Esta nueva estrategia va a estar marcada por el grave atentado terrorista de Madrid en 2004, el de Londres de 2005, un número alarmante de tentativas (casi 600), las “presiones de los flujos migratorios”, la “amenaza creciente de la delincuencia organizada” y los inicios de la crisis económica. Véase, CASAS MÍNGUEZ, cit.

⁵⁹⁹ Antes de entrar a considerar el contenido del Programa y siguiendo a CASAS MÍNGUEZ, cit., conviene destacar un aspecto institucional de cierta relevancia. De acuerdo con el Tratado de la Comunidad Europea (apartado 2 del art. 67) había llegado el momento de aplicar el procedimiento previsto en el art. 251 del TCE, es decir, el paso a la codecisión y a la mayoría cualificada para “todos o parte de los ámbitos cubiertos por el Título IV”, incluyendo la migración. Sin embargo, los ministros europeos deciden excluir la migración, argumentando que la gestión de la entrada de los inmigrantes en los estados debe tratarse de una competencia exclusivamente nacional.

⁶⁰⁰ Libro Verde, de 11 de enero de 2005, sobre un enfoque comunitario de la gestión de las migraciones económicas [COM (2004) 811 - no publicado en el Diario Oficial].

al enfoque horizontal y a la idea de una Directiva única sobre las condiciones de entrada y residencia, aplicable a todas las categorías de trabajadores inmigrantes, y optó por una estrategia progresiva y diferenciada, basada en cuatro directivas sectoriales. La iniciativa fue presentada por la Comisión en diciembre de 2005, en una comunicación que incluía un Plan de Política de Inmigración Legal⁶⁰¹ en el que anunciaba la futura elaboración de cuatro propuestas para la regulación de la inmigración laboral: para trabajadores altamente cualificados, para trabajadores de temporada, para trabajadores en prácticas y para trabajadores trasladados dentro de las empresas. Junto a estas propuestas de Directivas se presenta otra por la que se establecen sanciones aplicables a los empresarios de residentes *ilegales* nacionales de terceros países. Todas ellas se transformarán en Directivas aprobadas en los años posteriores.

La lucha contra la inmigración *ilegal* es otro flanco que, omnipresente en las políticas de la Unión, tiene un reflejo contundente en este Programa. En concreto, en este ámbito, la *Comunicación relativa a las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países*⁶⁰², identifica nueve áreas de acción prioritarias, entre ellas: cooperación con terceros países, seguridad en las fronteras, lucha contra el tráfico de seres humanos, intercambio de información, medidas de retorno, etc. Con respecto a estas últimas, se logran aprobar normas comunes⁶⁰³ para las personas que van a ser repatriadas, de manera humana y respetando sus derechos humanos y dignidad. Así, la Comisión presenta al Parlamento y Consejo una Propuesta de Directiva⁶⁰⁴ relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio. Casi tres años después de presentada la propuesta, el pleno del Parlamento Europeo aprobó, el 18 de Junio de 2008, la Directiva.

Además, como documentos relevante aprobados en este período, debemos hacer mención a la Comunicación sobre la nueva política de Inmigración que presenta la Comisión en junio 2008 titulada *Una Política Común de Emigración para Europa (Comisión Europea 2008)*, y el *Pacto en materia de inmigración y asilo, que vienen a inspirar el nuevo programa plurianual para el periodo 2010-2014 que será adoptado por el Consejo, el denominado Programa de Estocolmo.*

Destacando algunos aspectos fundamentales de los textos referidos, la Comisión afirma en su Comunicación que una política de inmigración precisa para tener éxito la adecuación entre las necesidades del mercado laboral, las cualificaciones

⁶⁰¹ Comunicación de la Comisión sobre un Plan de política en materia de migración legal [COM (2005) 669 final - No publicada en el Diario Oficial].

⁶⁰² [COM (2006) 402 final - no publicada en el Diario Oficial].

⁶⁰³ Y ello porque existía la convicción de que era indispensable implantar este tipo de normas aplicables a todos los Estados para facilitar el trabajo de las autoridades implicadas y reforzar la cooperación entre los mismos.

⁶⁰⁴ La Propuesta de la Comisión parte del reconocimiento de que los Estados miembros no pueden por sí solos, alcanzar satisfactoriamente el objetivo de una política de retorno efectiva y la Unión Europea está en mejores condiciones de hacerlo. De ahí que se opte por la Directiva (no una recomendación o un reglamento) como instrumento jurídicamente vinculante que debe incorporarse a los sistemas nacionales.

de los inmigrantes y su integración social. Para ello se proponen diez principios comunes con acciones concretas para ponerlos en práctica, en base a los cuales la política común europea de inmigración será formulada. Para conseguir un enfoque coordinado e integrado de la inmigración, estos principios están integrados en los tres principales ejes de la política de la Unión Europea: prosperidad, solidaridad y seguridad. Los objetivos básicos son: lograr la contribución de la inmigración legal al desarrollo socioeconómico de la UE; adecuar las cualificaciones y las necesidades; promover la integración: conseguir la coordinación entre Estados Miembros y la cooperación con terceros países, y combatir eficazmente la inmigración *ilegal*, estableciendo, para ello, una política de visados acorde a los intereses de Europa y de sus socios, llevando a cabo una gestión integrada de fronteras, incrementando la lucha contra la inmigración *ilegal* y la tolerancia cero para la trata de seres humanos y gestionando políticas de retorno sostenibles y efectivas.

Por otra parte, el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo (Octubre 2008) se configura como un documento político mediante el cual los Estados Miembros de la Unión Europea se comprometen entre ellos, con sus ciudadanos y con el resto del mundo. Se compone de una serie de objetivos políticos y de orientaciones estratégicas para el desarrollo de la política europea de inmigración y de asilo. El Pacto propone una inmigración selectiva, controlada y acorde con las necesidades laborales y la capacidad de integración del país de acogida; promueve una inmigración legal y de integración de los inmigrantes, garantizando su acceso a los derechos sociales (acceder a los servicios de sanidad, facilitar la educación, aprendizaje del idioma, disponer de los servicios públicos, asegurar su seguridad y trabajo) a cambio del respeto a las leyes. En cuanto a la inmigración ilegal, busca endurecer la lucha contra ella, aplicando firmeza contra los indocumentados. Se prevé un mejor control fronterizo reforzando la cooperación técnica con los países de origen y tránsito incluyendo acuerdos de readmisión por una repatriación digna y de respeto de los derechos humanos.

En definitiva, el Pacto reúne a los Estados Miembros alrededor de cinco compromisos importantes: organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinada por cada Estado miembro y favorecer la integración; luchar contra la inmigración irregular, especialmente garantizando el retorno de los extranjeros en situación de irregularidad al país de origen o a un país de tránsito; reforzar la eficacia de los controles fronterizos; construir la Europa del asilo y establecer una cooperación global con los países de origen y de tránsito favoreciendo las sinergias entre las migraciones y el desarrollo. Sin duda, el *Pacto Europeo por la inmigración y el asilo*, a pesar de aportar pocas novedades frente a acuerdos, directivas y medidas de cooperación ya existentes, ofrece la virtud de recoger por primera vez en la historia de la UE, en un solo documento, una declaración de intenciones respecto a la inmigración.

También, debemos mencionar por su importancia en este período, la Comunicación *Reforzar el planteamiento global de la migración: aumentar la*

*coordinación, la coherencia y las sinergias*⁶⁰⁵, presentada por la Comisión el 8 de octubre de 2008. Ésta, que da seguimiento a la Comunicación *Una Política Común de Emigración para Europa*, constituye uno de los primeros bloques del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo. Se exige en ella una mayor coordinación y mayores sinergias entre la Unión Europea (UE) y los terceros países, con el fin de incrementar la efectividad y la coherencia en la aplicación práctica del planteamiento global sobre la migración.

Como reflexión a este período, valga apuntar que la fructífera (al menos en número) producción de esta etapa se debe al contexto socioeconómico de la Unión en esos años. Ante una Europa que envejecía y donde la población en edad de trabajar iba en continuo descenso, la inmigración jugaba un papel clave en la resolución de los problemas futuros (envejecimiento, déficit de mano de obra y crecimiento para la sostenibilidad del modelo social europeo). Según las previsiones existentes, Europa para crecer debía apoyarse en las personas procedentes de terceros países. Pues bien, una vez conectada la inmigración con los objetivos de Lisboa, desde las instituciones comunitarias se invocaba la necesidad de un compromiso renovado para desarrollar una política de inmigración común, propiciadora del crecimiento y la competitividad de la Unión Europea; y ello a partir de una evaluación de la situación de los inmigrantes, que permitiese el diseño de un plan para conocer el tipo de inmigración necesaria en Europa.

1.3.3. Estocolmo, 2010

Aunque el Programa de Estocolmo (2010-2014) no representa un cambio sustancial con respecto al de La Haya, sí responde al nuevo marco político y económico existente en Europa, que trata de combinar la difícil situación existente con las previsiones del mercado de trabajo y con las políticas de integración de las personas migrantes, sin olvidar la cooperación con los países de origen y tránsito de la inmigración.⁶⁰⁶ Uno de los objetivos prioritarios en esta materia es lograr el desarrollo de *una política de migración europea previsor y global, basada en la solidaridad y responsabilidad*. Se hace especial hincapié en que una política de inmigración bien gestionada puede ser beneficiosa para todos los ciudadanos, y que de lo que se trata básicamente es de poner en marcha medidas que respondan, por una parte, a las prioridades y necesidades de los Estados miembros, y que por otra permita desarrollar plenamente el potencial de las personas migrantes.⁶⁰⁷

⁶⁰⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 8 de octubre de 2008 – Reforzar el planteamiento global de la migración: aumentar la coordinación, la coherencia y las sinergias [COM (2008) 611 final – no publicada en el Diario Oficial].

⁶⁰⁶ Muy interesantes los comentarios vertidos al respecto en el Blog de EDUARDO ROJO TORRECILLA: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>

⁶⁰⁷ En este contexto, el vínculo entre inmigración y mercado de trabajo se mantiene como una de las características más significativas de la política comunitaria de inmigración. Europa, tanto por razones demográficas como por otras de índole puramente económica, va a seguir necesitando la llegada de inmigrantes, por lo que es conveniente reforzar los mecanismos de favorecimiento de la migración legal, posibilitando dar respuesta tanto a las necesidades de cada Estado como a las personas inmigrantes en términos de una adecuada utilización de sus cualificaciones y competencias.

En lo que respecta a la política de integración de los inmigrantes hay una amplia remisión implícita a los documentos que se han ido elaborando, y a las políticas ya puestas en marcha durante el quinquenio anterior. Cabe destacar el énfasis sobre el aspecto dinámico y bidireccional de este proceso, que requiere, en palabras literales, *no sólo esfuerzos por parte de las autoridades nacionales regionales y locales, sino también un mayor compromiso por parte de la comunidad de acogida y de los inmigrantes.*

Otra de las cuestiones tratadas es la lucha contra la inmigración *ilegal* y la evitación del tráfico de seres humanos y de la pérdida de vidas humanas en el intento de acceder de forma no legal al territorio comunitario. Para conseguir estos objetivos, el programa de Estocolmo recuerda los mecanismos ya existentes: lucha contra la trata y la introducción ilegal de personas; gestión integrada de fronteras; cooperación con los países de origen y tránsito; refuerzo de la cooperación policial y judicial; política de retorno efectiva y sostenible, con pleno respeto al principio de no devolución y a los derechos y dignidad de las personas repatriadas.

Finalmente, habría que mencionar dos cuestiones esenciales. Por un lado la atención especial que el Programa dedica a la problemática de los menores no acompañados, al que se considera un grupo especialmente vulnerables y que merece especial protección, sugiriéndose la puesta en marcha de un plan de acción comunitario que facilite la cooperación con los países de origen y que contemple medidas de prevención, protección y de asistencia al retorno, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor. Por otro lado, queda planteada la necesidad de crear un espacio común y solidario de protección en materia de asilo, basado en un procedimiento común de asilo y un estatuto uniforme para las personas a las que se concede protección internacional.

El Programa de Estocolmo cuenta con un Plan de acción aprobado por la Comisión⁶⁰⁸ que proporciona una hoja de ruta para aplicar las prioridades políticas establecidas para el espacio de justicia, libertad y seguridad entre 2010-2014. Uno de los objetivos fundamentales es consolidar una auténtica política común de inmigración y asilo basada en el establecimiento de marcos nuevos y flexibles para la admisión de inmigrantes legales.⁶⁰⁹

Recapitulando, el Programa recoge muchos de los elementos incluidos en el Pacto Europeo por la Inmigración y el Asilo. Si bien una de sus prioridades es la lucha contra la inmigración irregular, también apuesta por el desarrollo de un marco común para la admisión de inmigrantes, fomentando la creación de sistemas

⁶⁰⁸ Comunicación de la Comisión, de 20 de abril de 2010 – Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos – Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo [COM (2010) 171 final – no publicada en el Diario Oficial].

⁶⁰⁹ En este sentido, MARTÍN PUEBLA, cit., pp. 19 y sigs, que destaca como ejes de actuación del plan los siguientes: alcanzar un nivel uniforme de derechos y obligaciones de los inmigrantes legales, comparable al de los ciudadanos europeos; la prevención y reducción de la inmigración irregular y la asociación con terceros países.

de admisión flexibles que den respuesta a las necesidades de los Estados y permitan a los migrantes aprovechar sus cualificaciones y competencias.

1.3.4. *El futuro de la política comunitaria migratoria. Algunas pinceladas Líneas de actuación.*⁶¹⁰

El Programa de Estocolmo concluyó en diciembre de 2014. En marzo de 2014, la Comisión adoptó una nueva Comunicación, titulada *Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad*⁶¹¹, en la que ofrecía su perspectiva del programa para el período 2014-2020. Comprobamos que, en modo alguno, se refleja una nueva gestión que desemboque en una auténtica política europea de inmigración; más bien es una continuación de la ya existente con el deseo de llevar a cabo aquello que no se ha podido realizar durante el quinquenio anterior, en la que además parece ponerse especialmente el acento en las políticas de seguridad bastante más que en las de integración.

En la Comunicación, la tensión permanente entre más seguridad, más crecimiento económico y mayor aportación de la inmigración (cualificada) se observa perfectamente. El texto dedica una buena parte de su contenido a la política de inmigración (prioridad política para los próximos años), planteándose la necesidad de poner en marcha efectivamente una política de migración y movilidad eficaz, maximizar los beneficios de la inmigración y la integración, adoptar un enfoque creíble de la inmigración irregular y el retorno, gestionar de manera integrada las fronteras exteriores de la UE y proceder al reforzamiento de la aplicación de la política común de visados, además de poner en marcha efectivamente el sistema europeo común de asilo, y reforzar el planteamiento global de la migración y la movilidad (GAMM).⁶¹² El Enfoque Global se centra en el diálogo bilateral entre los países de origen, de tránsito y de destino. Uno de los instrumentos principales del mismo es la posibilidad de celebrar *Asociaciones de Movilidad con terceros países*⁶¹³, que no solo constituyen acuerdos de readmisión o lucha contra la inmigración irregular, sino un conjunto de medidas que abarca desde la ayuda al desarrollo hasta la flexibilización temporal de la política de visados de entrada, pasando por las migraciones circulares, que tienen como objetivo esencial ayudar a los Estados Miembros a atender a sus necesidades laborales, aprovechando al mismo tiempo los posibles efectos positivos de la migración en el desarrollo y respondiendo a las necesidades de los países de origen en términos de

⁶¹⁰ ¿Nueva política de inmigración europea para el próximo quinquenio, o continuación de la existente? Reproducimos aquí la entrada en el Blog del profesor ROJO TORRECILLA al comentar la temática, ante las dudas que le suscita la política comunitaria en este ámbito tras la finalización del Programa de Estocolmo.

⁶¹¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad. [COM (2014) 154 final].

⁶¹² De nuevo, muy interesantes los comentarios de ROJO TORRECILLA en su Blog <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>

⁶¹³ Estas asociaciones de movilidad están dirigidas a fomentar la cooperación entre la UE y terceros países, con la intención de mejorar la gestión de los flujos migratorios y compartir información de una manera que beneficie a todas las partes implicadas. En este sentido, BLÁZQUEZ/BEKER, cit., p. 260.

transferencias de conocimientos especializados y de atenuación del impacto de la *fuga de cerebros*, o desde la perspectiva en positivo, el impulso de la *ganancia de talentos* para los países de origen y de acogida.

En junio de ese mismo año, el Consejo Europeo y el Parlamento establecen las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia. En este caso ya no se trata de un programa, sino de directrices, orientadas hacia la transposición, aplicación y consolidación de los instrumentos jurídicos y medidas existentes, que hacen hincapié en la necesidad de un planteamiento general de la migración que optimice los beneficios de la migración legal y ofrezca protección a quienes la necesitan, combatiendo al mismo tiempo la migración irregular y gestionando de modo eficiente las fronteras. Como aspectos esenciales se hace hincapié en que la Unión necesita una política de migración, asilo y fronteras eficiente y bien gestionada, guiada por los principios de solidaridad y distribución equitativa de la responsabilidad. Es necesario un planteamiento general que optimice los beneficios de la migración legal y ofrezca protección a quienes la necesitan, combatiendo al mismo tiempo la migración irregular y gestionando de modo eficiente las fronteras exteriores de la UE. Asimismo, se insiste en que Europa tiene que desarrollar estrategias para aprovechar al máximo las oportunidades de la migración legal mediante normas coherentes y eficientes, informadas por el diálogo con la comunidad empresarial y los interlocutores sociales. La Unión debe apoyar también los esfuerzos de los Estados miembros por aplicar políticas activas de integración que fomenten la cohesión social y el dinamismo económico.

Posteriormente, los Estados miembros se comprometieron el 23 de abril de 2015 a tomar medidas con prontitud para salvar vidas y a intensificar la actuación de la Unión en el ámbito de la migración. Pocos días después, el 29 de abril, se votó una Resolución del Parlamento Europeo. La Comisión presentó a continuación, el 13 de mayo de 2015, la Agenda Europea de Migración, reflejo de su voluntad declarada de situar la inmigración entre sus prioridades. En esta Agenda se proponen tanto medidas inmediatas para hacer frente a la situación de crisis reinante en el Mediterráneo como acciones que se han de emprender a lo largo de los próximos años al objeto de gestionar mejor la migración en todos los sentidos.

A medio y largo plazo, las orientaciones que propone la Comisión tienen cuatro vertientes: reducir los incentivos a la migración irregular; gestionar las fronteras; elaborar una política común de asilo sólida sobre la base de la puesta en práctica del Sistema Europeo Común de Asilo, así como evaluar y, eventualmente, revisar el Reglamento de Dublín; y, por último, establecer una nueva política de migración legal⁶¹⁴ modernizando y refundiendo el sistema de tarjeta azul, fijando nuevas

⁶¹⁴ En este ámbito, se pretende modernizar la política de visados, proponiéndose el establecimiento de un nuevo tipo de visado para personas que tengan interés legítimo en viajar por más de 90 días en un período de 180.

prioridades en cuanto a las políticas de integración y potenciando las ventajas que la política migratoria tiene para las personas y los países de origen.

Ciertamente, no hemos encontrado modificaciones de relevancia con relación a la política aplicada hasta este momento y a los objetivos perseguidos. Bien es cierto que las consecuencias del envejecimiento de la población y las necesidades de mano de obra cualificada en determinados sectores refuerzan la necesidad de abrir canales adecuados para atraer a personal extranjero cualificado. Las notas a destacar son, por una parte, la adopción de un enfoque sectorial de la migración legal, es decir dirigido no a todos los extranjeros sino a determinadas categorías de personas.⁶¹⁵ Por otra, la promoción del compromiso compartido de los Estados miembros en cuanto a la integración y el retorno. En este sentido, y como resultados de la Agenda Europea de Migración, en junio de 2016, se aprobó un Plan de acción sobre integración y de reforma del sistema de «tarjeta azul» para los trabajadores altamente cualificados procedentes de terceros países.

2. LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN LABORAL EUROPEA. LOS INSTRUMENTOS DE ARMONIZACIÓN

Tras lo expuesto llegamos a la conclusión de que, a pesar de los avances que tuvieron lugar en Lisboa, no se logró el reconocimiento y ejercicio de la libre circulación de los ciudadanos de terceros países, quedando pues a expensas de lo que prevea y regule el Derecho derivado.

El siguiente apartado pretende mostrar los aspectos claves de la política de gestión de flujos migratorios llevada a cabo en la Unión Europea en los últimos años y que quedan reflejados en las vigentes Directivas reguladoras de las migraciones laborales. Insistimos en que nuestro objetivo es analizar las condiciones de entrada y residencia de los extracomunitarios en cualquier país de la Unión Europea cuando éstos son considerados inmigrantes económicos, es decir cuando su principal intención es la de trabajar en el país de acogida. En este punto, hay que diferenciar entre quiénes no son residentes en un Estado miembro, de aquellos que se encuentran ya residiendo en un Estado y pretenden ser admitidos en otro. Para cada una de las categorías los instrumentos jurídicos utilizados son distintos.

⁶¹⁵ Comparto la opinión de CAMAS RODAS, cit., p. 270 (También en su Blog: <http://www.ferrancam.com/home.html>) cuando critica esta práctica *sectorial* abogando por un enfoque horizontal, que facilite también la posibilidad de que otros trabajadores tengan oportunidades de buscar trabajo tanto de alta, media como baja cualificación.

2.1. Condiciones de entrada y permanencia del inmigrante económico no residente en un Estado miembro.

Teniendo como puntos de referencia los grandes ejes de actuación de la política migratoria fijados desde Tampere, hemos considerado conveniente estructurar este apartado en tres partes.

- En primer lugar, analizaremos los instrumentos más recientes de gestión de la política de inmigración (laboral) legal. Repasaremos, por tanto, los actos legislativos fundamentales -directivas- y sectoriales (por categorías de inmigrantes) más recientes que regulan el acceso al mercado de trabajo de la Unión: Directivas sobre trabajadores cualificados (tarjeta azul), temporeros, traslados intraempresariales, fines de estudio o investigación, y la Directiva sobre permiso único, que será analizada al final de este apartado.

- En segundo lugar, nos aproximaremos a la lucha contra la inmigración “ilegal”. En esta sección se hará un bosquejo de las prioridades de lucha contra la inmigración irregular que accede al mercado de trabajo, haciendo especial hincapié en la contratación de inmigrantes sin autorización, medidas de retorno, y cooperación con terceros países.

- En último lugar, haremos referencia, principalmente, a los instrumentos que regulan la integración de los inmigrantes residentes de larga duración, dejando sólo apuntado los retos de integración a los que se enfrenta la UE con respecto a los diferentes tipos de migrantes, distintos de los anteriores, y el papel que juegan en este sentido los países de origen.

2.1.1. El acceso al mercado de trabajo y la permanencia en el mismo (entrada y residencia).

Como ya apuntamos, desde el Plan de política en materia de migración legal de 2005, la Unión Europea está llevando a cabo una política de la inmigración económica con un enfoque sectorial más que horizontal. Recordemos que frente a una directiva única (2001) aplicable a todas las categorías de trabajadores migrantes, se optó por una estrategia progresiva y diferenciada, basada en cuatro directivas sectoriales que definieran las condiciones y procedimientos de admisión de unas categorías determinadas de inmigrantes:

- trabajadores altamente cualificados
- trabajadores estacionales
- trabajadores por cuenta ajena trasladados por sociedades multinacionales
- trabajadores en prácticas remunerados

Las próximas líneas están dedicadas a su análisis.

a) *Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.*⁶¹⁶

La propuesta de Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado fue presentada en octubre del 2007. Recibió el nombre de Directiva de la *tarjeta azul* por referencia a la *green card* que en EEUU permite la estancia y el trabajo a los extranjeros, aunque su alcance es mucho más limitado que la estadounidense.⁶¹⁷

La Directiva de la tarjeta azul, aprobada finalmente en mayo de 2009, se enmarca en el contexto de la Estrategia de Lisboa (2000-2010) y en sus directrices orientadas al crecimiento y al empleo. Establece reglas comunes en todos los Estados miembros para facilitar la entrada y residencia de inmigrantes de alta cualificación y de sus familias y hacer posible su traslado a otro país de la Unión tras un tiempo de estancia y trabajo en el primero que les recibió, fomentando, de este modo, su movilidad. Su objetivo esencial es facilitar la contratación de trabajadores extranjeros altamente cualificados para cubrir las demandas del mercado laboral en la Unión Europea, otorgándoles un status privilegiado.⁶¹⁸

La condición de entrada para el inmigrante es recibir una oferta de trabajo de al menos un año de duración para ocupar un puesto de trabajo para el que se requiere alta cualificación y por el que se paga un salario equivalente al menos a 1,5 veces el salario medio bruto del país receptor.⁶¹⁹ Después de los dos primeros años de contratación, tendrá derecho a trabajar en cualquiera de los países comunitarios. La residencia permanente se obtendrá automáticamente a partir de los cinco años de trabajo y residencia.

Desde el punto de vista de la libre circulación, la posibilidad de trasladarse a otro Estado miembro es el privilegio notorio y pone de manifiesto la intencionalidad aperturista de la Directiva por atraer y retener en Europa a trabajadores extracomunitarios con cualificación. No obstante, hay que apuntar que el derecho del titular de la *tarjeta azul* a migrar después a otro Estado miembro está lejos de ser automático: el inmigrante debe enfrentarse en el nuevo Estado con un proceso semejante de comprobación, aportando otro contrato de trabajo, mostrando que el salario en ese nuevo puesto cumple la condición de sobrepasar en un 50% el salario

⁶¹⁶ DO L 155 de 18.6.2009

⁶¹⁷ La principal diferencia es que la *green card* supone un permiso de estancia permanente mientras que la "tarjeta azul" se ofrece por cinco años, aunque pasados éstos el inmigrante puede solicitar el estatuto de residente de larga duración.

⁶¹⁸ Desde un principio las críticas a esta Directiva apuntaron en dos direcciones. Por un lado se advertía sobre el riesgo de ahondar la estratificación socioeconómica y de derechos y se hacía especial énfasis en la necesidad de evitar el riesgo de prácticas discriminatorias entre las distintas categorías de inmigrantes y de una doble jerarquía de derechos para los diferentes perfiles de trabajadores. También, desde el ámbito de las ONG y de los países de emigración, se llamaba la atención sobre el impacto negativo de la *fuga de cerebros* en el desarrollo de los países de origen.

⁶¹⁹ Una vez admitido, su cónyuge recibirá automáticamente un permiso de trabajo, un derecho que, hasta el momento, no reconocen gran parte de las legislaciones sobre reagrupación familiar de los trabajadores inmigrantes.

medio de ese país, presentando sus cualificaciones para ser admitido, etc., lo que supone iniciar el proceso de nuevo. Y ello porque, en definitiva, son los Estados los que tiene capacidad para determinar el volumen de admisión de esta clase de inmigrantes económicos, fijando, por tanto, sus propias reglas, y pudiendo rechazar solicitudes para determinadas profesiones de sectores con escasez de trabajadores cualificados en el país de origen del solicitante (contratación ética). A ello hay que añadir el respeto al principio comunitario de preferencia en la ocupación de puestos de trabajo vacantes, lo que dificulta aún más el cumplimiento del fin anhelado por esta norma.

Tras lo dicho no resulta sorprendente afirmar que el sistema de tarjeta azul, se ha revelado insuficiente y poco atractivo hasta la fecha. Las restrictivas condiciones de admisión y la existencia de normas, condiciones y procedimientos nacionales paralelos han limitado el uso de este régimen de la UE.⁶²⁰

La Comisión presentó el 7 de junio de 2016 una *propuesta de Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta capacitación*.⁶²¹ Su objetivo es modernizar las normas vigentes y mejorar la capacidad de la UE para atraer y conservar a trabajadores altamente cualificados nacionales de terceros países, ya que las tendencias demográficas apuntan a que seguirá siendo necesario atraer a más mano de obra con cualificación.⁶²² La nueva propuesta establece un régimen único para toda la UE, que sustituye a los regímenes nacionales paralelos para crear empleo altamente cualificado, con el objetivo de ofrecer una mayor claridad a los solicitantes y las empresas y hacer que el sistema sea más visible y competitivo. Como puntos básicos, se pretende facilitar los trámites y permitir también viajes profesionales más breves (de hasta 90 días) en los Estados miembros que aplican la tarjeta azul⁶²³. Se reduce el umbral salarial mediante una horquilla flexible, dentro de la cual los Estados miembros podrán ajustar los umbrales al contexto de sus mercados laborales, y se prevén condiciones más adecuadas para los trabajadores y los titulados recientes que sean nacionales de terceros países en las zonas con escasez de mano de obra. Además, se refuerzan los derechos tanto de los titulares de la tarjeta azul (que permite un acceso más rápido a un estatuto de residencia de larga duración, así como un acceso inmediato y más flexible al mercado laboral) como de sus familiares (garantizando que puedan reunirse con el titular de la tarjeta

⁶²⁰ Únicamente el 31 % de los emigrantes altamente formados a países de la OCDE escoge la UE como destino, es decir, los trabajadores cualificados prefieren otros destinos que compiten económicamente con la Unión.

⁶²¹ COM (2016) 378 final.

⁶²² La Comisión europea pone de manifiesto en su *Plan de acción sobre integración y reforma del sistema de tarjeta azul para los trabajadores altamente cualificados procedentes de terceros países* (Estrasburgo, 7 de junio de 2016) que la UE ya afronta importantes carencias estructurales de personas cualificadas en algunos sectores, lo que puede limitar el crecimiento, la productividad y la innovación en la UE (por ejemplo, la atención sanitaria, las TIC y la ingeniería). Asimismo, se afirma que, en el futuro, los cambios estructurales en las economías de la UE seguirán aumentando la demanda de cualificaciones superiores no inmediatamente disponibles en el mercado laboral, lo que dará lugar a nuevas carencias que no podrá cubrir la mano de obra existente en la UE.

⁶²³ Irlanda y Dinamarca no participan en la adopción de esta Directiva (tampoco el Reino Unido).

azul de la UE de forma simultánea).⁶²⁴ Como aspecto a destacar, dada la situación de Europa en cuanto al elevado número de solicitantes de asilo y refugio, con arreglo al nuevo sistema de tarjeta azul, los trabajadores internacionales altamente cualificados beneficiarios de protección internacional podrán solicitar una tarjeta azul (y, por ende, ser beneficiarios de ella).

Sin embargo, y es a este punto al que debemos prestar especial atención, los Estados miembros seguirían siendo competentes para decidir el número de nacionales de terceros países admitidos en su territorio para buscar trabajo, pudiendo, además, llevar a cabo una verificación de la situación del mercado laboral si este sufre perturbaciones graves, tales como un elevado nivel de desempleo en una determinada profesión o sector, incluso en una parte de su territorio.

*b) Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros.*⁶²⁵

La Directiva regula las condiciones de entrada y de estancia de los inmigrantes que pretendan acceder a este territorio para fines de empleo como trabajadores temporeros. También define los derechos de éstos en materia laboral.

Si bien en un principio podríamos pensar que estamos ante una aportación significativa a la lucha contra la inmigración irregular y el trabajo clandestino en sectores que a menudo se enfrentan a situaciones de explotación con condiciones de trabajo inferiores a las previstas legalmente, la razón principal de ser de esta regulación radica en la satisfacción de la necesidad estructural de mano de obra de carácter estacional y no cualificada a la que se enfrenta el mercado laboral de

⁶²⁴ En comparación con la Directiva 2009/50/CE, la movilidad entre Estados miembros se ve más facilitada. El período de residencia exigido en el primer Estado miembro se reduce de 18 a 12 meses y al solicitar una tarjeta azul de la UE en el segundo Estado miembro dejan de aplicarse algunas condiciones. En particular, no se permite examinar la situación del mercado de trabajo con relación a los titulares móviles de la tarjeta azul de la UE si no se realiza también ese análisis para las solicitudes de primera entrada, no se permiten cuotas y el segundo Estado miembro no puede volver a verificar las cualificaciones de las profesiones no reguladas. El procedimiento pertinente se simplifica y se acelera, y se puede comenzar a trabajar inmediatamente después de presentar la solicitud de tarjeta azul de la UE. Los miembros de la familia pueden reunirse con el titular de la tarjeta azul de la UE sin ninguna demora y quedan exentos de algunas de las condiciones de residencia en el segundo Estado miembro. Comentarios extraídos del Blog del profesor ROJO TORRECILLA, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/>

⁶²⁵ DO L 94 de 28.03.2014.

la Unión,⁶²⁶ quedando cuestionada la contribución referida. Un recorrido por las previsiones de la misma corrobora lo dicho.

En cuanto al ámbito subjetivo, el texto define que se entiende por *trabajador temporero*⁶²⁷ y *actividad sujeta al ritmo estacional*⁶²⁸, incluyendo dentro de su campo de aplicación a aquellos extranjeros que residan fuera del territorio de la Unión y soliciten la admisión en un Estado miembro para fines de empleo para actividades de carácter estacional, cuya duración deberá fijarse por cada Estado, no pudiendo ser inferior a cinco meses ni superior a nueve en un periodo de doce meses. La directiva es también clara en cuanto a los que quedan fuera de su ámbito de aplicación.⁶²⁹

Con respecto al procedimiento y al régimen de autorizaciones, los Estados miembros determinarán si la solicitud ha de presentarla el nacional de un tercer país y/o el empresario, y será diverso en función del período de duración de la estancia (supere o no los 90 días); se establece, además, un elenco de derechos generados en el momento de concesión de la autorización: derecho a la igualdad de trato en materia laboral, donde se incluye el derecho a la huelga y a la acción sindical, derecho a negociar y concertar convenios colectivos (de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales del Estado miembro de acogida), la libertad de asociación, afiliación., el reconocimiento de títulos y cualificaciones, ciertos beneficios fiscales; si bien esta igualdad en el trato podrá verse restringida, afectando a las prestaciones familiares, por desempleo, becas, préstamos, etc...⁶³⁰

Asimismo, los Estados miembros deberán velar porque el trabajador temporero disponga durante toda su estancia de un alojamiento que le garantice unas condiciones de vida adecuadas⁶³¹, asegurando para ello que los servicios encargados de la inspección de trabajo, y las organizaciones que representen los intereses de los

⁶²⁶ MARTÍN PUEBLA, cit., p. 79.

⁶²⁷ Nacional de un tercer país que conserve su residencia principal en un tercer país, pero permanezca temporalmente de manera legal en el territorio de un Estado miembro para realizar una actividad sujeta al ritmo estacional, al amparo de uno o más contratos de trabajo de duración determinada celebrados directamente entre ese nacional de un tercer país y el empresario establecido en dicho Estado miembro. Art. 3 b) Directiva 2014/36/UE.

⁶²⁸ Actividad vinculada a un determinado período del año por un acontecimiento o una sucesión de acontecimientos recurrentes vinculados a condiciones estacionales, durante el cual las necesidades de mano de obra sean muy superiores a las requeridas para las operaciones que se realizan habitualmente. Art. 3 c) Directiva 2014/36/UE.

⁶²⁹ Estarían excluidos los que ya residen en el territorio de los Estados miembros y los nacionales de terceros países al servicio de empresa de empresas establecidas en otro Estado miembro dentro del marco de una prestación de servicios a tenor del artículo 56 del TFUE, incluidos los nacionales de terceros países desplazados por empresas establecidas en un Estado miembro en el marco de una prestación de servicios de conformidad con la Directiva 96/71/CE; también los familiares de ciudadanos de la Unión que hayan ejercido su derecho a la libre circulación y los que gocen de este derecho en virtud de acuerdos entre la Unión y los Estados miembros o entre la Unión y terceros países.

⁶³⁰ MARTÍN PUEBLA, cit., p. 87.

⁶³¹ Son cláusulas de *constancia obligatoria*. En el precepto se establecen las características que debe disponer el alojamiento; se dispone, además, que cuando el alojamiento lo procure el empresario o se procure a través de él se pueda exigir al trabajador temporero el *pago de una renta que no resulte excesiva en relación con su remuneración neta y con la calidad del alojamiento*. La renta no se deducirá automáticamente del sueldo del trabajador temporero.

trabajadores tengan acceso al mismo. La Directiva (art. 17) se encarga, además, de regular las sanciones contra los empresarios en caso de incumplimiento de las reglas previstas: retirada de la autorización para fines de trabajo de temporada, abono de compensaciones al trabajador temporero, incluyéndose en dicha responsabilidad todas las obligaciones que hubiera tenido que asumir si no se le hubiera retirado esta autorización.⁶³²

La razón de ser de esta Directiva se encuentra en el mencionado Programa de la Haya (2004) en cuyo plan en materia de migraciones legales se abogaba por incluir un procedimiento de admisión que pudiesen responder de manera rápida y eficaz a las demandas de trabajo migratorio en el mercado laboral. Sin embargo, el retraso en su aprobación pone en entredicho su operatividad. Sin duda, la situación de crisis que persiste en Europa, con la incertidumbre que ello conlleva en cuanto a la recuperación a medio plazo, especialmente en algunos Estados miembros como es el caso de España, y las altas tasas de desempleo que generan fuerte flujos migratorios intra-UE, nos inclina a pensar que parece más adecuado fomentar la utilización del potencial de mano de obra disponible dentro de la Unión.⁶³³ Además, del propio texto de la Directiva se desprenden *insuficiencias* – podríamos llamarlas de este modo- que no hacen sino confirmar las cautelas que tiene el legislador comunitario frente al acceso de extracomunitarios al mercado de trabajo europeo. Por una parte, en la Directiva se deja constancia expresa de la reserva estatal para determinar el volumen de entrada de esta clase de trabajadores; además queda claramente reflejado el principio de preferencia a los ciudadanos de la Unión por lo que respecta al acceso a los mercados nacionales de trabajo.⁶³⁴ En fin, los Estados miembros siguen teniendo la última palabra para la autorización de entrada de extranjeros con el fin de cubrir temporalmente los trabajos estacionales. Por otra parte, hay elementos de este nuevo instrumento criticables, pues si bien se pretende garantizar condiciones dignas de trabajo y de vida para esta categoría de trabajadores abogando por la consecución de un mínimo *status legal* contra la explotación - lo que concuerda con uno de los objetivos esenciales que debe

⁶³² Véase, FERRÁN CAMAS, en su Blog: “Reseña sobre la Directiva 2014/36/UE: extranjeros temporeros”. Disponible en: <http://www.ferrancam.com/home.html>

⁶³³ Con el fin de velar por el equilibrio entre los derechos de los migrantes y la situación nacional de los mercados de trabajos, además de que los trabajadores temporeros dispongan de un *contrato de trabajo válido o una oferta firme de trabajo que especifique los elementos esenciales del contrato o de la relación laboral*, la Directiva contempla que los Estados puedan establecer mecanismos que permitan demostrar *que el mercado laboral nacional no puede cubrir un puesto de trabajo*. ROJO TORRECILLA, en su Blog, nos recuerda, al respecto, la creación en nuestro derecho interno del *catálogo de ocupaciones de difícil cobertura*, que si bien desempeñó un importante papel desde 2005 a 2009, en la actualidad es prácticamente inexistente.

⁶³⁴ La Directiva prevé en su art. 7 que *...no menoscabará el derecho de los Estados miembros para determinar los volúmenes de admisión de nacionales de terceros países que entren en su territorio para fines de trabajo de temporada. En virtud de ello, podrá considerarse inadmisibles o denegarse una solicitud de autorización para fines de trabajo de temporada*. De hecho, como motivo de denegación de la solicitud, se regula en el art. 8 que *los Estados miembros podrán verificar si el puesto de trabajo vacante de que se trate podría ser provisto por nacionales del Estado miembro de que se trate o por otros ciudadanos de la Unión, o por nacionales de terceros países que residan legalmente en ese Estado miembro, en cuyo caso podrán denegar la solicitud. El presente apartado se aplicará a reserva del principio de preferencia por ciudadanos de la Unión expresado en las disposiciones correspondientes de las Actas de Adhesión pertinentes*.

inspirar la política comunitaria en esta materia que es la integración⁶³⁵- se hace desde una visión negativa del extranjero y su situación, pues se parte de la sospecha de que pueda permanecer en el Estado miembro más allá del tiempo previsto⁶³⁶; en consecuencia, se le exige que conserve su residencia en su país de origen, que sea contratado para una actividad estacional, que no haga uso de los sistemas de asistencia social del Estado de acogida y que no presente riesgo de inmigración ilegal.

c) *Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales.*⁶³⁷

Del mismo modo que la Directiva sobre *trabajadores temporeros*, la Directiva sobre *trabajadores trasladados dentro de una misma empresa* tiene como fin último fomentar el crecimiento y reforzar la competitividad de la UE en el marco de la Estrategia UE 2020. En particular, el objetivo de esta regulación es cubrir la necesidad que tienen las empresas multinacionales de trasladar más fácilmente a personal altamente cualificado a sus sedes situadas en un país miembro- armonizando cuestiones burocráticas y procedimentales-, en un mundo cada vez más globalizado. Para ello se persiguen tres fines específicos, que conforman el ámbito material de la Directiva⁶³⁸.

En primer lugar, establecer un marco jurídico transparente que contemple las condiciones comunes de admisión a la hora de expedir permisos de residencia para extracomunitarios que soliciten residir en la UE cuando son trasladados dentro de una misma empresa.

⁶³⁵ Siguiendo las recomendaciones de Tampere, la inmigración tiene como principio guía la igualdad de trato, lo que significa que hay que conceder a los nacionales de terceros países derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos comunitarios. En este sentido, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “Admisión de nacionales de terceros países para actividades de temporada y en el marco de un traslado intraempresarial: luces y sombras de la política de migración legal europea”. *Revista General de Derecho Europeo* 34 (2014).

⁶³⁶ CAMAS RODA, en su Blog, nos dice en este sentido como llama la atención la faceta preventiva que la Directiva mantiene respecto al propio trabajador temporero al regular que los Estados miembros comprueben que *el nacional de un tercer país no presenta un riesgo de inmigración ilegal, y tiene la intención de abandonar el territorio de los Estados miembros a más tardar en la fecha de caducidad de la autorización*. También el art. 9.4 fija que los Estados miembros podrán retirar la autorización para fines de trabajo de temporada si el nacional de un tercer país solicita protección internacional o protección con arreglo al Derecho nacional.

⁶³⁷ DO L 157 de 27.05.2014.

⁶³⁸ BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Admisión de nacionales de terceros países...*, cit.

La Directiva define que se entiende por traslado intraempresarial⁶³⁹, así como persona desplazada, dejando claro cuál es su ámbito subjetivo de aplicación⁶⁴⁰, y estableciendo de manera expresa que no se aplicará esta normativa cuando el ciudadano extracomunitario sea destinatario de normas más favorables establecidas en convenios bilaterales o multilaterales suscritos por la UE o el Estado miembro de la UE que se trate con Terceros Estados. Así pues, y según se refleja en el texto, el ámbito de aplicación personal está integrado por los nacionales de terceros países que residan fuera del territorio de un Estado miembro en el momento de la solicitud y que soliciten la admisión o hayan sido admitidos en el territorio de un Estado miembro en el marco de un traslado intraempresarial en calidad de directivo, especialista o trabajador en formación.⁶⁴¹

Como dato a destacar, la concesión del permiso por traslado intraempresarial está condicionada por la acreditación de una serie de circunstancias -entre las que destaca el deber del solicitante de acreditar un empleo dentro de una misma empresa o grupo de empresas durante un período de al menos tres a doce meses ininterrumpidos inmediatamente anteriores a la fecha del desplazamiento, en lo que respecta a directivos y especialistas, y de al menos de tres a seis meses ininterrumpidos, en lo que respecta a los trabajadores en formación- si bien, una vez más, se deja constancia expresa de la reserva estatal para determinar el volumen de entrada de esta clase de trabajadores y del principio comunitario de preferencia.

En segundo lugar, la Directiva 2014/66/UE aboga por la aplicación del principio de igualdad de trato con los nacionales UE, creando, así, unas condiciones más atractivas de estancia para estos trabajadores y los miembros de su familia. En este sentido, tendríamos que referirnos a las previsiones sobre no discriminación, en cuanto a condiciones de empleo (se exige la aplicación de la normativa estatal y de los convenios colectivos de eficacia general aplicables en la rama o sector que ocupe el trabajador desplazado), salario, despidos, derechos de

⁶³⁹ *Desplazamiento temporal con fines de empleo o de formación de un nacional de un tercer país que, en el momento de la solicitud de un permiso de traslado intraempresarial, resida fuera del territorio del Estado miembro, desde una empresa establecida fuera del territorio de un Estado miembro y a la cual está vinculado por un contrato de trabajo, antes y durante el traslado, hacia una entidad perteneciente a la empresa o al mismo grupo de empresas establecidos en dicho Estado miembro y, en su caso, la movilidad entre entidades receptoras establecidas en uno o varios segundos Estados miembros.* Art. 3 b) Directiva 2014/66/UE.

⁶⁴⁰ Quedan excluidos los extracomunitarios que: a) soliciten residir en un Estado miembro como investigadores (Directiva (UE) 2016/80/UE); b) conforme a los acuerdos entre la Unión y sus Estados miembros y terceros países, disfruten de derechos de libre circulación equivalentes a los de los ciudadanos de la Unión o estén empleados por una empresa establecida en dichos terceros países (Noruega, Islandia, Liechtenstein y, por el momento, Suiza); c) estén desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional en el Espacio Económico Europeo que, como es sabido, no precisan autorización para trabajar (Directiva 96/71/CE); d) lleven a cabo actividades como trabajadores por cuenta propia, pues esta normativa es sólo para cierto personal clave por cuenta ajena; e) hayan sido destinados por servicios de empleo, agencias de trabajo temporal o cualquier otra empresa que se ocupe de proporcionar mano de obra para trabajar bajo la supervisión y dirección de otra empresa. f) hayan sido admitidos como estudiantes a tiempo completo o que estén realizando como parte de sus estudios una formación práctica supervisada de corta duración.

⁶⁴¹ Compartimos la opinión de BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, cit. cuando expresa su deseo de una mayor concreción de las definiciones de las distintas categorías de trabajadores destinatarios de esta regulación, en particular en el caso de los especialistas o de “becarios con titulación”.

formación profesional, etc... En definitiva, se les reconocen los derechos de los que disfrutaban los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios al amparo de la Directiva 96/71 CE, así como en materia de libertad de asociación, reconocimiento de diplomas y de otros títulos profesionales, de seguridad social⁶⁴² y de acceso a bienes y servicios. Por otro lado, y en este mismo ámbito -el de los llamados derechos referenciales-, se reconoce a estos trabajadores un derecho de reagrupación familiar *privilegiado* pues no está sujeto a condiciones, sí exigible para otros perfiles de trabajadores, como que el reagrupante sea titular de un permiso de residencia permanente o tenga unas perspectivas razonables de obtenerlo o al cumplimiento de las medidas de integración contempladas en los artículos 4.1 y 7.2 de la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho de reagrupación familiar.

En tercer y último lugar, bajo ciertas condiciones, la Directiva pretende facilitar la movilidad de estos trabajadores dentro del territorio de la UE. Y lo hace, estableciendo un régimen específico de movilidad que les permite entrar, residir y trabajar en uno o más Estados miembros.⁶⁴³ La duración máxima del traslado no será superior a tres años para directivos y especialistas, y a un año en el supuesto de trabajadores en formación, quedando obligados los trabajadores una vez finalice el plazo pactado a salir del Estado de acogida, a no ser que obtengan un permiso de residencia por otro motivo.

La Directiva 2014/66/UE (ejemplo claro del concepto de *migración circular* que se erige en pieza clave de la actual política de inmigración UE) pretende responder eficazmente a las consecuencias que el fenómeno de la globalización está provocando y que se traducen en una creciente interdependencia económica entre países, en un aumento del tamaño del mercado, con el consecuente crecimiento de las empresas, en donde se hace imprescindible la movilidad de directivos, trabajadores en formación y especialistas a sucursales y filiales de estas compañías. El texto viene a paliar la ausencia de una regulación internacional homogénea de la figura del trabajador desplazado, en beneficio de todas las partes implicadas. Optando por una visión positiva, para la UE, supone avanzar en el cumplimiento de los objetivos formulados en la Estrategia Europa 2020 (crecimiento inteligente -economía basada en el conocimiento-) y, al mismo tiempo, permite estimular los flujos de inversión en el territorio de la Unión; por su parte, los grupos multinacionales podrán gestionar mejor sus recursos humanos y tendrán mejores oportunidades económicas, de conocimiento y de innovación; finalmente, los países de origen se podrán beneficiar de transferencias de tecnología y conocimiento

⁶⁴² En esta materia, tengamos en cuenta que la aplicación de la *lex loci laboris* genera un problema de pérdida de cotización en el país de origen, donde generalmente se ha mantenido y previsiblemente se mantendrá la cotización durante la mayor parte de la vida laboral del trabajador, con la consiguiente posible merma en sus prestaciones futuras. La solución vendrá a mano de los convenios internacionales bilaterales o, en ocasiones, multilaterales, que permitirán al trabajador eximirse de cotizar en el país de destino y permanecer de alta en el país de origen.

⁶⁴³ En el capítulo V se reconoce a los titulares del permiso un amplio derecho a la movilidad dentro del territorio de la Unión. Esta movilidad puede ser de corta duración (máximo de 90 días en un periodo de 180 días) o de larga duración cuando exceda del anterior periodo (Art.21 y 22). Ampliamente, sobre esta cuestión, MARTÍN PUEBLA cit., pp. 96 a 98.

técnico. No obstante, la Directiva es prueba evidente de que la regulación del fenómeno de la migración a la Unión Europea se está llevando a cabo según un criterio esencialmente de corte económico-laboral.

*d) Directiva 2016/801/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair.*⁶⁴⁴

Finalizamos este recorrido por los textos de los instrumentos normativos sectoriales reguladores de las migraciones legales, refiriéndonos a la Directiva 2016/801, que es la versión refundida, junto con algunas novedades relevantes, de las Directivas sobre admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios (2004/114/CE), y admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (2005/71/CE).⁶⁴⁵ La razón de ser de la misma estriba en la necesidad de subsanar las deficiencias detectadas⁶⁴⁶ en la aplicación de los textos antedichos. El objetivo primordial de esta regulación aparece reflejado de manera clara en el texto que analizamos. Se pretende *promocionar la Unión como un espacio atractivo para la investigación y la innovación, mejorando su posición en la competencia global por el talento y conduciendo, de esta manera, a un aumento de la competitividad general y los índices de crecimiento de la Unión, al tiempo que crea puestos de trabajo que aporten una mayor contribución al crecimiento del PIB.*

Lo primero que nos llama la atención al leer el contenido del documento es que su finalidad no es la de regular la admisión y la residencia de nacionales de países terceros a efectos de empleo, y que tampoco persigue armonizar el Derecho o las prácticas nacionales en lo relativo al estatuto de los trabajadores ni en materia de Seguridad Social.⁶⁴⁷ No obstante, la Directiva abre la posibilidad a los estudiantes

⁶⁴⁴ DO. L 132 de 21.5.2016.

⁶⁴⁵ El art. 41 de la Directiva 2016/801 dispone que las dos normas ahora refundidas quedarán también derogadas a partir del 24 de mayo de 2018, *sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros en cuanto a los plazos de incorporación al Derecho interno y de aplicación de esas Directivas que figuran en el anexo I, parte B, de la presente Directiva.*

⁶⁴⁶ El profesor ROJO TORRECILLA, en su blog (<http://www.eduardorojotorrecilla.es/>), se refiere a las mismas, poniendo de manifiesto que los informes de aplicación de las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE señalaron ciertas carencias, sobre todo en relación con las condiciones de admisión, los derechos, las garantías de procedimiento, el acceso de los estudiantes al mercado laboral durante sus estudios y las disposiciones relativas a la movilidad dentro de la Unión. También se ha destacado la necesidad de mejorar las posibilidades de búsqueda de empleo de los investigadores y estudiantes y la protección de los *au pairs*, que quedaban al margen de ambas Directivas.

⁶⁴⁷ Con respecto a esta última cuestión, se limita a aplicar el principio de igualdad de trato en el ámbito de la seguridad social a los nacionales de países terceros incluidos en su ámbito de aplicación, y no concede derechos en aquellas situaciones excluidas del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, como en el caso de que los miembros de la familia residan en un país tercero. La introducción expone que en muchos Estados miembros el derecho a las prestaciones familiares se supedita a un determinado vínculo con el Estado miembro en cuestión, (puesto que las prestaciones están pensadas para fomentar un desarrollo demográfico positivo con objeto de garantizar la futura mano de obra en dicho Estado miembro). Partiendo de esa base, la Directiva es clara al afirmar que *cuando el investigador y su familia permanezcan temporalmente en un Estado miembro, éste tendrá la facultad de restringir, en determinadas condiciones, la igualdad de trato respecto de las prestaciones familiares.* ROJO TORRECILLA (Blog).

graduados de terceros países y a los investigadores tras la culminación de su actividad investigadora, de permanecer en el Estado para buscar trabajo o para crear una empresa. En todos los casos la realización efectiva de este *derecho al trabajo* dependerá de la voluntad del Estado de acogida.⁶⁴⁸ Por tanto, y siguiendo la tónica que caracteriza las regulaciones de los trabajadores migrantes por sectores, la reserva estatal para determinar el volumen de entrada al mercado laboral y el principio comunitario de preferencia se erigen en puntos clave para la gestión del flujo de esta *categoría* de inmigrantes económicos.

*e) Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.*⁶⁴⁹

En diciembre de 2011, y gracias a las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa en el proceso decisorio (sometimiento pleno al procedimiento legislativo ordinario, sin exigir unanimidad) se aprobó la Directiva 2011/98/UE, por la que se establece un procedimiento de solicitud de permiso único que autoriza a los extranjeros a residir y trabajar en un Estado miembro.

Aunque siguiendo el orden cronológico no sería éste su lugar de análisis, queda ubicada al final de este apartado por las expectativas que se crearon en el momento de su aprobación. Expectativas que, lamentablemente, no se han visto cumplidas, dado que la nueva regulación apenas aporta novedades con respecto a la situación que ya existía. Veámoslo.

En lo que a su ámbito subjetivo de aplicación se refiere, no se extiende a todos los trabajadores extranjeros; quedarían excluidos los nacionales de terceros países con estatuto europeo de residente de larga duración, los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios, los trabajadores temporeros y los trabajadores por cuenta propia, que se rigen por sus normativas específicas. La categoría excluida que más nos llama la atención es la de los trabajadores por cuenta propia, máxime si tenemos en cuenta que, como consecuencia de la crisis

⁶⁴⁸ Y ello, porque según expone la Directiva *los Estados miembros deben conservar la facultad de tomar en consideración la situación de su mercado laboral cuando el nacional de un país tercero a quien se le expidió una autorización para permanecer en el territorio con fines de búsqueda de empleo o para crear una empresa solicite un permiso de trabajo para cubrir una vacante*. También se prevé que cuando un investigador, voluntario, persona en prácticas *au pair* nacional de un país tercero solicite que se admita el inicio de una relación laboral en un Estado miembro, éste Estado miembro puede comprobar que la vacante no puede ser ocupada, atendiendo a la situación del mercado de trabajo nacional; la posibilidad también existente cuando se solicite la renovación de la autorización.

⁶⁴⁹ DO L 343 de 23.12.2011.

se ha intensificado la movilidad intersectorial buscando oportunidades en otros sectores mediante actividades de carácter autónomo.⁶⁵⁰

En la Directiva se vislumbra claramente un doble objetivo: por una parte, establecer un procedimiento único para la expedición de un permiso que autorice a los extranjeros a residir con el fin de trabajar en cualquier país de la Unión⁶⁵¹, sin pretender, por supuesto, regular las condiciones de acceso al mercado laboral de cada país miembro, que seguirá siendo competencia exclusiva de los Estados. Por otra parte, reconocer un conjunto de derechos para los trabajadores que residen legalmente en un Estado miembro, con independencia de los fines de su admisión inicial.

Si bien con el principio del procedimiento único se persigue agilizar los trámites administrativos para los extranjeros que pretenden acceder al mercado de trabajo de alguno de los Estados miembros y para los empresarios que deseen contratarlo, con el reconocimiento de un conjunto común de derechos se pretende aproximar el *status* de los inmigrantes al de los ciudadanos de la Unión y al de los extracomunitarios que tienen reconocido el principio de igualdad de trato por otras vías (porque son residentes de larga duración o porque se benefician de un convenio o acuerdo internacional que les garantiza dicha igualdad⁶⁵²).

La intención armonizadora de la Directiva en cuanto al reconocimiento de derechos está más que justificada si tenemos en cuenta que los derechos de los trabajadores de terceros países pueden variar significativamente dependiendo no sólo de la nacionalidad del inmigrante sino del país de acogida. Además de la inseguridad jurídica que esto provoca, la competencia desleal en el mercado laboral entre los trabajadores inmigrantes y los nacionales, comunitarios y extranjeros residentes de larga duración, se convierte en un efecto perverso evidente. Y ello porque la ausencia de reconocimiento de ciertos derechos los hace más atractivos para el mercado de trabajo, que tiende a explotar la posición de debilidad propia del inmigrante económico, fomentando las prácticas abusivas y la imposición de condiciones de trabajo inferiores a las del resto de trabajadores.⁶⁵³ Sin embargo, la intención de la Directiva de reconocer el derecho a la igualdad de trato de

⁶⁵⁰ Véase en este sentido, los comentarios y referencias de BLÁZQUEZ/BAKER, *Inmigración, desarrollo económico y crisis...* cit., p. 265.

⁶⁵¹ El principio de procedimiento único para la expedición de la autorización para residir y trabajar está reconocido desde hace tiempo en nuestro derecho de extranjería, y se encuentra hoy plasmado en la LO 4/2000, de 11 de enero de derechos y libertades los extranjeros en España y su integración social (art. 36.1 LOE), así como en el Reglamento de desarrollo de la misma (RD 557/2011, de 20 de abril).

⁶⁵² Recuérdese que la igualdad de trato en las condiciones de trabajo y en el acceso a la Seguridad Social se reconoce en ciertos acuerdos, como el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo o el Acuerdo de la Unión Europea con Turquía y los acuerdos existentes con ciertos países de la ribera mediterránea o de los Balcanes.

⁶⁵³ En este sentido, MARTÍN PUEBLA, cit., p. 64.

los beneficiarios del permiso único con los ciudadanos de la UE no se logra.⁶⁵⁴ Para comprobarlo basta con realizar una comparación mínima entre los derechos existentes en la esfera jurídica de los ciudadanos de la UE con los reconocidos en el texto que analizamos. A esto tenemos que añadir que la mayoría de los derechos y prerrogativas ya eran reconocidos tanto por las legislaciones estatales como por los acuerdos firmados con los países de mayor procedencia de los inmigrantes residentes en la UE, por lo que el avance es irrisorio.⁶⁵⁵

A pesar de ello, los derechos reconocidos se mencionan expresamente y se relacionan fundamentalmente con su actividad laboral, reconociéndoles la igualdad de trato en las condiciones de trabajo (salario, condiciones de despido seguridad y salud...) y en los derechos colectivos. Se reconocen además derechos de Seguridad Social, según lo establecido en el Reglamento CE 883/2004⁶⁵⁶, reconocimiento de cualificaciones y competencias adquiridas y en materia de formación profesional y de acceso a los servicios de asesorías ofrecidos por las oficinas de empleo, entre otros; derechos que pueden verse limitados por decisión de los Estados, en los términos expuestos en el documento.⁶⁵⁷ La propia Directiva expresa su intención de garantizarles un trato justo, poniendo en marcha, de este modo, una política de integración más contundente que, como sabemos, ha sido uno de los ejes claves de los sucesivos programas de política migratoria desde Tampere (1999).

El permiso único habilita para entrar, residir y trabajar en el territorio del Estado miembro que lo haya expedido, lo que nos muestra la intención del legislador comunitario de avanzar en el reconocimiento y extensión de la libre circulación a los nacionales de terceros Estados, aunque la matización de lo antedicho es inmediata si tenemos en cuenta que todo ello se llevará a cabo de acuerdo con lo establecido en el derecho nacional, por lo que, en definitiva, será la política de cada Estado la que decida la aplicación real de la Directiva.⁶⁵⁸ Por otra parte, no podemos obviar que los Estados están obligados a respetar el principio de preferencia de la Unión en el acceso al trabajo. De este modo, la concesión del permiso va a depender de la previa consideración del nacional del tercer Estado como trabajador en función de lo

⁶⁵⁴ Al respecto, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ/BAKER, cit., p. 266, que nos recuerdan como la igualdad de trato de los ciudadanos de la UE tiene un contenido muy amplio, fruto de un importante desarrollo legislativo y de una interpretación flexible e integradora llevada a cabo durante décadas por la Jurisprudencia del TJUE. A pesar de que la mayoría de los textos gestados sobre este principio (por ejemplo, la Directiva reguladora del estatuto de residente de larga duración o la Directiva sobre reagrupación familiar) así lo predicen, su reconocimiento sigue siendo una falacia.

⁶⁵⁵ De nuevo, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ/BAKER, cit.

⁶⁵⁶ Reglamento CE 883/2004, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DOUE de 30 de abril de 2004)

⁶⁵⁷ En este sentido, véase, de nuevo, los comentarios en el Blog del profesor ROJO TORRECILLA: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/>

⁶⁵⁸ Tal y como especifica la Directiva 2011/98/UE, los Estados Miembros mantiene su esfera competencial en cuestiones esenciales tales como: a) la regulación de la admisión, incluido su volumen, de los nacionales de terceros países; b) la decisión de si la solicitud ha de presentarse por el nacional de tercer país en el Estado de origen o en el Estado miembro de destino; c) los procedimientos nacionales de reconocimiento de diplomas; las condiciones y criterios de renovación o denegación del permiso. Finalmente, los EE.MM. podrán exigir requisitos especiales, limitar o incluso impedir el acceso a determinadas prestaciones sociales en distintos ámbitos, como la vivienda o el sistema de becas.

que prevea la normativa interna del Estado receptor y de que reúna el resto de las condiciones que a tal efecto exija la misma normativa.⁶⁵⁹

No obstante, y poniendo fin a este comentario con visión positiva, debemos traer a colación el contenido del artículo 12.4 de la Directiva en cuanto previsión que puede facilitar la movilidad de los extracomunitarios dentro de la UE, al reconocer a los trabajadores que se desplacen a un tercer país, y a ciertos familiares, recibir pensiones generadas por un empleo anterior (vejez, invalidez o fallecimiento), en las mismas condiciones y cuantías que los nacionales de un Estado miembro cuando se trasladen a un tercer país.

2.1.2. *La lucha contra la inmigración irregular*

Recordando los objetivos del Consejo Europeo de Tampere, reafirmados en documentos posteriores y, en particular, en el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo (2008), es ahora el momento de centrarnos en uno de los *encargos* políticos que en él se refleja.

Junto al compromiso de organizar la inmigración legal teniendo en cuenta prioridades, necesidades y capacidades de recepción determinadas por cada Estado miembro (favoreciendo la integración), la lucha contra la inmigración *ilegal* - haciendo uso del lenguaje empleado por las instituciones comunitarias- se convierte en el segundo aspecto a tratar.⁶⁶⁰

Mientras que, como hemos comprobado en lo analizado hasta ahora, los progresos para el logro de unos requisitos comunes para acceder y permanecer por razones de trabajo en el territorio de la Unión no han sido demasiados, los avances en el reforzamiento del control fronterizo, y los medios empleados para combatir la inmigración irregular sí han sido notorios, así como el nivel de armonización alcanzado.

El objetivo de luchar contra la inmigración *ilegal* ha tenido manifestaciones concretas en la última década. No olvidemos que en 2001 se aprobó la Directiva 2001/40/CE, del Consejo, sobre el reconocimiento mutuo de las decisiones de expulsión de nacionales de terceros países.⁶⁶¹ A partir del final del año 2002, la Unión Europea, en el marco de sus programas de lucha contra la inmigración clandestina, emitió propuestas para la armonización de las legislaciones europeas sobre el alejamiento y la detención de las personas en situación irregular. Un Libro Verde (abril 2002), seguido de una Comunicación de la Comisión y de un plan de acción del Consejo sobre el retorno de los residentes *ilegales* (noviembre 2002) preveían a largo plazo normas vinculantes y medidas operativas comunes. Es sobre este segundo aspecto en el que en primer lugar se concentró la Unión.

⁶⁵⁹ Arts. 1.2 y 8.3 de la Directiva 2011/98/UE.

⁶⁶⁰ En particular, en este ámbito, se pretende articular las vías para garantizar el retorno del inmigrante en situación de irregularidad administrativa a su país de origen o a un país de tránsito.

⁶⁶¹ Al respecto, MARTÍN PUEBLA, cit., p. 25.

El 1 de septiembre del 2005 la Comisión Europea presentó una propuesta de Directiva sobre el retorno de los residentes en situación irregular. El texto presentado por la Comisión tenía por objetivo armonizar a nivel europeo la legislación en cuanto a la retención y la expulsión de las personas en situación irregular. La Directiva fue aprobada por el Parlamento tres años más tarde (junio de 2008) tras largas negociaciones con el Consejo. El 24 de diciembre de 2008 se publicaba en el DOUE. En esta línea, el Parlamento Europeo aprobó el 18 de junio de 2009, una Directiva que establece sanciones penales contra los empresarios que contraten a inmigrantes en situación irregular. Además, se prevén otros castigos como la exclusión de las subvenciones y ayudas públicas, incluidas las de la UE, por un periodo de cinco años. Ambas serán analizadas- si bien someramente, pues la extensión prevista para esta ponencia no permite más detenimiento- a continuación.

El contenido de las mismas es una muestra palpable de que las políticas comunitarias en materia de inmigración han girado, fundamentalmente, en torno a la reducción del número de inmigrantes irregulares, no en torno a crear alternativas legales a la inmigración irregular.⁶⁶²

*a) Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.*⁶⁶³

Existe una estrecha relación entre el volumen de inmigración irregular que recibe un país y el tamaño de su economía informal.⁶⁶⁴ Expresado de otra forma, los empresarios dispuestos a contratar inmigrantes *sin papeles* son uno de los principales factores de atracción de la inmigración irregular. El Parlamento Europeo aprobó la Directiva 2009/52/CE con el fin de prohibir esta práctica. Como aspectos básicos, a modo de esquema, destacamos:

- Las empresas tendrán la responsabilidad de comprobar que las personas de países extracomunitarios que emplean tienen documentos en regla (que deberán conservarlos durante el periodo de empleo) y de comunicar su contratación a las autoridades.
- Las sanciones para quienes contraten a *ilegales* abarcan desde multas, en las que se incluiría el coste de la repatriación del trabajador, hasta la pérdida de subsidios y la imposibilidad de optar a ayudas públicas en un plazo de cinco años.

⁶⁶² Sin embargo, esto no es culpa exclusivamente de la Unión, pues no olvidemos que ésta sólo puede actuar dentro de las competencias que le confieren los Estados Miembros.

⁶⁶³ DO L 168 de 30.6.2009.

⁶⁶⁴ Interesante, aunque centrado en la época anterior a la crisis, el análisis de MARRUECOS HUETE, "Inmigración *ilegal* en la UE: impacto económico sobre aspectos del mercado de trabajo", en AA.VV. (Coord. Sánchez- Rodas) Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea. Ediciones Laborum, 2008, pp. 41 y sigs.

- El empresario tendrá que abonar una suma igual a la cantidad de impuestos y cotizaciones que habría pagado si el trabajador tuviese un contrato legal y estará obligado al pago automático de los salarios atrasados.
- Si el empleador es un subcontratista, el contratista principal y los intermediarios serán considerados responsables, y su implicación será plena en caso de que se demuestre que estaban al corriente de la situación de ilegalidad de la empresa subcontratada.

La Directiva prevé incluso convertir en delito penal la contratación de irregulares si el empresario es reincidente (tres veces en dos años); si contrata a un gran número de personas en situación irregular (más de cuatro); si explota a los inmigrantes; si la persona empleada es víctima de tráfico de seres humanos y su empleador lo sabe; si se trata de un menor

Sin duda, y a pesar de que la Directiva permitirá incrementar las sanciones y controles en Estados en los que éstos son débiles, y de que transmite un mensaje disuasorio, seguirán existiendo sectores del mercado de trabajo difícilmente accesibles para la inspección laboral, como el servicio doméstico, que es además el principal sector de la inmigración irregular en Europa. Por otra parte, los servicios de inspección laboral están infradotados en muchos países, lo que disminuye su capacidad de control.

*b) Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal.*⁶⁶⁵

La Comisión Europea considera que la estancia irregular de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados Miembros debilita la credibilidad de una política europea de inmigración. En este contexto se debe situar la denominada *Directiva de retorno*.⁶⁶⁶ La propuesta inicial por parte de la Comisión Europea data

⁶⁶⁵ DO L 348 de 24.12.2008.

⁶⁶⁶ Muy crítico con su contenido CHUECA SANCHO, La política de inmigración de la UE en el Mediterráneo o el síndrome de las tres "R", en la obra de AA.VV., Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y en la Unión Europea. Huygens, 2009; y en "Aproximación a la política de inmigración de la UE en el mediterráneo". Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2010. El autor se refiere a ella como la *Directiva de la vergüenza, Directiva del internamiento o Directiva de la expulsión*. También en: AGUELO NAVARRO/CHUECA SANCHO, "Directiva de retorno. Directiva de expulsión". Revista de derecho migratorio y extranjería 18/2008. Considera que la Directiva no superará el test de compatibilidad ni con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Consejo de Europa) ni con la Carta de Derechos Fundamentales de la misma Unión Europea. En palabras de CHUECA, ... *estamos ante una Directiva en la cual se olvidan las garantías procesales en numerosas ocasiones.*

de 2005 y se adoptó tras arduas negociaciones entre los Estados, la Comisión, el Consejo y el Parlamento.⁶⁶⁷

La Directiva incluye, entre otras, las siguientes medidas. Veámoslas, a modo de esquema:

- Retorno:
 - Se promueve el concepto *retorno voluntario* de los inmigrantes ilegales. (La persona indocumentada recibe la orden de retorno y deberá abandonar “voluntariamente” el territorio de la unión).
 - Los países pueden elegir el plazo máximo para el *retorno voluntario* en un intervalo de entre 7 y 30 días.
- Retención: Transcurrido el plazo llamado de *retorno voluntario*, las autoridades podrán dictar *orden de internamiento temporal*, traslado a centros de retención donde pueden estar internados un máximo de 6 meses que se pueden ampliar a 12 más (18 meses en total) si el inmigrante o el país de origen no cooperan en la repatriación.
- Prohibición de reingreso
 - Si el inmigrante es expulsado no podrá volver a ningún país de la Unión Europea durante un plazo máximo de 5 años.
 - Las órdenes de retorno voluntario que no se respeten implicarán la prohibición de volver a la UE.
 - Si se produce el retorno voluntario tendría facilidades para el reingreso y el país podría analizar individualmente el caso para levantar la prohibición de re-entrada.
- Repatriación de menores: Los menores, solos o acompañados, también pueden ser repatriados si su familia (o un tutor) o un centro de acogida le recibe en su llegada.⁶⁶⁸

⁶⁶⁷ El Parlamento Europeo aprobó esta norma, en primera lectura y sin enmiendas, con 369 votos a favor, 197 en contra y 106 abstenciones. La Directiva fue recibida con controversia por la opinión pública europea y por los terceros Estados a cuyos nacionales va dirigida, básicamente en África, Latinoamérica y Asia. A lo largo de tres años, el recorrido temporal de la Directiva hasta que fue aprobada en el 2008, la propuesta ha sufrido numerosas modificaciones y enmiendas en negociaciones complejas, por un lado entre los Estados Miembros y, por otro, en las instituciones comunitarias, fundamentalmente en el Parlamento Europeo. Las negociaciones fueron difíciles y, en general, los Estados Miembros eran muy reticentes a definir un marco mínimo común de procedimientos y condiciones para la expulsión, mostrando los diferentes criterios sobre cuestiones tales como los tiempos límites de retención, los mecanismos de expulsión, la asistencia legal a los irregulares, etc.

⁶⁶⁸ Uno de los elementos más criticados desde la perspectiva de los derechos humanos es que aunque la Directiva incorpora el principio de *no devolución*, que impide repatriar a alguien cuya vida o libertad corra peligro en el país al que se le devuelve, admite la expulsión de menores no acompañados si las autoridades han obtenido garantías de que el menor será entregado a un miembro de su familia, a un tutor o a unos servicios de recepción *adecuados* en el Estado de retorno.

- Persecución: Los Estados Miembros no podrán repatriar a nadie cuya vida o libertad puedan estar amenazadas en su país de origen
- Un aspecto relevante de la Directiva es la inclusión de la obligación de proporcionar asistencia legal gratuita a los inmigrantes irregulares sin recursos, aprobada pese a la resistencia de varios Estados.
 - Otro aspecto controvertido es el referido a las situaciones de emergencia, cuando un número excepcionalmente importante de personas que deban ser repatriadas plantee una importante carga para un Estado miembro, dicho Estado podrá decidir en ese caso períodos más largos para el control judicial y rebajar las condiciones de internamiento.⁶⁶⁹
 - Un importante impedimento a las devoluciones ha sido la falta de acuerdos con los países de origen o de tránsito de los inmigrantes irregulares, algo difícil de obtener. Los Estados de origen no están interesados en facilitar el retorno, y los acuerdos son impopulares entre sus poblaciones. Por ello, no es de extrañar que los acuerdos de readmisión firmados por la Comisión Europea hasta ahora no incluyan a los principales emisores de inmigración irregular hacia la UE.⁶⁷⁰

En este orden, debemos referirnos a la *Comunicación sobre la política de retorno de la Unión Europea* (marzo 2014), que responde a la obligación de la Comisión de presentar un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de esta Directiva. En ella se informa sobre los cambios en la política de retorno de la UE en los últimos años, se analiza su impacto y se presentan algunas ideas relativas a su evolución futura. La Comunicación aclara que la política de retorno está estrechamente vinculada a la política de readmisión y reintegración y ambas son parte integral del *Enfoque Global de la Migración y la Movilidad* que, recordemos, es el marco general de la vigente política migratoria de la UE.

También debemos hacer alusión a la *Comunicación sobre la creación de un nuevo Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la agenda*

⁶⁶⁹ Estas prácticas supuestamente excepcionales pueden no serlo tanto si se tiene en cuenta que muchos de los centros de internamiento, sobre todo en los países fronterizos del Sur de Europa –y entre ellos España– ya están al límite de su capacidad de acogida.

⁶⁷⁰ La UE tiene acuerdos de readmisión con Rusia, Ucrania, Moldavia, Georgia, Armenia, Azerbaiyán, Turquía y los países de los Balcanes Occidentales, así como con Hong Kong, Macao, Sri Lanka, Pakistán y Cabo Verde.

En febrero de 2014, el Parlamento concedió su aprobación a la celebración de un acuerdo de readmisión con Turquía, que acabó firmándose el 16 de diciembre de ese mismo año. Este acuerdo fue completado por la firma, el 18 de marzo de 2016, de un nuevo acuerdo entre la Unión y Turquía por el que se establece, en particular, el retorno a Turquía de todos los migrantes irregulares llegados a Grecia a partir del 20 de marzo de 2016, en combinación, en el caso de los ciudadanos sirios, con un acuerdo de reinstalación.

La UE considera prioritario la firma de un acuerdo de readmisión con Marruecos, que sufre actualmente un *impasse* ante la negativa de este último de readmitir en su territorio a otros inmigrantes que no sean sus propios nacionales. En este sentido, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “La dimensión mediterránea del Espacio de libertad, seguridad y justicia. Del proceso de Barcelona a la Unión por el Mediterráneo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 19, 2010, p. 18.

*européa de migración*⁶⁷¹, aprobada en junio de 2016, y cuyo núcleo central son las políticas de control de la migración irregular. Se habla en ella de la necesidad de *poner en marcha una política coherente, creíble y efectiva con respecto al retorno de nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal que respete plenamente los derechos humanos y la dignidad de las personas humanas, así como el principio de no devolución*.⁶⁷² Además, se deja claro que todo nuevo pacto que se formalice entre la UE y un tercer Estado se compondrá especialmente de esfuerzos conjuntos para conseguir que los retornos y la readmisión funcionen, dando prioridad a los proyectos que permitan a los terceros países cumplir sus obligaciones en materia de readmisión de sus nacionales. En la perspectiva laboral, el documento comunitario apuesta por efectuar inversiones en los países de origen de la población migrante, al objeto de evitar que los migrantes irregulares se arriesguen la vida tratando de llegar a los mercados de trabajo europeos.

La política de retorno no puede por sí sola responder de manera eficaz a la gestión de los flujos de migración irregular a la UE sino que debe formar parte de un planteamiento más global y es en este punto dónde se hace hincapié al refuerzo del diálogo y la cooperación con los terceros países de origen y de tránsito, insistiendo en la cooperación en materia de readmisión, retorno y reintegración, como pilares de una política equilibrada y basada en velar por los intereses comunes con los terceros países a través del fomento de las asociaciones de movilidad.

En Septiembre de 2015 se aprobó el Plan de Acción de la UE en materia de retorno.⁶⁷³ Para aumentar la eficacia del sistema del retorno, se aboga por fomentar el retorno voluntario, reforzar la aplicación de las normas de la UE (en particular, de la Directiva 2008/115/CE), mejorar el intercambio de información - Sistema de Información de Schengen (SIS), el Sistema de Información de Visados (VIS) y el Eurodac y reforzar el papel y el mandato de Frontex, entre otras cuestiones.

En el Plan se pone de manifiesto uno de los principales obstáculos para las devoluciones de los inmigrantes irregulares: el alto coste económico de éstas. Heredero del Fondo Europeo para el Retorno (2008-2013), el Fondo de Asilo, Migración e Integración (FAMI) respaldará en los próximos años las actividades de retorno de los Estados miembros, que tienen previsto destinar al retorno más de 800 millones EUR en sus programas nacionales para el período 2014-2020. Finalmente, sin olvidar la celebración de acuerdos de readmisión eficaces y operativos, es necesario conocer, y poner al día, cuáles son las rutas de acceso de la inmigración irregular al territorio comunitario para poder abordar una gestión adecuada y previsible de los flujos migratorios.

Para poner fin a este comentario debemos resaltar lo primero que nos llama la atención: si bien en la gestión de los flujos migratorios sólo intervienen mecanismos

⁶⁷¹ COM (2016) 385 final.

⁶⁷² A este respecto, compartimos la crítica que ROJO TORRECILLA hace en su Blog a la realidad actual de la política UE hacia los refugiados, en la que las reglas del retorno se aplican claramente, poniéndose en entredicho, sin embargo, el respeto a los derechos humanos en la aplicación de las mismas.

⁶⁷³ COM (2015) 453 final.

de acceso articulados por cada Estado miembro de manera específica, atendiendo a sus necesidades, por otro lado, (y de manera sorprendente) se les ofrece a éstos una plataforma normativa común para librarse de los *excedentes*. Ello es muestra palpable de la concepción mercantilista del inmigrante que tiene la política comunitaria, lejana de una visión del fenómeno migratorio en clave de ciudadanía y de respeto a los derechos humanos.⁶⁷⁴

2.1.3.- Políticas de integración

En lo referente a esta temática, no podemos obviar que la integración exitosa de los nacionales de terceros países es una cuestión de interés común para todos los Estados miembros. De este modo, el diseño y puesta en marcha de políticas de integración eficaces se convierte en un pilar indispensable de la política comunitaria migratoria. Tres ideas claves debemos destacar: la primera, el enfoque bidireccional (son el inmigrante y la sociedad de acogida los que deben desempeñar un papel activo en los procesos de integración); la segunda, el enfoque integral y en tercer lugar, el carácter multidimensional, con implicación de todas las administraciones públicas e interlocutores sociales.⁶⁷⁵

Si bien, y remitiéndonos a lo visto, los Estados miembros están sentando las bases, o al menos tiene intención de avanzar en ello, hacia una política de inmigración común⁶⁷⁶, las medidas tangibles en materia de integración son aún escasas. La UE ha puesto en marcha dos acciones principales, adoptando, en primer lugar, un marco legal que garantiza la prohibición de discriminación asegurando el reconocimiento igualitario de los derechos fundamentales de ciudadanos e inmigrantes (como ejemplos, la Directiva 2003/109/CE, sobre estatuto de residente de larga duración y la Directiva 2003/86/CE, sobre reagrupación familiar, a las que dedicaremos un breve comentario); en segundo lugar, las instituciones comunitarias han publicado una serie de comunicaciones relativas a la integración, así como manuales de buenas prácticas para una inserción sociolaboral con éxito.⁶⁷⁷

En junio de 2016, la Comisión presentó el *Plan de Acción para la integración de nacionales de terceros países*⁶⁷⁸. El Plan proporciona un marco político común que debe servir para ayudar a los Estados miembros en la ampliación y la mejora de las políticas de integración nacionales aplicables a los migrantes de terceros países, y describe el apoyo político, operativo y financiero que la Comisión ofrecerá para

⁶⁷⁴ En este sentido, MARTÍNEZ ABASCAL, cit., pp. 100y 101.

⁶⁷⁵ Al respecto, BLÁZQUEZ/BEKER, cit., p. 269.

⁶⁷⁶ Y ello sin perjuicio de las críticas hechas a lo largo del estudio sobre las dimensiones de estos avances, que recaen, sobre todo, en la lucha contra la irregularidad.

⁶⁷⁷ Además, recordemos que la UE presta su apoyo a las políticas de integración de los Estados miembros desde hace varios años. En 2014, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior ratificó los Principios Básicos Comunes para una Política de Integración de los Migrantes en la Unión Europea adoptados en 2004, que establecen un enfoque común de la integración de los nacionales de terceros países en toda la UE. En 2011, la Comisión Europea presentó la Agenda Europea (COM (2011) 455 final de 20.7.2011) para la Integración de los Nacionales de Terceros Países, en la que abogaba por la adopción de un enfoque más sólido y coherente en materia de integración, en las diferentes esferas políticas y niveles de gobierno.

⁶⁷⁸ COM (2016) 377 final.

respaldar sus medidas.⁶⁷⁹ No obstante, otros documentos adoptados antes ya ponían de manifiesto las ventajas económicas, sociales y culturales que la inmigración conlleva para Europa.⁶⁸⁰

El Plan establece una serie de prioridades en ámbitos diversos, apostando por una serie de medidas previstas a la partida y a la llegada de los migrantes, en el terreno de la educación, en el acceso a los bienes y servicios básicos y, por supuesto, en la esfera de la integración laboral y formación profesional, sobre el que nos centramos brevemente.

No podemos obviar que el empleo constituye una pieza clave del proceso de integración. De hecho, encontrar trabajo resulta fundamental para formar parte de la vida social y económica del país de acogida, ya que garantiza el acceso a unas condiciones de vida y vivienda decentes, así como la inclusión económica. Una integración oportuna y plena en el mercado laboral también puede ayudar a satisfacer la creciente demanda de competencias específicas en la UE, así como a reforzar la sostenibilidad de los sistemas de bienestar en el panorama actual de una población y una mano de obra que envejecen. En este sentido, y con el fin de reforzar sus políticas de integración, se insta a los Estados miembros a apoyar la inserción rápida en el mercado laboral de los nacionales de terceros países recién llegados, evaluar, validar y reconocer lo antes posible las competencias y cualificaciones de los nacionales extranjeros, haciendo pleno uso de las herramientas disponibles en la

⁶⁷⁹ Como destacó la Comisión en su Comunicación de 7 de abril de 2016 («Semestre Europeo 2016: Evaluación de los progresos realizados en la aplicación de las reformas estructurales, prevención y corrección de los desequilibrios económicos, y resultados de los exámenes exhaustivos en virtud del Reglamento (UE) n.º 1176/2011» [COM(2016) 95 final/2]), las políticas económicas y sociales de ámbito nacional deberán atender la afluencia reciente de migrantes y refugiados de terceros países, sobre todo para satisfacer sus necesidades inmediatas y facilitar su integración en el mercado laboral y en la sociedad. Para muchos Estados miembros esto supondrá un desafío, pero con las condiciones propicias para una integración rápida y satisfactoria, se trata de una oportunidad, en particular para los Estados miembros que se enfrentan a cambios demográficos. También hay que considerar esta cuestión desde un punto de vista económico, ya que los datos prueban que los nacionales de terceros países realizan una contribución fiscal neta favorable cuando se integran oportunamente, empezando por una rápida integración en la enseñanza y en el mercado laboral.

⁶⁸⁰ Así, como ejemplo, el *Marco Europeo de Integración de Nacionales de terceros países* - Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 1 de septiembre de 2005 [COM (2005) 389 final – no publicada en el Diario Oficial] establecía una serie de principios básicos que debían convertirse en referencia en este proceso integrador. En él se deja claro que **la integración es un proceso bidireccional y dinámico, de ajuste mutuo por parte de todos los inmigrantes y residentes de los países europeos, que implica el respeto de los valores básicos de la UE, y en el que el empleo constituye una parte fundamental del proceso de integración. En la misma línea, la Agenda Europea para la integración de los nacionales de terceros países** COM (2011) 455 final, aboga por la integración mediante la participación, más medidas a nivel local y la implicación de los países de origen (preparando la integración de los migrantes ya antes de la salida; apoyando a los migrantes mientras permanecen en la UE, por ejemplo, mediante el apoyo a través de las embajadas; organizando el retorno temporal o definitivo de los migrantes gracias a la experiencia y los conocimientos adquiridos). En ella se hace especial hincapié en la mejora la participación en el mercado laboral de los migrantes mediante políticas activas del mercado de trabajo.

UE⁶⁸¹, fomentar el espíritu emprendedor mediante el asesoramiento y la formación empresarial individualizados y con la apertura a los nacionales de terceros países de estructuras estándar orientadas a impulsar el emprendimiento.

Dentro de estos buenos propósitos, de los que deberán hacerse eco los Estados miembros para avanzar en una política común de integración, destacamos la eliminación de los obstáculos para garantizar un acceso efectivo de los refugiados, y también de los solicitantes de asilo, al mercado laboral, con el reconocimiento de sus cualificaciones y del derecho a la formación profesional. En este sentido, merece destacar la *Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre los refugiados: inclusión social e integración en el mercado laboral*⁶⁸². Aunque en ella se constata que la posible integración en el mercado laboral no puede abstraerse de la realidad del mercado laboral en el país de acogida y de la situación laboral de precariedad y/o desempleo en que puede encontrarse una parte de su población, hay que abogar por el reconocimiento de la formación y las cualificaciones profesionales de los refugiados que les permitan acceder de forma regular a dicho mercado, así como políticas formativas que permitan su adaptación a las especificidades productivas de cada territorio.⁶⁸³ En definitiva, a través de este documento el Parlamento Europeo llama a la creación de un sistema europeo común de asilo verdaderamente uniforme y de una política de migración legal en la Unión, global y sostenible, que dé respuesta a la demanda de competencias en el mercado laboral y en las que las políticas de inclusión social e integración activa desempeñen un papel fundamental.

Además de este marco general, a continuación nos referiremos a dos instrumentos concretos que constituyen muestras de regulación de derechos para lograr la integración estructural de la inmigración. Van dirigidos a regular las condiciones de estancia de aquellos extracomunitarios que ya han accedido y residen en el territorio de la Unión. A través de los mismos se garantiza la

⁶⁸¹ Véase la iniciativa «Una nueva Agenda de Capacidades para Europa: Trabajar juntos para reforzar el capital humano, la empleabilidad y la competitividad» [COM (2016) 381]. En ella se pretende desarrollar una herramienta para la evaluación de competencias y cualificaciones, a fin de respaldar la identificación oportuna de competencias y cualificaciones de los nacionales de terceros países recién llegados, con especial atención a los refugiados.

⁶⁸² 2015/2321(INI). La resolución distingue, a efectos jurídicos, quienes tienen el estatus de refugiado, aquellas personas solicitantes de asilo, y las que son beneficiarias de protección subsidiaria, y plantea que las políticas de integración que se pongan en marcha deben adaptarse y tener en consideración las necesidades específicas de cada grupo.

⁶⁸³ Muy interesante, el análisis de MIÑARRO YANINI, “Los desafíos de la integración socio-laboral de los nuevos refugiados (y tras la acogida ¿qué?)”. Derecho de las relaciones laborales 6/2016, págs. 565-576. La autora pone de manifiesto que, pese al diverso fundamento de la inmigración económica y el asilo, y en consecuencia el diferente tratamiento legal, estas diferencias han de ser matizadas puesto que, aunque sobre el papel pueden parecer nítidas, en la práctica no lo son tanto y muchas veces es difícil distinguir qué motivación real tiene la persona para migrar. Pone el ejemplo de España que, según expone, realmente ha aceptado muchos más casos de refugiados de los que las cifras revelan, aunque para sortear las trabas de un procedimiento demasiado complejo han entrado a nuestro país como inmigrantes económicos. Por contra, advierte que se han denunciado casos de solicitudes de asilo de ciudadanos que se presentan como sirios pero que se ha constatado que realmente no lo son, pero que tratan de acogerse a las mayores facilidades que algunos países están dando a los refugiados de esta procedencia.

prohibición de discriminación, asegurando el reconocimiento igualitario de los derechos fundamentales de ciudadanos e inmigrantes.

2.2. Apunte a la política reguladora de las condiciones de estancia de nacionales de terceros estados residentes en un Estado miembro. El estatuto del residente de larga duración y la directiva sobre reagrupación familiar.

Haciendo memoria, el Consejo Europeo de Tampere (octubre de 1999), acordó garantizar a los inmigrantes de larga duración derechos similares a los de los ciudadanos de la UE, lo que se tradujo, cuatro años después, en la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración⁶⁸⁴, modificada por Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011⁶⁸⁵ con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional. Dos son sus objetivos primordiales: aproximar las legislaciones y prácticas nacionales sobre la concesión de un estatuto específico al residente de carácter permanente (arts. 4-13) y definir las condiciones con arreglo a las cuales los nacionales de terceros países que sean residentes de larga duración podrán desplazarse a otro Estado miembro de la UE distinto del que les otorgó por vez primera dicho estatuto (arts. 14-23).

La Directiva concede este estatus a los inmigrantes después de cinco años de estancia legal ininterrumpida en cualquier Estado miembro, previa constatación de que disponen de medios de vida suficientes y estables y acceso a un seguro médico. Esta Directiva es el instrumento europeo más importante de integración estructural de la inmigración, esto es, en términos de derechos. Se observa en ella el carácter bidireccional que debe ser el propio de todo proceso integrador; y ello porque si bien nos encontramos ante un estatuto jurídico propio de los nacionales de terceros países con un cierto grado de integración⁶⁸⁶, a cambio podrán disfrutar de un status privilegiado similar –no idéntico– al de los ciudadanos comunitarios, lo que ayudará a su plena integración en el país receptor. En concreto, según el art. 11 de la Directiva 2003/109/CE, los residentes de larga duración gozarán del mismo trato

⁶⁸⁴ DO L 16 de 23.1.2004.

⁶⁸⁵ DO L 132 de 19.5.2011.

⁶⁸⁶ Y decimo sexto porque deben cumplir con los requisitos previamente fijados. En concreto, se exige la residencia legal e ininterrumpida durante cinco años en algún Estado miembro y no ser una carga para el país receptor, lo que supone que el nacional del tercer Estado justifique que dispone para él y para su familia de recursos suficientes, atendiendo al nivel de salarios del país receptor, y de un seguro de enfermedad. Se exige, además, que el candidato no represente una amenaza para el orden público o la seguridad interior. Discrecionalmente, los Estados Miembros podrán requerir el cumplimiento de medidas de integración, tales como el dominio de la lengua, etc.

El estatuto de residente de larga duración puede ser retirado por el Estado Miembro que lo concedió, por los siguientes motivos: ausencia del territorio de la comunidad europea, durante un periodo de doce meses consecutivos (que puede ampliarse por razones específicas o excepcionales); concesión del estatuto de residente de larga duración por otro Estado Miembro; obtención fraudulenta del estatuto de residente de larga duración; adopción de una medida justificada por razón de orden público o de seguridad pública. (Se excluye expresamente la caducidad del permiso de residencia).

que los nacionales en los siguientes ámbitos: acceso al empleo por cuenta propia y ajena (siempre que no implique el ejercicio de un poder público), condiciones de empleo y trabajo, incluyendo el despido y la remuneración; educación, formación profesional, becas de estudio, reconocimiento de diplomas profesionales...; ventajas fiscales, prestaciones sociales; acceso a bienes y servicios; libertad de asociación y afiliación y participación en organizaciones de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización profesional; libre acceso a la totalidad del territorio.⁶⁸⁷

En el Capítulo III de esta Directiva 2003/109/CE se desarrolla el segundo bloque de medidas en relación a la residencia en otros Estados miembros. En concreto, el art. 14 establece que los beneficiarios del estatuto de residente de larga duración adquirirán el derecho a residir, por un período superior a tres meses, en el territorio de otros Estados miembros diferente del que les haya concedido el estatuto de residente de larga duración siempre que el desplazamiento sea por alguno de los siguientes motivos: ejercicio de una actividad económica como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia; realización de estudios o formación profesional; por otros fines. No obstante, pese al reconocimiento de tal posibilidad de residencia en otro Estado miembro, la Directiva no instituye un derecho absoluto de libre disposición a favor de los nacionales de terceros países que cumplan los requisitos fijados. Se establecen una serie de límites y excepciones de tipo tanto material como personal. En concreto, los Estados miembros ante los desplazamientos con fines de ejercer una actividad económica asalariada podrán, antes de otorgar los permisos de residencia preceptivos, estudiar la situación de su mercado de trabajo, así como aplicar sus procedimientos nacionales previstos para cubrir vacantes o para ejercer una determinada actividad.

En el mismo año 2003, y también en cumplimiento de los acuerdos de Tampere, se aprobó la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar destinada a promover la estabilidad social de los inmigrantes. La Directiva es el resultado de un esfuerzo de homogeneización de las diferentes normas sobre reagrupación familiar de los Estados Miembros y declara el derecho del inmigrante a reagrupar a su cónyuge y sus hijos (o los de su cónyuge) menores de 18 años cuando tenga un permiso de residencia por un período de validez superior o igual a un año, y que tenga perspectiva de obtener derecho a la residencia permanente. En ella, sin obviar las críticas de las que es objeto⁶⁸⁸, se parte del principio de que la reagrupación familiar es necesaria para respetar al individuo y su familia y proteger la vida familiar, facilitando la integración de los extranjeros en el país de acogida.⁶⁸⁹

Junto a estas medidas destinadas específicamente a la integración se han producido en el ámbito europeo otras que afectan indirectamente a los inmigrantes

⁶⁸⁷ Los Estados Miembros pueden extender el disfrute de la igualdad de trato a otros ámbitos no específicamente enumerados, como por ejemplo, la participación en la vida política, incluyendo los derechos electorales.

⁶⁸⁸ Las críticas giran fundamentalmente en torno al margen de discrecionalidad de los Estados para denegar u obstaculizar las solicitudes de reagrupamiento- cláusula de orden público o de la seguridad y salud públicas, prueba de que dispone de vivienda adecuada, cumplimiento de medidas de integración...-

⁶⁸⁹ En este sentido, MARTÍN PUEBLA.cit., p. 32.

y su posición en el mercado laboral y en la vida social en conjunto: la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (*Directiva de igualdad racial*) y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*Directiva de igualdad en el empleo*).⁶⁹⁰

Para concluir, no dudamos que el inmigrante económico puede contribuir a hacer frente a los problemas actuales a los que se enfrenta la UE⁶⁹¹, al mismo tiempo que se beneficia del papel que desempeña en la sociedad de acogida. La integración debe enarbolarse como motor de desarrollo económico y de cohesión social, a fin de incrementar la contribución de los migrantes al crecimiento económico y a la riqueza de la Unión. Para un resultado óptimo, los retos de la integración han de afrontarse conjuntamente por los gobiernos nacionales y las autoridades regionales y locales, garantizando al mismo tiempo el diálogo con las partes interesadas. Es también necesario consolidar la cooperación con los países de origen y reforzar el planteamiento de un proceso a tres bandas entre migrantes, sociedades de acogida y países de origen. Sobre las instituciones comunitarias recae el deber de prestar el apoyo necesario a este proceso.

3.- REFLEXIÓN FINAL

Acabemos este análisis de igual manera que lo comenzamos. Volvamos, pues, a hablar del derecho a la libre circulación (pilar o principio base sobre el que se conforman los cimientos de la UE). Si en las etapas de bienestar económico se partía de la libre circulación de trabajadores y se avanzaba hacia la libre circulación de personas, independientemente del motivo de su desplazamiento, la crisis socioeconómica de Europa ha provocado un retroceso en estas concepciones y de nuevo la libre circulación se ciñe casi exclusivamente al desplazamiento por motivos laborales. Somos testigos de una ralentización de la libre circulación de personas y de la propia circulación de trabajadores en el territorio de la Unión, estableciéndose diferencias de trato, incluso, entre los ciudadanos de la Unión o los que sin serlo se convierten en beneficiarios de este derecho. Los nacionales de terceros estados se ven directamente afectados por esta realidad; y ello porque si bien, salvo excepciones, no se les reconoce el derecho a circular y residir libremente

⁶⁹⁰ Véase, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico («Directiva de igualdad racial») y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación («Directiva de igualdad en el empleo»). COM/2014/02 final.

⁶⁹¹ El envejecimiento de la población, el aumento de la esperanza de vida y la disminución de la población en edad de trabajar son cuestiones claves.

en el territorio de la Unión, la filosofía impulsada desde Schengen va perdiendo fuerza, lo que acarreará consecuencias evidentes, y poco deseables, para ellos.

La política de inmigración es hoy día un importante problema- político, económico y social- para la Unión Europea. Nos preguntamos si la política comunitaria responde efectivamente a las necesidades y expectativas del actual contexto socioeconómico.⁶⁹² El impacto directo de la crisis ha cambiado los perfiles de inmigración en la Unión Europea: el nivel neto de migración ha descendido en países donde han predominado las migraciones laborales (es el caso de Reino Unido o España). Se advierte, también, mayores índices de *ilegalidad* y, por ende, mayor trabajo en la economía sumergida entre la población inmigrante, no tanto por la llegada de nuevos inmigrantes en situación de irregularidad administrativa, sino porque aquellos que con permiso temporal de residencia, ante la ausencia de trabajo, no han podido renovarlo y han optado por permanecer en el territorio de la Unión. Además, como consecuencia de la destrucción de puestos de trabajo en sectores dominados por mano de obra masculina, y por contra, la persistencia de la demanda en sectores predominantemente femeninos (cuidado de personas dependientes, servicios domésticos...), se observa el efecto en la composición de género de la mano de obra inmigrante en general. Ante este panorama, y a pesar de que desde las instituciones comunitarias se lanza el mensaje de que la puesta en marcha de estrategias a nivel comunitario constituye un aspecto clave para la implementación y puesta en marcha de una política común para la gestión de los flujos migratorios laborales, no nos sorprende la complejidad que reviste la actuación armonizada y los escasos resultados obtenidos, como hemos comprobado a lo largo de este análisis.

Las acciones comunitarias llevadas a cabo en años se han planteado fundamentalmente en el área de libertad, seguridad y justicia más que en el de la libre circulación de personas y se han centrado en limitar la entrada en el territorio de la Unión a extracomunitarios con exclusivos fines laborales, y siempre atendiendo a las necesidades reales del mercado de trabajo del país de acogida.

Para muchos, la política de migración debe ser responsabilidad de cada uno de los Estados. Desde la Unión se ha impuesto a cada Estado miembro una función de *custodio* de las fronteras de la UE frente a la inmigración. Pero, paradójicamente, la política comunitaria tiene un doble propósito y, junto con este encargo, se pretende que sean los países de acogida los que procuren la integración de estos trabajadores de terceros países legalmente instalados en su territorio. Difícil equilibrio éste: lucha decidida contra la inmigración *ilegal* y voluntad de integrar mejor a los trabajadores extra-UE legalmente establecidos.

Naturalmente, desde las instituciones comunitarias se deben planear directrices comunes para la gestión de las políticas migratorias basadas en la solidaridad, la

⁶⁹²Al respecto, muy interesante, los comentarios de BLÁZQUEZ/BAKER, Inmigración, desarrollo económico y crisis: venturas y desventuras de la UE en busca de una política común. Revista de derecho migratorio y extranjería 35/ 2014, pp. 252-256.

responsabilidad compartida de los Estados y el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales de los migrantes, prestando además especial atención a la cooperación de los terceros países afectados. No podemos hacer oídos sordos a la crisis migratoria que vive Europa. Estamos ante una situación humanitaria crítica (la mayor crisis migratoria y humanitaria en Europa, después de la Segunda Guerra Mundial), agudizada en 2015 por el incremento del flujo descontrolado de refugiados, solicitantes de asilo emigrantes económicos y otros migrantes en condición de vulnerabilidad. El 7 de junio de 2016 la Comisión presentó el documento que lleva por título *An economic take of the refugee crisis*, en dónde se destaca la contribución positiva que puede significar la integración regular y ordenada de la población refugiada en los mercados nacionales de trabajo de los Estados de la UE a medio y largo plazo. Sin duda, esta integración sólo será posible si se mejoran los canales de migración segura legal y se pone efectivamente en práctica una política basada en la solidaridad y en el reparto efectivo de la responsabilidad entre los Estados miembros. En este sentido, el Parlamento Europeo aboga por un sistema europeo común de asilo verdaderamente uniforme y de una política de migración legal en la Unión, global y sostenible, que dé respuesta a la demanda de competencias en el mercado laboral y en las que las políticas de inclusión social e integración activa desempeñen un papel fundamental.

El modelo de inmigración laboral que construye Europa nos pone en evidencia que el inmigrante es considerado funcionalmente como única y exclusivamente sujeto-portador de fuerza de trabajo, o sea, como herramienta sostenedora del malogrado Estado del bienestar, como mano de obra de ida y vuelta, alejado irremediable -y lamentablemente- del estatus de ciudadanía plena. La política migratoria debe perseguir el reconocimiento de los derechos cívicos y sociales de los nacionales de terceros países, y no sólo los derechos vinculados al trabajo. El disfrute de los mismos es indispensable para una efectiva integración y cohesión económica y social y se convierte, además, en condición para el efectivo goce de los demás derechos y libertades.

Concluamos reproduciendo una interesante reflexión del profesor RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER que plasma las que, a nuestro entender, deben ser prioridades de una política migratoria comunitaria eficaz y coherente con los tiempos que no ha tocado vivir: ésta... *no debe olvidar la problemática específica de los migrantes, la tutela de sus derechos y las políticas de integración social y laboral, lo cual es un desafío para las instituciones europeas y los Estados miembros, que requiere un enfoque centrado en los derechos humanos, para asegurar una ciudadanía social del migrante, y asegurarle un trabajo y una vida digna en el país de acogida.*

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., Manual de Derecho Social de la Unión Europea (Dir. Navarro Nieto/ Rodríguez-Piñero Royo/ Gómez Muñoz). *Tecnos*. Madrid, 2010
- AGUELO NAVARRO/CHUECA SANCHO, “Directiva de retorno. Directiva de expulsión”. *Revista de derecho migratorio y extranjería* 18/2008
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.:
 - “El Estatuto jurídico de los ciudadanos de la Unión Europea y de la Asociación de libre cambio” en la *AA.VV. Nacionalidad y Extranjería*, Parra Rodríguez (Coord.). Barcelona. Huyguens, 2016, pp. 221-245
 - “Admisión de nacionales de terceros países para actividades de temporada y en el marco de un traslado intraempresarial: luces y sombras de la política de migración legal europea”. *Revista General de Derecho Europeo*, 34/2014
 - La dimensión mediterránea del Espacio de libertad, seguridad y justicia. Del proceso de Barcelona a la Unión por el Mediterráneo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 19/ 2010, pp. 1-26
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I./BAKER, E: Inmigración y desarrollo económico y crisis: venturas y desventuras de la UE en busca de una política común. *Revista de derecho migratorio y extranjería* 35/ 2014, pp. 251-273
- CABEZA PEREIRO, J.: La libre circulación en la Unión Europea. Entre movilidad económica y ciudadanía. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 122/2016, pp.19 a 39
- CAMAS RODA, F.: La política de inmigración en la Unión Europea, en AA.VV. Los grandes debates actuales en el Derecho del Trabajo y la protección social (Estudios en recuerdo del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel). *CARL*, 2016
- CASAS MINGUEZ, F. “Política de inmigración en la Unión Europea”. III Congreso de la Red Española de Política Social (REPS). UPNA, 2011
- CHUECA SANCHO, A.
 - La política de inmigración de la UE en el Mediterráneo o el síndrome de las tres “R”, en la obra de AA.VV., *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y en la Unión Europea*. Huygens, 2009
 - “Aproximación a la política de inmigración de la UE en el mediterráneo”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2010
- CRUZ VILLALÓN, J.: “La política comunitaria de inmigración”, en *AA.VV. Inmigración y movilidad de los trabajadores*. La Ley. Madrid, 2010
- FAJARDO CASTILLO, T.: “La Directiva sobre el retorno de inmigrantes irregulares” *Revista de Derecho comunitario europeo*, 33/2009

- FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: “Trabajadores nacionales de terceros Estados: el acceso al mercado de trabajo europeo”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 122/2016, pp. 59 a 74
- FERNÁNDEZ PROL, F.: “Desplazamientos temporales de trabajadores: orientaciones actuales. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 122/2016, pp. 41 a 57
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: el régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración. *Reus*. Madrid, 201, pp. 22-36
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “La libre circulación de trabajadores”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 122/2016, pp. 167 a 182
- MARTÍN PUEBLA, E. Hacia una política común de inmigración laboral en la Unión Europea. *Comares*. Granada, 2015
- MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: Modelos de inmigración laboral: Unión Europea y España. *Publicaciones URV*. Tarragona, 2015
- MIÑARRO YANINI, M.: Los desafíos de la integración socio-laboral de los nuevos refugiados (y tras la acogida ¿qué?) *Derecho de las relaciones laborales*, 6/2016, 2016, pp. 565-576
- NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: “Del derecho de libre circulación de trabajadores al Brexit: ¿un viaje de ida y vuelta? Documentación laboral, 107/2016, pp. 127-151
- PÉREZ CAMPOS. A.I.: “El retorno de los inmigrantes en la Unión Europea. Estado de la cuestión y propuestas de reforma”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 105/2013
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea” en AA.VV. *Inmigración y movilidad de los trabajadores*. La Ley. Madrid, 2010
- ROJO TORRECILLA, E.: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>
 - “La Directiva UE sobre documento único de autorización de residencia y trabajo para nacionales de terceros Estados, e igualdad de condiciones laborales”
 - “Nota sobre la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair. Texto comparado con las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE”

- UE. Inmigración. La búsqueda del talento extranjero. Sobre la Propuesta de Directiva de sustitución de la Directiva “blue card” (referencia de sus contenidos más relevantes)
- “Migrantes y refugiados desde la perspectiva laboral. Estudio de recientes documentos internacionales”
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Efectos jurídicos de la contratación de inmigrantes ilegales: una aproximación desde el Derecho Comparado”, en AA.VV Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea. Ediciones Laborum, 2008, pp. 9 y sigs.
- VELASCO RETAMOSA, J.M. “Libre circulación de personas en la Unión Europea: los nacionales de terceros estados como beneficiarios de esta libertad”, Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) n° 22: 51-85, enero- junio de 2013

LA ORDENACIÓN COMUNITARIA DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS: ENTRE LA SELECCIÓN DE MANO DE OBRA Y LA PROTECCIÓN DEL MERCADO LABORAL

**(Premio Segundo Accésit Comunicación
Comunicación)**

Luis Ángel Triguero Martínez
Profesor Acreditado Contratado Doctor
Universidad de Granada

Sumario

1. Visión de conjunto actual sobre los flujos migratorios de nacionales de terceros estados hacia la Unión Europea.
2. Política jurídica de selección de mano de obra extranjera.
3. La protección del mercado de trabajo ante asilados y refugiados.
4. Breve reflexión conclusiva

1. Visión de conjunto actual sobre los flujos migratorios de nacionales de terceros Estados hacia la Unión Europea

La Unión Europea tiene, aproximadamente desde 2015, una elevadísima presión migratoria por medio de la llegada de personas migrantes nacionales de terceros Estados. Ésta, a diferencia de años anteriores, a priori, no lo es principalmente por estrictos motivos económico-laborales, sino más bien por motivos políticos⁶⁹³. Es la que doctrinalmente se ha defendido e identificado como falsa o forzada inmigración⁶⁹⁴. Pero que también tiene, implícitamente, connotaciones laborales.

Ahora bien, esta sutil diferencia motivacional hace que las personas protagonistas de los flujos, en esencia, sean solicitantes de asilo que pretenden alcanzar la condición de refugiado en cualquiera de los Estados miembro. El concepto de asilo se reduce así al de refugio: la protección territorial que ha de dispensar un Estado miembro a personas nacionales de un tercer Estado perseguidas por los motivos establecidos en el artículo 1. A. 2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951⁶⁹⁵, no queriendo o no pudiendo regresar a él⁶⁹⁶. Es decir, que las mismas huyan, en aras de su propia supervivencia, a través de cualquier medio -incluso poniendo en riesgo sus vidas y/o entregándose a mafias que trafican con las mismas- de una situación política, económica, social y cultural muy complicada en sus países de origen que ponen en riesgo tanto sus propias vidas como la de los integrantes de sus familias.

Desde la perspectiva laboral, a esta otra inmigración, en el seno de la Unión Europea, no se le ha venido prestando la atención debida en la construcción jurídica de la política migratoria en el presente siglo. Se ha venido considerando residual o, cuanto menos, no tan relevante como la económica-laboral y que, por tanto, no generaba tantos problemas sobre los mercados de trabajo nacionales. Ha habido dos velocidades para cada una de ellas. Velocidades que han provocado, desde el fin último de la persecución del control de flujos, políticas diferentes para unos mismos protagonistas, personas que migran. Sobre todo, cuando estas personas que, en última instancia, son consideradas inmigrantes en territorio de la Unión Europea, de una u otra forma y sea por el motivo que sea, necesitan integrarse en la sociedad a la que llegan. Y, en este proceso de integración, el desarrollar una

⁶⁹³ Las cifras de ACNUR manifiestan que más de cincuenta millones de personas han pedido asilo en otro país o han tenido que desplazarse dentro del propio país a causa de conflictos bélicos, tal y como se recoge en el Informe Anual 2015 sobre el Racismo en el Estado español, AA. VV.: *Informe Anual 2015 sobre el Racismo en el Estado español*, MAZKIARAN, M. y AIERBE, P. M. (coord.), SOS Racismo, Madrid, 2015, *passim*.

⁶⁹⁴ Denominación propuesta por DE LUCAS, J.: "Política de inmigración: 30 propuestas", *Revista Claves de Razón Práctica*, núm. 121, 2002, p. 32

⁶⁹⁵ Es decir: *fundados temores de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas*.

⁶⁹⁶ Desde esta perspectiva, LÓPEZ ALMANSA BEAUS, E.: "El sistema Europeo Común de Asilo a examen", en *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, AA. VV., REIG FABADO, I. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 42-44.

actividad laboral que les permita un desarrollo vital digno, aparece también como nuclear.

Al respecto, no se ha de obviar que la llegada de estas personas genera un impacto directo sobre todos y cada uno de los mercados laborales de los Estados miembro de la Unión Europea. Sin embargo, esta cuestión tan nuclear no se contempla de manera primordial en la política jurídica reguladora del asilo y refugio en el marco de la general migratoria.

Esta circunstancia deriva en un problema práctico de gran trascendencia para la efectividad de la actuación comunitaria: se hace muy difícil deslindar, en la acción jurídica y política comunitaria en relación al mercado laboral, el tratamiento dispensado a la persona migrante, bien sea por motivos políticos o económico-laborales⁶⁹⁷. No es tan fácil ni posible diferenciar normas con proyección laboral cuyo ámbito subjetivo de aplicación sea para asilados y refugiados y diferente para personas inmigrantes económico-laborales⁶⁹⁸. O que excluyan a unos u otros.

Asimismo, tampoco, a priori, es posible ni aconsejable establecer diferencias de tratamiento entre colectivos de personas migrantes que vengán a provocar, en última instancia, diferencias de trato y discriminaciones, tanto explícitas como implícitas⁶⁹⁹. Sobre todo cuando a nivel internacional, en materia de empleo remunerado, trabajo por cuenta propia y profesionales liberales, la apuntada Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, claramente establece que todo Estado ha de conceder a los refugiados que se encuentren legalmente en su territorio el trato más favorable posible, pero, en ningún caso, menos favorable que el otorgado a los nacionales de países extranjeros residentes legalmente, ex artículos 17, 18 y 19 de la misma.

Este hecho hace que no se pueda dejar de considerar a los solicitantes de asilo y refugiados como personas que, tras el reconocimiento de su condición, también han de incluirse en el mercado de trabajo de los Estados miembro. Sobre todo porque, en esencia, el derecho de asilo conlleva y supone implícitamente una eficaz

⁶⁹⁷ En este sentido, ORTEGA JIMÉNEZ, A.: “¿Qué diferencias existen entre refugiados e inmigrantes?”, en *Migración y asilo: nuevos retos y oportunidades para Europa*, AA. VV., PAREJO GÁMIR, J. A., SÁNCHEZ ALONSO, B. y BECERRIL ATIENZA, B. (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 115 y ss.

⁶⁹⁸ Muestra ilustrativa de esta circunstancia es la Decisión (UE) 2016/551 del Consejo por la que se establece la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión en el Comité Mixto de Readmisión ante una Decisión del Comité Mixto de Readmisión relativa a las normas de desarrollo a efectos de la aplicación, a partir del 1 de junio de 2016, de los artículos 4 y 6 del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Turquía sobre readmisión de residentes ilegales. Representa esta decisión la materialización del acuerdo entre la Unión Europea y Turquía, ya firmado el 16 de diciembre de 2013 y ya aprobado por el Consejo de la Unión Europea en la decisión de 14 de abril de 2014. Este último tiene su ámbito subjetivo: readmisión de personas residentes en situación administrativa irregular que se hallen en la propia Turquía o en alguno de los Estados miembros. Sin embargo, la primera, extiende su aplicación al caso de las personas integrantes de desplazamientos masivos en búsqueda de asilo y refugio en territorio de la Unión.

⁶⁹⁹ Doctrinalmente, se establece, al respecto, que, llegado el caso de implementar una política verdaderamente solidaria e inclusiva en materia de asilo, se plantea el dilema de si seguir aplicando una política indiferenciada o políticas y programas específicos diferenciados desde una justicia distributiva, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “¿Qué políticas de integración socio-laboral para refugiados? La crisis de solidaridad en Europa”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 397, 2016, p. 5.

protección territorial dispensada por el propio Estado en el que se solicita. Y ésta se materializa a través del otorgamiento de los pertinentes visados de entrada y autorizaciones administrativas de residencia y trabajo⁷⁰⁰ posibilitantes del acceso a los mercados laborales en igualdad de oportunidades y con unas condiciones de trabajo equitativas. A lo que hay que añadir la vigencia del principio de no devolución o *non refoulement* para aquellos que alcancen la condición de refugiado.

Muestra paradigmática de ello es que, ante la situación de los mercados de trabajo de los Estados miembro y en aras de su protección, las políticas jurídicas de control de flujos migratorios -principalmente económico-laborales- que se llevan a cabo por la Unión Europea están implicando, automáticamente, que se dificulte la aceptación de las solicitudes de asilo por parte de los Estados que forman parte de la misma. De forma automática se está generando una mayor dificultad en la materialización del derecho de asilo y en el acceso a la condición de refugiado dentro del territorio de la Unión⁷⁰¹ en el marco de la ordenación comunitaria de los flujos migratorios.

En consecuencia, este derecho internacional de asilo y de refugio puede estar generando implícitamente una migratización⁷⁰² o estricta consideración de inmigración económico-laboral para las personas que se desplazan por los motivos anteriormente apuntados. Es así porque se considera que, en última instancia, son personas que, igualmente, teniendo como origen terceros Estados con un escaso nivel de desarrollo socioeconómico con circunstancias políticas complejas en las que las condiciones de vida dignas son difíciles, deciden emigrar y desplazarse para conseguir y alcanzar un desarrollo vital adecuado y mejor que el de sus países de origen⁷⁰³. Y, en ello es clave y trascendental su inclusión en el mercado laboral y acceder a un puesto de trabajo. Por más que la finalidad de la emigración y del ser inmigrante y del solicitante de asilo y ser refugiado sean diferentes: la primera, vivir mejor, la segunda, sobrevivir⁷⁰⁴.

⁷⁰⁰ En este sentido, FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.: *Asilo y refugio en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2007, p. 5.

⁷⁰¹ En esta dirección, DURÁ TOHUS, J.: “Perspectiva global del asilo y refugio en España”, en *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, AA. VV., REIG FABADO, I. (dir.), cit., p. 93. Desde su consideración como resultado de la fuerte tensión existente entre transnacionalización económica y control de fronteras de las personas migrantes, MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de seguridad social de los trabajadores migrantes. Inmigración laboral y refugiados”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 41, 2016, pp. 236 y ss.

⁷⁰² Expresamente, CELIS SÁNCHEZ, R. y AIERDI URRAZA, X.: *¿Migración o desplazamiento forzado? Las causas de los movimientos de población a debate*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 81, Universidad de Deusto, Bilbao, 2015, p. 56.

⁷⁰³ Desde la perspectiva de la inmigración económico-laboral como una nueva cuestión social, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012, pp. 111 y ss. Aludiendo a la multicausalidad del fenómeno migratorio desde su comprensión como movimientos mixtos, AGUELO NAVARRO, P.: “Refugiados, desplazados, migrantes. El complejo fenómeno de las migraciones internacionales, su relación con la protección internacional y los movimientos mixtos”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 41, 2016, pp. 175-179.

⁷⁰⁴ En este sentido, MANGAS, A.: “Protección internacional y europea ante afluencias masivas de refugiados”, *Revista Economía Exterior*; núm. 75, 2015-2016, p. 43.

En cualquier caso, ante esta coyuntura sí se ha de dejar constancia de que lo que se ha de exigir es un carácter humanitario, responsable y solidario en la política jurídica de ordenación de flujos que de un modo efectivo se aplique, tanto presente como futura⁷⁰⁵. Y ésta, ante todo y sobre todo, genera que se ponga a prueba el cumplimiento real de los derechos humanos fundamentales de las personas. Sólo de esta forma se está en condiciones apriorísticas para proteger a personas que forman, en sí mismos, colectivos vulnerables necesitados de protección estatal ante su solicitud de asilo y condición de refugiado. O ante su condición de inmigrante económico laboral. Se ponen en sendos lados de la balanza los aspectos económicos y socioprotectores de los derechos humanos. Se hace necesario, más que nunca, un equilibrio racional.

2.-Política jurídica de selección de mano de obra extranjera

Pese a la coyuntura actual descrita, en el marco de la ordenación de flujos migratorios de la Unión, para la inmigración extranjera económico laboral *stricto sensu*, viene estando vigente una política jurídica restrictiva y selectiva de mano de obra extranjera derivada de la necesidad imperante de conectar la ordenación de aquéllos a las necesidades de todos y cada uno de los mercados de trabajo de los Estados miembro. De ello deja constancia todo el derecho social comunitario y la política jurídica resultante de su implementación⁷⁰⁶.

Un ejemplo claramente representativo de esta circunstancia es España. El artículo 2 bis. 2 b) de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, *fija la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional de empleo*. Esta última, en esencia, constituye un principio preferencial del trabajador nacional y comunitario sobre el inmigrante extranjero que viene de fuera, pues para que este acceda a un puesto de trabajo, primeramente se tiene que comprobar y corroborar por los Servicios Públicos de Empleo correspondientes que no existe en el mercado de trabajo ningún nacional, ni comunitario, ni extranjero en situación administrativa regular, que se ajuste al perfil deseado y solicitado para el desarrollo de la actividad laboral. En vez de una libre concurrencia de personas de igual condición –trabajadoras- ante una oferta para un puesto de trabajo a cubrir, se considera al inmigrante extranjero como segunda opción, con fundamento en un condicionante adicional –el ser nacional de un tercer Estado-. Se condiciona

⁷⁰⁵ En esta tendencia, DE LUCAS, J.: *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *passim*.

⁷⁰⁶ Sistemática e ilustrativamente, FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: “Trabajadores nacionales de terceros Estados: el acceso al mercado de trabajo europeo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 112, 2016, pp. 60-72.

y sujeta a la lógica del mercado, el material derecho humano a inmigrar, a ser inmigrante⁷⁰⁷.

Obviamente, para que este principio adquiera mayor relevancia con la inmigración necesaria, deben de funcionar con la mayor eficacia de las posibles el conjunto de mecanismos articulados para el acceso al mercado de trabajo, tratando sobre todo de que los mismos se aproximen al máximo a la realidad social actual de la inmigración. Tanto la gestión colectiva de las contrataciones en origen, como diferentes catálogos de ocupaciones de difícil cobertura publicados a lo largo del año, han de responder certera, acertada y verdaderamente a las necesidades del mercado de trabajo nacional, atendiendo a especificidades concretas según Comunidades Autónomas.

Ante este escenario y la lógica económica imperante de considerar al inmigrante extranjero como un bien más con el que se puede jugar en función de si se necesita o no, la difícil situación económica que se viene viviendo desde los últimos compases de la pasada década del presente siglo a nivel mundial –general- y europeo –particularmente-, hacen que las políticas jurídicas desarrolladas tiendan claramente no sólo a una restricción de la llegada de mano de obra extranjera, sino también a su selección. Se pretende con ello drenar los mercados de trabajo nacionales dirigiendo selectivamente la inmigración para atender de una forma flexible las necesidades de los mercados de trabajo⁷⁰⁸.

Un ejemplo evidente de esta tendencia viene representado, de nuevo, por España. Restrictivamente, de un lado, coyunturalmente ha restringido drástica y cuantitativamente las necesidades del mercado de trabajo nacional respecto a la inmigración extranjera, tal y como queda manifestado en el escaso número de ocupaciones ofertadas progresivamente en la gestión colectiva de contrataciones en origen hasta el año 2011 y la posterior gestión colectiva de contrataciones en origen cero desde 2012 hasta la actualidad, como en los sucesivos catálogos de ocupaciones de difícil cobertura de esos mismos años; y, de otro lado, mercantilizando a las propias personas inmigrantes extranjeras impulsando el retorno a sus países de origen, tanto a través de la capitalización de la prestación por desempleo –programa totalmente coyuntural aprobado en plena crisis económica-, como mediante los demás programas existentes al respecto sustentados en ayudas estatales o por parte de Organizaciones No Gubernamentales –programa de retorno voluntario para

⁷⁰⁷ Doctrinalmente se defiende que este derecho material es un derecho de libertad y de prestación, pues implica el deber de la sociedad de destino de crear las condiciones de acogida decente, MOLINA NAVARRETE, C.: “La regulación del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras: clave de gestión de la diversidad cultural en el trabajo”, en *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía: balance y perspectivas de futuro*, MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Litteralia, Jaén, 2009, p. 48.

⁷⁰⁸ De forma clara, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El régimen de la autorización de trabajo por cuenta ajena tras la Ley Orgánica 2/2009. Hacia un infra-estatuto de ciudadanía social para el trabajador inmigrante”, en *Inmigración, mujeres y menores*, AA. VV., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.), Laborum, Murcia, 2010, pp. 97-99

inmigrantes en situación de vulnerabilidad social; asistido con reintegración; y para inmigrantes acogidos al programa de abono anticipado de prestación a extranjeros-.

Selectivamente, ante la apuesta por un nuevo modelo productivo en el que predomine la innovación y el conocimiento, transponiendo la Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a la entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, en la última reforma de conjunto de la Ley Orgánica 4/2000 se ha introducido el artículo 38 *ter*, titulado *residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados*, que ha sido desarrollado específicamente en el capítulo V –artículos 85 a 96- del título IV, sobre residencia temporal, del Real Decreto 557/2011. El mismo establece, para estas personas, mecanismos de entrada, permanencia y salida más flexibles y garantistas que los fijados de un modo general y clásicos ya, atendiendo a la consideración de éstos como trabajadores extranjeros autorizados a desempeñar una actividad laboral para la que se requiere contar con cualificación de enseñanza superior o, excepcionalmente, acreditar un mínimo de cinco años de experiencia profesional susceptible de considerarse equiparable a dicha cualificación. Por tanto, frente y junto a la restricción de la inmigración clásica de años anteriores a la crisis y a día de hoy, se añade e impulsa la nueva tendencia y orientación selectiva en la entrada, permanencia y salida de estas personas extranjeras –también inmigrantes- pero cualificadas⁷⁰⁹.

Una tendencia que ha dado un paso más en fechas recientes auspiciada por el impulso que, tanto a nivel europeo como nacional por los diferentes Estados miembro, se está dando al emprendimiento como medida para el autoempleo y para la contribución al desarrollo económico-social. Desde el mismo, en el marco de la movilidad internacional, queda redefinida la entrada y permanencia de extranjeros sobre la base del interés económico para los Estados. Se facilitan aquéllas especialmente para inversores, emprendedores –en esencia, trabajadores por cuenta propia-, profesionales altamente cualificados, investigadores y trabajadores que ejerzan su movilidad dentro una empresa o grupo de empresas. Y, a tal fin se regulan un régimen de visados, autorizaciones de trabajo y permisos de residencia muchísimo más laxo y no tanto sujeto a las necesidades de los mercados laborales. La justificación: son personas que poseen una cantidad de dinero relevante para poner en marcha actividades profesionales generadoras de riqueza y de empleo; para realizar grandes inversiones y tratar de dinamizar así el consumo; o para trabajar en sectores de actividad con un impacto inmediato y grande en la economía, como la ciencia, la innovación tecnológica o trabajos altamente cualificados –en cierta medida, éstos últimos relacionados estrechamente con los anteriores-. En esencia, se está ante extranjeros -¿inmigrantes?- que llegan con dinero para desarrollar su actividad profesional o que se emplean en sectores estratégicos de la economía. Cuestiones justificadoras de diferencias que no producen otra cosa que reafirmar

⁷⁰⁹ Considerando que en la misma está latente una contradicción entre la necesidad de atraer a la inmigración altamente cualificada y el deseo de preservar los intereses del mercado de trabajo nacional, USHAKOVA, T.: “Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 22, 2011, p. 109.

la ordenación selectiva de los flujos migratorios, especialmente, de los de mano de obra. Muestra paradigmática en España de esta política jurídica es la regulación de lo explicitado en la Ley 14/2013, de apoyo al emprendedor.

De esta forma, la regulación jurídico-legal que acometan los Estados miembro sobre la ordenación de los flujos migratorios de nacionales de terceros Estados -por motivos en económico-laborales- en relación al mercado de trabajo y de acceso al mismo -en conexión con todo el derecho social comunitario-, debería de valorarse y enjuiciarse o bien desde el nuevo derecho antidiscriminatorio o bien se debería cambiar la concepción económico-laboral de la inmigración de escasa cualificación presente en la sociedad. En esta dirección, ante el carácter global y permanente de las migraciones -independientemente a que varíen la cantidad de los flujos de este carácter en determinados momentos coyunturales-, así como económico-laboral, claramente se ha de apostar por la cualificación y formación de las personas inmigrantes extranjeras, a fin de que el trabajo sea digno, estable y de calidad -trabajo decente, en términos de la Organización Internacional del Trabajo-⁷¹⁰. Es clave en ello las intenciones político-jurídicas de promocionar el acceso al empleo mediante la adecuación de las competencias de la población extranjera inmigrante trabajadora a las demandas y oportunidades del mercado laboral a través: de una parte, de políticas activas de empleo específicas y, de otra parte, con una mejora en la gestión en los procedimientos relacionados directamente con las autorizaciones administrativas. Se dotaría así del necesario sentido social y humanitario a las migraciones y no simplemente de control social en torno no ya solo a las autorizaciones administrativas, sino también a las necesidades económicas de los países y de sus mercados de trabajo.

Si esto no es así, acontece una brecha social en el seno de los movimientos migratorios entre la inmigración económico-laboral sin cualificación o con ésta más baja -clásica y consolidada hasta ahora-, con condiciones un tanto precarias y empleada en segmentos laborales peores del mercado de trabajo, y otra inmigración específicamente cualificada y reconocida como tal con condiciones más beneficiosas en su entrada, residencia y estatuto jurídico-social de derechos.

Pero es que a su vez, el sentido y alcance de estos planteamientos político-jurídicos y su carácter en relación al acceso al empleo, están manifestando una contradicción relevante entre, de una parte, el derecho social al trabajo reconocido universalmente y configurado jurídico-legalmente y, de otra parte, el acceso al empleo -en cuanto manifestación efectiva del anterior- de la inmigración extranjera, pues éste último produce resultados sobre el plano concreto de la economía nacional. A tal fin, para salvaguardarla, se utilizan barreras administrativas -controladas estatalmente- a superar con la intención clara y expresa de ordenar la inmigración, sometiéndola a la legalidad en forma de autorizaciones administrativas y las necesidades estrictas del mercado de trabajo. Esta situación es fruto de que el trabajo ha dejado de ser concebido, como en épocas anteriores, como un factor

⁷¹⁰ Insistiendo en esta necesidad, RUIZ MORENO, A. G., "El derecho humano al trabajo de los migrantes", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 22, 2016, pp. 14-15.

de producción más, junto a la tierra y el capital, para pasar a estar configurado como un elemento de riqueza. Hecho que en muchas ocasiones se concreta en un discurso xenófobo por parte de personas trabajadoras nacionales –normalmente con dificultades para su inserción sociolaboral- articulado sobre la idea de que los trabajadores extranjeros inmigrantes reducen los puestos de trabajo para los nacionales⁷¹¹. Cuando realmente, a lo mejor, lo que generan es mayor competitividad y desarrollo, por más que éstos estén ocupando trabajos poco cualificados que, en muchos casos, no suelen ni ser demandados ni ocupados por los nacionales, originando así nichos laborales.

3. La protección del mercado de trabajo ante asilados y refugiados

Por lo que respecta a los flujos migratorios de nacionales de terceros Estados asentados en motivos más estrictamente políticos, tanto desde la consideración clave para la política de asilo de la Unión Europea como para la promoción y garantía del sentido y alcance del artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, son cinco las principales normas jurídicas de la Unión las que acometen la regulación del acceso al mercado laboral y sus condiciones para los asilados y refugiados. En este sentido: la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros; la Directiva 2013/33/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido); la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida; en sentido excluyente, la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; y la Directiva 2011/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (texto refundido)⁷¹².

Teniendo presente que las mismas datan de fechas de comienzos del presente siglo, algunas de éstas fueron revisadas en el año 2013. Y, en el mismo sentido, se ha de recordar que las mismas, pese a su consideración y valor técnico-jurídico, no

⁷¹¹ OLIVÁN LÓPEZ, F.: *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 79.

⁷¹² Omnicomprendivamente, sobre su sentido y alcance, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: “El derecho social comunitario proteccionista frente al acceso al mercado laboral de asilados y refugiados”, en *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del derecho*, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (dirs. y coords.), Comares, Granada, 2016, pp. 138-145.

son de obligada transposición a las legislaciones nacionales de todos los Estados miembro. Es el caso de Dinamarca, Reino Unido o Irlanda, al formular todos ellos excepciones a las mismas. Esto, en última instancia, representa un claro elemento de oposición en el anhelo de construir y desarrollar una efectiva política jurídica comunitaria de asilo.

Atendiendo a que la finalidad de la Directiva 2003/9/CE es el establecimiento de normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembro, ex artículo primero de la misma, así como se ha de extender su aplicación a todas las personas nacionales de terceros Estados –junto a apátridas- que presenten una solicitud de asilo bien en la frontera bien en el territorio de un Estado miembro, en materia de acceso al empleo es muy parca, abierta y genérica. Se dedican tan sólo a la materia dos artículos: el 11 y el 12.

Partiendo de que la revisión realizada de la misma pretendió hacer más eficiente el procedimiento de solicitud a través de una tramitación más rápida de los expedientes, debiendo tener éstos resolución en un período de tiempo no superior a seis meses, se faculta a los Estados miembro para que éstos fijen un plazo a contar desde la solicitud en el que la persona solicitante de asilo no tiene acceso al mercado de trabajo. Así lo recoge el apartado primero del artículo 11.

Se ha de entender que el alcance de esta previsión dejada en manos de los Estados va en el sentido de presionar a los mismos desde instancias comunitarias para que éstos decidan sobre la aceptación o denegación de la solicitud de forma más rápida. Consecuentemente, se ha de entender que estos fijarán períodos breves. Sobre todo, si se tiene en cuenta que la política imperante de regulación de las migraciones que llevan a cabo los estados persigue, ante todo y como ya se ha apuntado, que la misma sea legal y ordenada en conexión con la situación del mercado de trabajo nacional. Ahora bien, este período de tiempo, para la persona nacional de un tercer Estado que solicita asilo, puede suponer e implicar una situación de desprotección social, al no poder acceder a desarrollar una actividad laboral que posibilite obtener recursos para poder vivir. Se condena a las mismas a una situación precaria en términos sociales que desemboca en una mayor vulnerabilidad, afectando, incluso, al motivo de fondo por el que decidieron solicitar asilo: sobrevivir. No se ha de obviar, al respecto, el peligro en sentido negativo que ello tiene para el mantenimiento del orden y de la paz social interna a las sociedades de los Estados en las que estas personas solicitan asilo. Ni de la imagen mediática que sobre ellos se puede generar.

Asimismo, si por motivos ajenos a la persona solicitante de asilo, según establece el apartado segundo del artículo 11, no se ha resuelto la solicitud en primera instancia al año de su presentación, los Estados miembros son los que tienen la facultad para establecer condiciones particulares a observar por estas

personas para acceder al empleo. Plazo reformado por una Directiva posterior a la que seguidamente se le presta atención.

En todo caso, de conformidad con el sentido apuntado de la política migratoria que todos los Estados de la Unión siguen, se entiende que serán medidas proteccionistas de los mercados de trabajo frente a estas personas sobre las que aún no se ha decidido en relación a la solicitud que en su momento y con sus motivaciones fundadas presentaron. Es decir, medidas que, en esencia, representan restricciones al carácter social y tuitivo que demanda este colectivo de personas vulnerables solicitantes de asilo.

A sensu contrario a la tendencia apuntada, ex apartado tercero del artículo 11, en el caso de que se interponga un recurso con efectos suspensivos contra una decisión negativa en un procedimiento ordinario, los Estados miembro no tienen facultades para adoptar medidas que conlleven, tanto explícita como implícitamente, una privación de acceso al mercado de trabajo para el solicitante hasta que se le notifique su desestimación.

Constituyendo una manifestación expresa de la influencia de las políticas laborales que sobre el mercado de trabajo desarrollen cada uno de los Estados miembro, se establece, en el apartado cuarto del artículo 11, la previsión de que aquéllos podrán observar su situación nacional de empleo —a través de los mecanismos que estimen oportunos— para proteger no al solicitante de asilo, sino al nacional o comunitario y nacional de tercer estado residente legalmente. Es así porque éstos serán priorizados y tendrán preferencia para el acceso a un puesto de trabajo ofertado en el mercado laboral frente al solicitante de asilo o refugiado.

Por tanto, en materia de empleo, atendiendo a las situaciones nacionales de los mercados de trabajo y de empleo estatales, se origina e impulsa el establecimiento de sistemas nacionales con marcada tendencia preferente hacia las personas comunitarias o extranjeras residentes legalmente frente a los solicitantes de asilo y refugiados. Prioridades en forma de criterios que pueden llegar a poner seriamente en entredicho a los valores sobre los que se asienta la propia Unión.

Relacionado con el acceso al empleo destaca también lo establecido en el artículo 12 de la directiva en cuestión. El mismo deja en manos de los estados la posibilidad de que permitan, mediante los mecanismos que estimen oportunos, que las personas solicitantes de asilo tengan acceso a la formación profesional. Desde la consideración de que la utilización del verbo permitir no deja a las claras el mandato del establecimiento de una garantía fuerte de este derecho para la persona, se entiende que el mismo tiene sentido cuando aquélla ha accedido al mercado laboral de conformidad con lo expuesto anteriormente. Menor sentido tiene y, llegado el punto, puede quedar hasta en papel mojado, el reconocimiento de la posibilidad de que los Estados permitan la formación profesional para el conjunto de personas solicitantes de asilo que no tienen derecho a acceder al mercado de trabajo. Se puede entender desde una lógica optimista en aras de que éstas empleen su tiempo en perfeccionar o adecuar su formación profesional durante el tiempo

en el que no pueden desarrollar actividad laboral alguna para cuando llegue el momento en el que sí puedan hacerlo. Cuestión diferente es que este momento no acontezca, lo que replantearía la misma.

En la refundición de la Directiva en cuestión en la Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de solicitantes de protección internacional (texto refundido), continúan estando presentes idénticos propósitos, caracteres y contenidos, con los sentidos y alcances expuestos. Pero, en esta ocasión, en los artículos 15 y 16 de la misma, dedicados al empleo y a la formación profesional.

La principal novedad en ellos, como ya se ha insinuado, es que las personas solicitantes de asilo han de tener acceso al mercado laboral y al empleo dentro de los nueve meses siguientes a la fecha de presentación de su solicitud de protección internacional⁷¹³. Ahora bien, para ello es necesario que las autoridades competentes no hayan adoptado una resolución en primera instancia y su retraso en la misma no sea susceptible de atribución a la persona solicitante. La forma en la que se ha de propiciar esta inclusión en el mercado laboral se deja en manos estatales, pues son los Estados miembro, de conformidad con sus legislaciones nacionales, los que han de decidir los requisitos para otorgar al solicitante el acceso al mercado laboral. En todo caso, se ha de garantizar su acceso efectivo, indistintamente a la posibilidad de utilización de criterios adicionales preferenciales para ciudadanos de la Unión y para extranjeros residentes legales. Se apuesta así, claramente, desde instituciones comunitarias, por la integración sociolaboral de estas personas, sobre la base de la dinamización de los mercados de trabajo que puede conllevar en un futuro más próximo que lejano⁷¹⁴.

Por otra parte, en el supuesto de que estos desplazamientos de personas solicitantes de asilo se produzcan de forma masiva procedentes de un país o de una zona geográfica determinada, en el marco de la protección temporal que establece que hay que ofrecer la Directiva 2011/55 CE, el acceso al empleo también tiene un lugar particular en ella. Lo primero, al respecto, es que tanto en el apartado primero como tercero del artículo octavo de la misma, claramente se desprende el mandato de que corresponde a los Estados miembro la adopción de las medidas necesarias –del tipo que sean– para que las personas que acceden a la mencionada protección adquieran los correspondientes permisos de residencia y obtengan los visados necesarios durante el citado período. Este mandato genera, automáticamente, una mayor facilidad para acceder al empleo para estas personas. Es así porque, de

⁷¹³ Concibiendo este breve plazo como factor de dinamización de los mercados laborales, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “¿Qué políticas de integración socio-laboral para refugiados? La crisis de solidaridad en Europa”, cit., p. 12.

⁷¹⁴ Por más que a corto plazo tenga un impacto negativo en el déficit al incrementar el gasto, tal y como defiende MOLINA NAVARRETE, C.: “Año nuevo, ¿vida nueva?: gobernanza económica y <<prosperidad socio-laboral>> 2016”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 394, 2016, p. 8. Realzando la concepción oportunista desde la perspectiva del crecimiento económico, demográfico y del enriquecimiento social y cultural, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “¿Qué políticas de integración socio-laboral para refugiados? La crisis de solidaridad en Europa”, cit., p. 6.

partida, cuentan ya con el cumplimiento del requisito de la residencia legal que tradicionalmente se viene exigiendo por todos los Estados.

Planteamiento que se corrobora y se reafirma en la propia Directiva cuando, en el artículo 12 de ella, se establece el mandato para los Estados de autorizar a las personas beneficiarias de la protección temporal, durante el tiempo que dure la misma, a ejercer una actividad laboral retribuida por cuenta propia o por cuenta ajena, de conformidad con las exigencias legales estatales exigidas para el correspondiente ejercicio profesional. En igual sentido, las mismas personas, durante el mismo tiempo, pueden acceder a actuaciones de formación profesional y formación práctica en el lugar de trabajo. Asimismo, se establece la no discriminación para este colectivo en materia retributiva, otras condiciones laborales y acceso a los sistemas de seguridad social de los estados.

Por tanto, a priori, queda fijada una igualdad plena tanto en el acceso a un puesto de trabajo como en el ejercicio y desarrollo de la actividad profesional. Prima la condición de persona trabajadora a la de beneficiaria de protección temporal nacional de un tercer Estado. Igualdad fomentada como materialización de la tutela y protección que necesitan temporalmente estas personas solicitantes de asilo. Protección que se refuerza cuando en el apartado tercero del artículo 13 se establece la posibilidad de que, ante el acceso de estas personas a medidas de ayuda sociales, éstas se otorguen en la medida que contribuyan a garantizar la propia supervivencia de la persona.

Quizás, la razón de ser en la que se asienta la igualdad y tutela propugnada jurídicamente es en la temporalidad. Desde la propia Directiva, insistiendo implícitamente en la coyunturalidad, se desprende que en el momento que estas personas no tengan esta condición de beneficiario de protección temporal, las mismas van a tener que regresar forzosamente a sus países de origen y, por tanto, los Estados miembro ya no van a tener que ofrecer ni facilitar a las mismas esta tutela y estas facilidades en materia laboral.

Sin embargo, a posteriori, esta igualdad se deja abierta a matización por parte de los Estados miembro. Particularmente, en materia de acceso al empleo. Es así porque, al igual de cómo se ha apuntado anteriormente, se establece la posibilidad de que sean los Estados los que, sobre la base de su política de mercado laboral, fijen criterios que otorguen prioridad de acceso al mercado laboral a los ciudadanos de la Unión Europea y a los residentes legales nacionales de terceros países que reciban subsidios de desempleo frente a los beneficiarios de protección temporal solicitantes de asilo. Se abre la puerta y se regresa así, de nuevo, a una observancia de la situación nacional del mercado de trabajo y de empleo de los Estados en cuestión.

Estos dos últimos argumentos pueden constituir la justificación de la solicitud de cuotas de recepción y distribución entre los Estados de la Unión de estas personas integrantes de las afluencias masivas por parte de aquellos miembros afectados más directamente por las mismas. Teniendo presente la existencia del

principio de solidaridad internacional que la Convención de Ginebra establece en su preámbulo en el supuesto de que la concesión del asilo sea gravosa para un Estado, la fundamentación de esta solicitud en el caso de la Unión es: la solidaridad y la responsabilidad que han de tener todos sus integrantes en la tutela y protección a otorgar a los solicitantes de asilo en el marco del sistema común y de la política comunitaria sobre migración y asilo. El problema es que esta solidaridad y responsabilidad está lastrada, condicionada y replegada ante y por la dimensión económica y de los mercados de trabajo de los Estados y el impacto que pueda generar en los mismos el recibir, asumir e integrar a las personas integrantes del colectivo.

En cualquier caso, tanto si estas personas solicitantes de asilo lo son a título individual y particular como si son beneficiarias de protección temporal en el marco de su afluencia masiva, la cuarta directiva de las enumeradas, la 2003/109/CE, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, les excluye de su aplicación. Así se desprende expresamente del artículo primero, apartados segundo, letras b) y d). Se viene a constatar así esta Directiva como de aplicación en sentido estricto a la inmigración económico-laboral y no tanto para aquella sobre la base de motivos políticos. Cuando, como se viene manifestado, en ésta última, los aspectos y dimensiones sociolaborales y relacionadas con los mercados de trabajo también son nucleares.

Surge así la necesidad de repensar este planteamiento en la coyuntura actual desde la perspectiva de la posibilidad de extender los postulados de la mencionada Directiva también a aquellos que temporalmente son protegidos o a aquellos a los que se la aceptado por parte del Estado su solicitud de asilo. Con el estatuto de residente de larga duración sí se caminaría hacia una política jurídica sociolaboral de marcados tintes igualitarios para con los integrantes de estos colectivos vulnerables. Se daría así contenido por parte de los Estados de la Unión y de conformidad con la tendencia que tienen en materia de migraciones y mercados laborales, al derecho humano fundamental al asilo. Y se haría de conformidad a los valores de la Unión y de su derecho primario.

Si ello acontece, estas personas serían residentes legales en el seno de la Unión Europea a las que se les garantizaría, desde su situación de legalidad, una igualdad de trato con respecto a los nacionales tanto en lo relacionado con el acceso al empleo como personas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia -siempre y cuando no implicasen una participación en el ejercicio del poder público-, como en lo relativo a las condiciones de empleo y trabajo. Sin dejar de obviar, conexamente, la igualdad en formación profesional, reconocimiento de diplomas profesionales⁷¹⁵, prestaciones de seguridad social, protección social, etc. Se originaría así un tratamiento equitativo, no discriminatorio y no sujeto a situaciones nacionales de

⁷¹⁵ Significativamente, al respecto, SCARANO, V. M.: “Reconocimiento de cualificaciones profesionales para refugiados y asilados en la Unión Europea”, en *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del derecho*, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (dirs. y coords.), cit., pp. 153-164.

los mercados de trabajo y empleo para estas personas inmigrantes por motivos políticos a las que se les ha atendido su solicitud de asilo.

En esta tendencia en materia de política jurídica de acceso al empleo es en la que camina la vigente Directiva 2011/95/UE. Teniendo como finalidad el establecimiento de normas relativas para fijar un estatuto uniforme para los refugiados como personas beneficiarias de protección internacional, se regula, en su artículo 26 su acceso al empleo.

En este sentido, una vez sea concedida la protección, serán autorizados por los Estados miembro a la realización de actividades económico-laborales por cuenta ajena o propia de conformidad con la legislación vigente estatal aplicable a la actividad profesional, así como a los empleos en la Administración Pública. Asimismo, serán los propios Estados los que han de garantizar, en condiciones equivalentes a las de los nacionales, de una parte, tanto las posibilidades como el pleno acceso a la formación ocupacional, formación profesional y trabajo en prácticas; y, de otra parte, el asesoramiento ofrecido por las oficinas de empleo en el proceso de colocación. Se impulsa una igualdad desde el reconocimiento de la legalidad de su situación y residencia a través del otorgamiento de una autorización estatal.

Igualdad que, en todo caso, se trata de reforzar cuando se establece el mandato de que, sin discriminación alguna, le es de aplicación la legislación del Estado en cuestión en materia retributiva, de acceso al sistema de Seguridad Social particular y sobre otras condiciones de trabajo.

Sin embargo, la paradoja respecto a esta igualdad reside en materia de asistencia social, ya que de conformidad con el artículo 29 los Estados pueden limitar aquélla sólo a las prestaciones que consideren básicas. Ahora bien, éstas, llegado el caso, se han de garantizar con idénticos requisitos y contenidos que para los nacionales.

4. Breve reflexión conclusiva

De la ordenación comunitaria de los flujos migratorios y, en su seno, de la regulación jurídica del acceso al mercado de trabajo y al empleo de los nacionales de terceros Estados, se verifica y corrobora, no sólo el carácter restrictivo y selectivo para la inmigración económico-laboral resultado de la política jurídica de la Unión, sino también el marcado carácter sectorializado del conjunto de directivas en el tratamiento protector al colectivo de personas extranjeras migrantes por motivos

políticos y cómo una política jurídica común de la Unión Europea sobre la misma es más un deseo formal⁷¹⁶ que una realidad sustancial.

En ambos casos, la conveniencia económica y laboral hace que se repliegue la condición solidaria, humanitaria y de vigencia de los derechos humanos fundamentales de la persona tan necesaria que impere, hasta el punto de condicionarla y supeditarla en la práctica a los mandatos estatales en función de las necesidades de los mercados de trabajo de los Estados miembro a nivel individual en conexión con las políticas y las condiciones de fijadas por éstos⁷¹⁷. La lógica social acogedora e inclusiva queda replegada y supeditada ante y a la económica.

Esta circunstancia, sin duda alguna, en la práctica, contribuye a abocar al fracaso a la particular política jurídica migratoria de acceso al empleo para los flujos migratorios económico-laborales y políticos en la Unión Europea. Desde la consideración de las migraciones como una realidad global –al margen de la importancia creciente en su seno de las sustentadas sobre motivos políticos–, las políticas jurídicas estatales individualizadas de su gestión –por más que se consideren cuestiones internas que afectan a la ciudadanía y a la soberanía– en el contexto de una regulación jurídica general y vaga comunitaria –regulación marco o directriz–, no es la solución⁷¹⁸. Claramente, se necesita un paso al frente en la creación decidida de un modelo de política jurídica comunitaria migratoria global –a nivel regional de la Unión– en la que se afronte su regulación de forma unitaria y única, por ser una cuestión que afecta a la Unión Europea en su conjunto, a todos sus Estados miembro. Y, a tal fin, es necesario que comiencen a converger de un modo efectivo los intereses estatales con los de la propia Unión, los de aquellos que aceptaron sus valores y su razón de ser política, jurídica, económica y social formando parte de la misma.

⁷¹⁶ Así, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C.: “Artículo 18. Derecho de asilo”, en *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, AA. VV., MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dir. y coord.), Comares, Granada, 2012, p. 416.

⁷¹⁷ En este sentido, de forma clara, MAURO, M^o R.: “L’Europa di fronte alla crisi: tra tutela degli equilibri istituzionali, salvaguardia dei diritti economici e social e garanzie del mercato”, en *Annali Quaderni, L’Europa tra sfide economiche e garanzie dei diritti dei cittadini*, MAURO, M^o R. (a cura di), AGR editrice, Campobasso, 2015, pp. 20-39.

⁷¹⁸ Se defiende doctrinalmente que la política migratoria es inasequible a la gestión de un solo Estado, DE LUCAS, J.: “Políticas de inmigración en tiempos de crisis: de los tópicos a las propuestas”, en *Movilidad humana y diversidad social en un contexto de crisis económica internacional*, AA. VV., BLANCO, C. (ed.), Trotta, Madrid, 2014, p. 56.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AA. VV.: *Informe Anual 2015 sobre el Racismo en el Estado español*, MAZKIARAN, M. y AIERBE, P. M. (coord.), SOS Racismo, Madrid, 2015.
 - AGUELO NAVARRO, P.: “Refugiados, desplazados, migrantes. El complejo fenómeno de las migraciones internacionales, su relación con la protección internacional y los movimientos mixtos”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 41, 2016.
 - CELIS SÁNCHEZ, R. Y AIERDI URRAZA, X.: *¿Migración o desplazamiento forzado? Las causas de los movimientos de población a debate*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 81, Universidad de Deusto, Bilbao, 2015.
 - DE LUCAS, J.: “Política de inmigración: 30 propuestas”, *Revista Claves de Razón Práctica*, núm. 121, 2002.
- Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- DURÁ TOHUS, J.: “Perspectiva global del asilo y refugio en España”, en *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, AA. VV., REIG FABADO, I. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
 - FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.: *Asilo y refugio en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2007.
 - FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El régimen de la autorización de trabajo por cuenta ajena tras la Ley Orgánica 2/2009. Hacia un infra-estatuto de ciudadanía social para el trabajador inmigrante”, en *Inmigración, mujeres y menores*, AA. VV., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.), Laborum, Murcia, 2010.
- “¿Qué políticas de integración socio-laboral para refugiados? La crisis de solidaridad en Europa”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 397, 2016.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: “Trabajadores nacionales de terceros Estados: el acceso al mercado de trabajo europeo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 112, 2016.
 - JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C.: “Artículo 18. Derecho de asilo”, en *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, AA. VV., MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dir. y coord.), Comares, Granada, 2012.
 - LÓPEZ ALMANSA BEAUS, E.: “El sistema Europeo Común de Asilo a examen”, en *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, AA. VV., REIG FABADO, I. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
 - MANGAS, A.: “Protección internacional y europea ante afluencias masivas de refugiados”, *Revista Economía Exterior*, núm. 75, 2015-2016.

- MAURO, M^a R.: “L’Europa di fronte alla crisi: tra tutela degli equilibri istituzionali, salvaguardia dei diritti economici e social e garanzie del mercato”, en *Annali Quaderni, L’Europa tra sfide economiche e garanzie dei diritti dei cittadini*, MAURO, M^a R. (a cura di), AGR editrice, Campobasso, 2015.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “La regulación del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras: clave de gestión de la diversidad cultural en el trabajo”, en *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía: balance y perspectivas de futuro*, MOLINA HERMOSILLA, O. Y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Litalia, Jaén, 2009.
 “Año nuevo, ¿vida nueva?: gobernanza económica y <<prosperidad socio-laboral>> 2016”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 394, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los derechos de seguridad social de los trabajadores migrantes. Inmigración laboral y refugiados”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 41, 2016.
- OLIVÁN LÓPEZ, F.: *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, Dykinson, Madrid, 2004.
- ORTEGA JIMÉNEZ, A.: “¿Qué diferencias existen entre refugiados e inmigrantes?”, en *Migración y asilo: nuevos retos y oportunidades para Europa*, AA. VV., PAREJO GÁMIR, J. A., SÁNCHEZ ALONSO, B. Y BECERRIL ATIENZA, B. (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.
- RUIZ MORENO, A. G., “El derecho humano al trabajo de los migrantes”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 22, 2016.
- SCARANO, V. M.: “Reconocimiento de cualificaciones profesionales para refugiados y asilados en la Unión Europea”, en *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del derecho*, MONEREO PÉREZ, J. L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (dirs. y coords.), Comares, Granada, 2016.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012.
 “El derecho social comunitario proteccionista frente al acceso al mercado laboral de asilados y refugiados”, en *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del derecho*, MONEREO PÉREZ, J. L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (dirs. y coords.), Comares, Granada, 2016.
- USHAKOVA, T., “Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 22, 2011.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE Y LA NUEVA POLÍTICA MIGRATORIA

Juan Escribano Gutiérrez
Prof. TU Derecho del Trabajo y de la SS
Universidad de Almería

Sumario

1. La Directiva sobre retorno de inmigrantes.
2. Criterios interpretativos de la Directiva: el carácter más beneficioso de las normas nacionales y del acervo comunitario.
 - 2.1. Normas nacionales que prevén sanciones penales ante situaciones de estancia irregular.
 - 2.2. El caso español: régimen sancionador más beneficioso que el previsto en la Directiva.
3. El derecho de enemigo en el ámbito de la UE.

1. La Directiva sobre retorno de inmigrantes.

La falta de unidad en la elaboración de respuestas adecuadas frente a la creciente inmigración irregular llevó a la Unión Europea a aprobar la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre. El objetivo principal de la misma, conforme menciona en sus considerandos, era la fijación de normas claras, transparentes y justas para establecer una política efectiva de retorno como elemento necesario de una política migratoria común. Su aprobación en diciembre de 2008 supuso la culminación de un largo proceso que se inició en la declaración del Consejo Europeo de Tampere de 1999 sobre la necesidad de armonizar las políticas de inmigración y asilo, y de establecer un sistema común de asilo e inmigración y un

plan de lucha contra la inmigración ilegal. Con posterioridad, en el año 2002, la Comisión Europea elaboró un Libro Verde sobre la política comunitaria de retorno de ciudadanos de terceros países en situación de estancia irregular. Por último, el Consejo Europeo decide adoptar el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo sobre la base de una serie de compromisos fundamentales tendentes a la organización de la inmigración legal, luchando contra la irregular para lo que es básico, a su juicio, el retorno a sus países de origen o hacia un país de tránsito de dichas personas, así como el refuerzo de las fronteras exteriores de la Unión.

El conjunto de medidas desarrolladas por la Directiva pueden sistematizarse conforme a los siguientes criterios:

- a) Deseo de facilitar el retorno de los residentes irregulares de terceros países.
- b) Intención de garantizar la seguridad jurídica de aquellos afectados en procesos de retorno.
- c) Introducción de toda una serie de medidas instrumentales para hacer efectivo el retorno, tales como: internamiento transitorio, definición de medidas coercitivas, definición de los supuestos de prohibición de entrada, etc.

Básicamente, la regulación contenida en la Directiva de retorno en lo que aquí ahora interesa, esto es, la sanción impuesta como consecuencia de la estancia irregular, será de aplicación a aquellos nacionales de terceros países no beneficiarios del derecho comunitario a la libre circulación con arreglo a la definición del art. 2.5 del Código de fronteras Schengen. Se entiende por situación irregular la presencia de un extranjero en el territorio de un Estado miembro cuando no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas del Código de fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro.

Por otro lado, no podemos olvidar que el acervo comunitario en materia de derechos humanos, contenido en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales (1950), en el Convenio Europeo sobre Extradición (1957), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la en Convención de derechos del niño (1989), establecen el reconocimiento de ciertos derechos que colisionan frontalmente con el contenido de la Directiva.

En definitiva, con esta Directiva su buscó el homologar las medidas de alejamiento de personas extranjeras en situación irregular de los Estados miembros sin necesidad de procedimientos de mutuo reconocimiento. Una vez alcanzado el objetivo anterior y asegurado un cierto grado de coherencia en la regulación y aplicación de las medidas de alejamiento por los Estados miembros, la consecuencia inmediata será reforzar el funcionamiento del resto de disposiciones comunitarias que aspiran a modelar el régimen comunitario de extranjería⁷¹⁹.

⁷¹⁹ MOYA, D., «La nueva Directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros», *RDCE*, 2008 (julio-diciembre), p. 160.

2. Criterios interpretativos de la Directiva: el carácter más beneficioso de las normas nacionales y del acervo comunitario.

2.1. Normas nacionales que prevén sanciones penales ante situaciones de estancia irregular.

Conforme a lo establecido en el art. 4 de la Directiva 2008/115, la misma se entenderá sin perjuicio de las disposiciones más favorables de acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados entre la Comunidad o la Comunidad y sus Estados miembros y uno o varios terceros países; sin perjuicio de cualquier disposición del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo que puedan ser más favorables para el nacional de un tercer país; o, sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la Directiva.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la cláusula contenida en este art. 4 en dos supuestos claramente diferenciados. En primer lugar, en relación a la compatibilidad con la Directiva de las previsiones de algunos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que incorporan mecanismos propios del Derecho Penal para hacer frente a la inmigración ilegal. En segundo lugar, con motivo del supuesto de la Sentencia que más adelante comentaremos relativo a la posible compatibilidad con la Directiva de previsiones más favorables que obstaculicen el objetivo de la expulsión de los nacionales de terceros países en situación irregular.

En cuanto al primero de los supuestos enjuiciados, el TJUE tuvo ocasión de pronunciarse respecto al mismo en la Sentencia de 28 de abril de 2011 (Asunto C-61/11 PPU)⁷²⁰, asunto El Dridi. El supuesto de hecho de esta sentencia básicamente consistía en los siguientes extremos: Haseen El Dridi era un nacional de un tercer país que entró ilegalmente en Italia y no disponía de permiso de residencia. Tras el dictado de un decreto de expulsión en su contra, El Dridi no cumple con la exigencia de la orden de expulsión. Como consecuencia de ello, un Tribunal de Trento le condena a la pena de un año de prisión por un delito de estancia ilegal, dado que el Decreto Legislativo n° 286/1998 italiano establece la posibilidad de sancionar penalmente este tipo de incumplimientos con una pena de uno a cuatro años de prisión.

Este ciudadano interpone recurso contra dicha condena ante el correspondiente Tribunal de apelación. Éste último suspende el procedimiento y plantea al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

Tras reconocerse competente para la resolución de la cuestión prejudicial planteada, el Tribunal de Justicia examina la cuestión central suscitada por el tribunal italiano, esto es, la compatibilidad con el sistema previsto por la Directiva de la

⁷²⁰ Más recientemente puede verse la STJUE de 7 de junio de 2016 (Asunto C- 47/15, Sélina Affum.

tipificación como infracción penal en el derecho italiano de la conducta consistente en incumplir la orden de expulsión previamente dictada por la autoridad italiana.

El Tribunal de Justicia parte de una interpretación del art. 4.3 de la Directiva que, como más adelante mantendremos, entra en contradicción con la mantenida en la Sentencia de 23 de abril de 2015. En concreto, en la Sentencia El Dridi mantiene que si bien dicho precepto «atribuye a los Estados miembros la facultad de adoptar o de mantener disposiciones más favorables para los nacionales de terceros países en situación irregular que las de la Directiva 2008/15, siempre que esas disposiciones sean compatibles con ésta, dicha Directiva no permite que esos Estados apliquen normas más severas en el ámbito que regula»⁷²¹.

Es decir, conforme a dicha interpretación del precepto contenido en dicha Directiva, ha de aplicarse en las relaciones entre la Directiva y los respectivos ordenamientos nacionales una suerte de principio de complementariedad. Por ello, la consecuencia más grave para los nacionales de terceros países en situación irregular por haber incumplido los ordenamientos nacionales y comunitarios relativos a entrada y permanencia de personas es, exclusivamente, el retorno voluntario o forzoso a sus países de origen (art. 6.1 Directiva 2008/15). Para llevar a cabo tal retorno forzoso las autoridades de los Estados miembros habrán de utilizar las medidas menos coercitivas posibles (art. 15.1).

Sin embargo, esta primera afirmación es matizada por el Tribunal de Justicia a partir del párrafo número 55. En concreto, el Tribunal utiliza un argumento que, llevado a sus últimas consecuencias, permitirá llegar hasta la Sentencia más adelante comentada. En concreto, el Tribunal no profundiza en el carácter menos favorable de la sanción penal adoptada por el Tribunal italiano sino que mantiene que tal medida es contraria a la Directiva porque no permite hacer efectiva la expulsión del recurrente durante el tiempo que dure el cumplimiento de la condena de privación de libertad. Por ello, termina declarando que la normativa que impone una sanción penal de privación de libertad al ciudadano en situación irregular debe ser interpretada en el sentido de que se opone a la Directiva y a su correcta aplicación.

Este argumento de carácter claramente pragmático se convierte en el argumento casi único de la posterior STJUE de 6 de diciembre de 2011 (Asunto Achughbabian). De nuevo se trataba de determinar la compatibilidad con la Directiva de las normas penales, en este caso del Derecho francés, que imponen sanciones penales a los extranjeros irregulares por el hecho de serlo. En esta ocasión, el Tribunal parte de la premisa de que «no se opone a que el Derecho de un Estado miembro califique de delito la estancia irregular y establezca sanciones penales para desincentivar y reprimir la comisión de tal infracción de las normas nacionales en materia de residencia» (apartado 28). Sólo sería contrario a tal Directiva aquellas normas

⁷²¹ Veanse, KAUFF-GAZIN, F., «La Directive “retour” au secours des étrangers? De quelques ambiguïtés de l’affaire El Dridi du 28 avril 2011», *Europa: actualité du droit communautaire*, Vol. 21, n° 6, 2011, pp. 10-13; PARROT, K., «Un étranger ne comment pas un délit du seul fait qu’il se trouve en situation irrégulière», *Revue critique du droit international privé*, 2011, pp. 824-846.

que, al tiempo de sancionar la conducta del inmigrante irregular, obstaculicen el cumplimiento del objetivo principal de la Directiva, esto es, asegurar un retorno eficaz de las personas en situación irregular en el territorio de la Unión Europea (apartado 30). Es decir, no es el encarcelamiento del inmigrante lo que se opone a una Directiva que sólo prevé el internamiento instrumental a la expulsión sino el carácter obstaculizador de la expulsión que tal encarcelamiento puede conllevar⁷²².

Mucho más recientemente, el TJUE ha tenido ocasión de volver a pronunciarse sobre la compatibilidad de la Directiva con la imposición de una pena de prisión como consecuencia de su tipificación como delito por el ordenamiento jurídico italiano de conductas relativas a la ilegalidad de la entrada de ciudadanos de terceros países en el territorio italiano. En concreto, en la STJUE de 1 de octubre de 2015 (Asunto Celaj) se mantiene que la Directiva no tiene la intención de armonizar los ordenamientos jurídicos de los estados miembros sino la de crear normas efectivas para conseguir rápidas repatriaciones. Por ello, no se opone, en principio, a que el Derecho de un Estado miembro califique de delito la nueva entrada ilegal de un nacional de un tercer país con infracción de una prohibición de entrada y establezca sanciones penales para disuadir de la comisión de dicha infracción y para reprimirla. El límite se encuentra en que un Estado miembro no puede aplicar una normativa penal que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos perseguidos por la Directiva y privar a ésta de efecto útil.

En resumen, todas estas sentencias anteponen el fin de la expulsión a cualquier otra medida administrativa o penal que la pueda llegar a retardar. Sin embargo, ello no obedece a un intento de imponer una sanción menos grave sino al de conseguir que dicha sanción no impida el retorno. Esta afirmación se ve reafirmada si comprobamos el escaso rigor con que la propia Directiva regula la retención de los extranjeros, incluso menores de edad, en centros de internamiento por períodos más amplios que los previstos por la norma italiana, eso sí, tras la imposición judicial de la medida en este segundo caso.

En nuestro ordenamiento jurídico, al contrario de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico italiano, la sanción impuesta a las personas inmigrantes en situación irregular, puede ser, en el caso de que se imponga la sanción pecuniaria, más beneficiosa que la planteada por la Directiva. Con anterioridad a la entrada en vigor de esta Directiva, el Tribunal de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a la compatibilidad de dicho régimen sancionador con el Derecho Comunitario. En concreto, en la STJUE de 22 de octubre de 2009 (asunto Zurita García), señaló que, a la luz del tenor literal de la normativa europea aplicable en aquel momento, la expulsión aparecía como facultativa en todo caso. Es decir, utilizaba una interpretación literal del art. 23.3 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen en el que se configuraba la expulsión como potestativa. Ello presuponía «que los Estados miembros pueden establecer excepciones a la expulsión, pero no prevé ninguna limitación material de las facultades de los Estados

⁷²² CEBADA ROMERO, A., «Los límites a la competencia penal de los Estados en relación con la inmigración irregular», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 28, 2012.

miembros al definir tales excepciones»⁷²³. Es decir, que el apego a la literalidad del precepto hace inoperante dichos precedentes desde el momento que la entrada en vigor de la Directiva de retorno alteró de manera significativa la misma.

Tras la entrada en vigor de la Directiva y su posterior transposición a nuestro ordenamiento jurídico a través de la reforma de la LOE mediante la Ley Orgánica 2/09, de 11 de octubre, nuestro legislador mantuvo la doble vía sancionadora, multa o expulsión, frente a la de irregularidad en la estancia de los nacionales de terceros países, determinando cuándo procede cada una de ellas la interpretación dada por el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones a partir de 2005⁷²⁴. La compatibilidad de la continuidad de la doble vía de sanción ha sido resuelta por la STJUE de 23 de abril de 2015 (Asunto Zaizoune) que ahora nos disponemos a comentar.

2.2. El caso español: régimen sancionador más beneficioso que el previsto en la Directiva.

Con carácter previo a su análisis entendemos que la clave de la interpretación de esta cuestión se encuentra en el alcance del art. 4 de la Directiva 2008/115 y, en concreto, el alcance del término más favorable respecto de la normativa nacional a interpretar, así como del acervo comunitario en materia de inmigración contenido en dicho precepto.

Conforme a la descripción contenida en la sentencia del supuesto de hecho, el Sr. Zaizoune, de nacionalidad marroquí, fue interceptado por la policía española el 15 de julio de 2011. Como consecuencia de que no presentó sus documentos de identidad, fue detenido y se inició contra él un procedimiento de expulsión del territorio español.

Dicho procedimiento finalizó el 19 de octubre de 2011, fecha en que se le comunica por parte de la autoridad competente la resolución en la que se dictaba su expulsión del territorio español y la prohibición de entrada en el territorio nacional durante cinco años. Tras la presentación de un recurso contra la citada resolución ante un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, se anuló la resolución administrativa y fue sustituida por una multa. Este juzgado entiende que las normas nacionales de que se trata son interpretadas por el Tribunal Supremo español en el sentido de que la sanción principal para la infracción de estancia irregular de los nacionales de terceros países es la multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes adicionales que justifiquen la sustitución de la multa por la expulsión del territorio nacional.

⁷²³ Al respecto, puede verse BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., «Expulsión versus multa: ¿el derecho de la unión faculta a los Estados miembros su libre elección en relación a los nacionales de tercer país en situación irregular?», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 21, 2010, p. 20.

⁷²⁴ Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «La nueva legislación de extranjería e inmigración», R.L., nº 8, 2010, p. 10; y MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., «Estudio general. El nuevo modelo jurídico-político regulador de la inmigración en España», *La Ley*, 12583/2011.

La autoridad administrativa interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia. El Tribunal Superior de Justicia que habría de resolver el recurso decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la UE la siguiente cuestión prejudicial:

«A la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las Directivas ¿los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115 deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa, como la nacional en el litigio principal y la jurisprudencia que la interpreta, que permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión?»

El TJ utiliza como elemento de interpretación básico, y casi exclusivo, el hecho de que la finalidad de la Directiva 2008/115, tal como se desprende de los considerandos 2 y 4, es establecer una política eficaz de expulsión y repatriación. Como consecuencia de este punto de arranque, retoma la doctrina mantenida en la Sentencia Al Dridi más arriba comentada y, en concreto, lo establecido en su apartado 35. En este se afirmaba contundentemente que el art. 6.1 de la Directiva prevee ante todo, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio.

Una vez contemplada la situación de irregularidad, las autoridades nacionales competentes deben adoptar una decisión de retorno para lo que la Sentencia ahora comentada recuerda el apartado 31 de la Sentencia Achughbian. Asimismo, dicho retorno debe, en aras a la efectividad de la Directiva, producirse lo antes posible.

El TJUE antepone, por tanto, dicha efectividad a cualquier otra consideración. Esta posición de partida impide entrar en otras consideraciones a pesar de que, desde nuestro punto de vista, existen diferencias entre la jurisprudencia traída a colación y el supuesto de hecho planteado en esta resolución. En los supuestos resueltos en las Sentencias Al Dridi y Achughbian, los ordenamientos jurídicos italiano y francés preveían sanciones penales más restrictivas de derechos que la de expulsión contemplada por la Directiva. Sin embargo, como hemos tenido de ocasión de adelantar, la contradicción de dichas sanciones penales con la Directiva no se encontraba, a juicio del TJUE, en el hecho de que la sanción fuera más grave sino en que impedía la efectividad de la repatriación de las personas en situación irregular.

En el caso que nos ocupa ahora, Zaizoune es sancionado con una multa, lo que representa una sanción menos gravosa que la prevista como más grave en la normativa nacional y en la Directiva de retorno. Es decir, que el supuesto manifiesta una especificidad propia, lo que hubiera bastado para que el TJUE se hubiese planteado dos cuestiones de gran trascendencia:

a) La garantía de la tutela judicial efectiva y la posible graduación de las sanciones.

b) La relación entre la efectividad de la Directiva y el concepto de normativa nacional o acervo más favorable descrito por la propia Directiva.

En cuanto a la primera de las cuestiones, nuestro Tribunal Supremo, como consecuencia de que existen en nuestro ordenamiento jurídico dos sanciones imponibles a la conducta de la entrada o permanencia ilegal, relacionó las mismas con la tutela judicial efectiva de los afectados, exigiendo una motivación razonada de la imposición de una u otra. Esta obligación de motivación de la resolución de expulsión como garantía de la tutela judicial efectiva fue reforzada por el Tribunal Constitucional en sentencias como la 186/13, de 4 de noviembre; 140/09, de 15 de junio; o 145/11, de 26 de septiembre.

Sin embargo, desde el momento en que el TJUE antepone la efectividad de la expulsión a cualquier otro bien jurídico, los jueces y tribunales que deban resolver los recursos interpuestos contra los expedientes de expulsión no tendrán que justificar su decisión de expulsión, más allá de que se cumpla el fin mismo de la expulsión.

La STJUE parte, exclusivamente, del hecho objetivo de que el procedimiento sancionar previsto en la LOE, así como la interpretación de las garantías del mismo dados por nuestros Tribunales, genera un sinuoso recorrido que supone, de decidirse así, una demora considerable en la efectiva expulsión de los extranjeros infractores. Esa es la demora que ahora el TJUE considera inasumible. Se considera incompatible toda sanción que no sea la expulsión y con ello se elimina elementos básicos de la regulación nacional: graduación de las sanciones, justificación en su elección o, como tendremos ocasión de desarrollar más abajo, ciertas garantías procedimentales consecuencia de estos extremos.

Respecto a la segunda cuestión avanzada, esto es, la relativa a la interpretación dada al art. 4 de la Directiva a la hora de determinar cuándo se entenderán aplicables las disposiciones más favorables que los Estados miembros tienen derecho a adoptar o mantener a condición de que sean compatibles con la Directiva y cuáles son las disposiciones del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo que por ser más favorables que la Directiva han de aplicarse con carácter preferente a ésta, el TJUE había resuelto hasta ahora incompatibilidades entre los fines de la Directiva y disposiciones normativas nacionales menos favorables para las personas inmigrantes que las previstas en la propia Directiva. A pesar de que, en última instancia, esta circunstancia no era la determinante pues las sentencias se centraban en el elemento de la efectividad de la expulsión y no en el carácter más favorable de la Directiva, a lo largo de Sentencias como *El-Dridi*, *Achughbadian* o *Sagor* planea la convicción de que el régimen que termina imponiéndose, el de la Directiva, es más favorable al inmigrante irregular. Así, por ejemplo, en las Conclusiones del Abogado en la Sentencia de 17 de julio de 2014, asunto *Bero*, donde justifica la aplicación de la Directiva en el hecho de que el internamiento penitenciario constituye una medida más severa que la contemplada en la Directiva de internamiento en centro especializado y, por tanto, no puede ampararse en el art.

4.3 de la Directiva. En dicha Sentencia se vino a mantener que el art. 16.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está obligado, como norma general, a internar a efectos de expulsión a los nacionales de terceros países en situación irregular en un centro de internamiento especializado de ese Estado y no en un centro penitenciario como sí permite el derecho alemán.

Así pues, el carácter más o menos favorable ha sido utilizado como criterio de interpretación en los supuestos de conflicto. Dado que en el caso tratado por la Sentencia Zaizoune la sanción de multa es más favorable que la expulsión, el TJUE habría de haber determinado cuál es la extensión de tal art. 4. Sin embargo, éste se limita a resolver la cuestión de manera telegráfica.

Según el Tribunal, el elemento del que ha de partirse para proceder a la interpretación de la compatibilidad de la sanción de multa alternativa a la expulsión del derecho español es del deber de lealtad de los Estados miembros, recordada en el considerando 4 de la Directiva. De este deber se desprende que la obligación establecida en el art. 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión debe cumplirse lo antes posible. Por ello, la facultad de los Estados miembros de establecer excepciones, en virtud del art. 4.2 y 4.3 de la Directiva, no puede desvirtuar esta conclusión.

Es decir, la Directiva establece un objetivo fundamental, esto es, configurar una política común en el tema migratorio basado en la efectividad de la expulsión como elemento disuasorio de posibles flujos no deseados de personas inmigrantes. La consecución de este objetivo se convierte en un deber para todos los Estados miembros. Por ello, toda normativa que obstaculice o dilate los procesos de expulsión es contraria a dicha finalidad expeditiva. Es indiferente cuál sea el sentido, más o menos favorable, de la normativa contradictoria con dicha finalidad. Se nos escapa cuáles pueden ser las disposiciones más favorables compatibles con la Directiva a las que se refiere su art. 4.3. La sentencia no lo aclaró dado lo ralo de su razonamiento

Por tanto, si la normativa más favorable perjudica los objetivos armonizadores de la Directiva, se ha de considerar contraria al Derecho comunitario. Se llega, pues, a la misma solución que la mantenida con anterioridad por el TJUE en la interpretación de cláusulas semejantes en otras Directivas relacionadas con la inmigración. Así, por ejemplo, la STJUE de 18 de diciembre de 2014 (Asunto M'Bodj) respecto al art. 3 de la Directiva 2004/83 que permite a los Estados miembros introducir o mantener normas más favorables para determinar concretamente qué personas reúnen los requisitos para la concesión del estatuto de protección subsidiaria, siempre que tales normas sean compatibles con esa Directiva. La reserva enunciada en el artículo 3 de la Directiva 2004/83 se opone, a juicio del Tribunal, a que un Estado miembro adopte o mantenga disposiciones que conceden el estatuto de persona que puede obtener la protección subsidiaria prevista por esa Directiva a un nacional de un tercer país aquejado de una grave enfermedad, a causa del riesgo de deterioro de su estado de salud derivado de la inexistencia de tratamientos adecuados en el

país de origen, ya que esas disposiciones no son compatibles con esa Directiva. De ello se sigue que una legislación como la que es objeto del asunto principal, es decir más favorable, no puede calificarse en virtud del artículo 3 de esa Directiva como norma más favorable para decidir qué personas pueden beneficiarse de la protección subsidiaria. Los nacionales de terceros países autorizados a residir en virtud de esa legislación no son beneficiarios por tanto del estatuto de protección subsidiaria contemplado en los artículos 28 y 29 de dicha Directiva.

Respecto al alcance que ha de tener la otra posible excepción de aplicación de la Directiva 2008/115, es decir, la relativa a disposiciones del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo que puedan ser más favorables para el nacional del tercer país, tampoco la sentencia comentada aclara gran cosa. Por el contrario, se limita a afirmar contundentemente que «ningún precepto de dicha Directiva ni ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permiten establecer un sistema que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas excluyentes entre sí» (aparto 37).

El propósito de la cláusula contenida en el art. 4.2 de la Directiva 2008/115 se encuentra en la necesidad de salvaguardar los derechos reconocidos a los nacionales de terceros países que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales previstas en otras disposiciones de Derecho Europeo⁷²⁵. En la Directiva no se enumeran cuáles son esas normas que configurarían el acervo comunitario más ventajoso. Por el contrario, sí se contenía una enumeración de éstas en la propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 1 de septiembre de 2005⁷²⁶.

A pesar de lo contundente de la STJUE, no cabe duda de que habría posibilidad de seguir aplicando la multa cuando se den circunstancias de desprotección adicional del extranjero. Así, por ejemplo, del conjunto de normas que integrarían el acervo comunitario en la materia que nos ocupa, destacamos la contemplada en el art. 12 de la Directiva 2003/19, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración⁷²⁷. En este precepto se incorporan una serie de garantías para la protección de aquellos residentes de larga duración que no tengan su situación regularizada⁷²⁸. En concreto, los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública (art. 12.1)⁷²⁹. Asimismo, en el siguiente

⁷²⁵ GONZÁLEZ SAQUERO, P., «La regulación de la expulsión administrativa por estancia irregular en España, incompatible con la Directiva “retorno” (Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-38/14, Zaizoune)», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 55, 2015, p. 6.

⁷²⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52005PC0391>.

⁷²⁷ España fue condenada el 15 de noviembre de 2007 por no haber transpuesto, dentro del plazo previsto, esta Directiva.

⁷²⁸ Transpuesta al ordenamiento jurídico española a través de la reforma introducida en el art. 57.5 b) por la LO 2/2009.

⁷²⁹ CRESPO NAVARRO, E., «La directiva 2003/109/ce del consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 8, 2004, pp. 531 y ss.

apartado se advierte de que, antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración una serie de elementos.

Por el contrario, volviendo a la STJUE ahora comentada, y en contradicción con el considerado sexto de la Directiva, donde se exige que «las decisiones que se tomen en el marco de la presente Directiva deben adoptarse de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos, lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular», se hace abstracción de cualquier circunstancia que no sea el mero hecho de que la persona inmigrante se encuentre en dicha situación, por lo que no se permite ninguna ponderación de sanciones.

3. El derecho de enemigo en el ámbito de la UE.

Un recorrido por las más importantes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativas a cuestiones prejudiciales en relación a la expulsión de personas inmigrantes en situación irregular sorprende, en primera instancia, por la escasa atención que dicho tribunal dedica a la posible vulneración de los derechos humanos. Ello a pesar de que en la Directiva de referencia esta perspectiva está convenientemente destacada desde un punto de vista teórico aunque no tanto práctico⁷³⁰.

Por el contrario, el principio que preside todas las resoluciones sobre este particular está presidido por un claro afán de convertir el derecho comunitario de extranjería en un eficaz instrumento para la consecución de rápidas expulsiones. La rápida expulsión se convierte, al igual que la sanción penal de la situación irregular presente en algunos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, en un instrumento para evitar el denominado “efecto llamada”.

En un primer momento, esta tendencia quedaba compensada por el hecho de que las normas que el TJUE considera que obstaculizan la normal consecución de los objetivos de la Directiva de retorno son normas más gravosas para las personas inmigrantes dado que suponían la imposición de penas privativas de libertad. De todos modos, este órgano judicial dejó claro que no era el carácter menos ventajoso lo que determina su incompatibilidad con el derecho comunitario sino el que no garantizaba una expulsión en tiempo adecuado.

Esta línea se ha visto claramente reafirmada con la más reciente resolución. En este caso la norma que, según el TJUE, obstaculiza los objetivos comunitarios expresados en la Directiva incorpora una sanción más favorable contra las personas inmigrantes en situación irregular. Es decir, el criterio de la favorabilidad

⁷³⁰ BOU FRANCH, V. y REIG FABADO, I., «La Directiva 2008/115/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular», *Revista general de Derecho Europeo*, nº 19, 2009, pp. 26 y ss.

incorporado por la propia Directiva en su art. 4.3 ha de ceder como consecuencia de que la imposición de una multa no es compatible con dicha Directiva.

El TJUE ha dado una interpretación de la Directiva que impide la aplicación del régimen sancionador previsto por nuestro derecho interno. Esto es una consecuencia de la mala transposición operada por la LO 2/09. Ello genera un importante problema práctico toda vez que este TJUE ha afirmado que «una autoridad nacional no puede ampararse, frente a un particular, en una disposición de una directiva respecto a la cual aún no se ha producido la necesaria adaptación del Derecho nacional» o, diríamos nosotros, se ha producido una deficiente transposición. Es decir, «ni la administración española ni los jueces nacionales pueden dar cumplimiento a la obligación incondicional de expulsión que le impone la Directiva, inaplicando un régimen sancionador como el español que prevé la opción entre expulsión o multa»⁷³¹.

Por último, cabe afirmar que el Derecho Comunitario, conforme a la interpretación dada por su Tribunal de Justicia, convierte a las personas inmigrantes en situación irregular en enemigos de su política de control de los flujos migratorios. Ese objetivo no debe detenerse en consideraciones relativas a la protección de los derechos de dichas personas más allá de los supuestos específicamente previstos como especialmente necesitados de apoyo. Este posicionamiento contrasta con la consideración con la que se trata a otros de los actores fundamentales en el escenario de la inmigración irregular, esto es, a aquellos que reciben el trabajo de estas personas de quienes tan expeditivamente nuestro TJUE quiere deshacerse.

Nos referimos a la generosa graduación de sanciones implementadas por la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. En el art. 5 de esta Directiva se enumeran las sanciones económicas a adoptar por los Estados miembros en el caso de que los empresarios incurran en alguna de las conductas descritas por el art. 3 de la misma. Pues bien, el apartado tercero de este precepto autoriza a los Estados miembros a prever una reducción de las sanciones económicas cuando el empleador sea una persona física que emplea a un nacional de un tercer país en situación irregular en el ámbito particular y no se dan condiciones de trabajo especialmente abusivas. Es decir, se procura un trato profundamente desigual para ambas partes de la relación de trabajo irregular. Respecto del trabajador sólo cabe la sanción más grave y respecto del empresario, auténtico causante del efecto llamada, se ha de ponderar la sanción económica con sólo constatar que no concurren circunstancias de abuso adicional al que, en sí mismo, supone trabajar clandestinamente.

⁷³¹ GONZÁLEZ SAQUERO, P., «La regulación de la expulsión administrativa», *cit.*, p. 6.

DERECHOS HUMANOS Y ESTATUTO JURÍDICO DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

José Sánchez Pérez
Prof. Ayudante Doctor. Derecho del Trabajo y de la SS
Universidad de Granada

Sumario

1. La proyección de los derechos humanos sobre el estatuto jurídico del menor no acompañado.
 - 1.1 Caracterización jurídica de la condición de menor no acompañado
 - 1.2 El dilema: entre la repatriación y la acogida
 - 1.3 La concesión de la residencia del menor no acompañado
 - 1.4 El acceso del menor a la mayoría de edad
 - 1.5 Derechos Humanos y compatibilidad de las medidas adoptadas por la Unión Europea en relación con las obligaciones que impone el derecho internacional de derechos humanos en el ámbito de la migración de menores extranjeros no acompañados
2. Iniciativas de la Unión Europea frente a la situación de la inmigración de menores no acompañados
3. Conclusiones

1. La proyección de los derechos humanos sobre el estatuto jurídico del menor no acompañado.

El nuevo escenario global que se ha configurado como consecuencia del BREXIT y del acceso a la Casa Blanca de DONALD TRUMP parece describir un movimiento sísmico que ha hecho temblar los cimientos sobre los que se sustenta el equilibrio internacional y especialmente los derechos que afectan a los trabajadores inmigrantes.

Estos dos hechos particularmente llamativos se han revelado con sorpresa tanto para los actores económicos y políticos, como para gran parte de la opinión pública. También ha sorprendido a una mayoría de analistas que fracasaron en su interpretación y diagnosis, a los encuestadores que no supieron medir la capacidad de convicción populista que albergaban las propuestas finalmente vencedoras. Los mercados internacionales tampoco han permanecido ajenos abriéndose un período de incertidumbre relativo al futuro de la economía mundial.

Mientras tanto, en lo que atañe a nuestra realidad más cercana: la Unión Europea, o lo que quedará de la Unión Europea tras la deserción o deserciones que se anuncian, se avanza correcciones políticas y jurídicas contrarias a la normativa favorecedora de la globalización, penalizando el estatuto jurídico de los inmigrantes y, particularmente en lo que afecta a la materia objeto de análisis de este trabajo, a un colectivo tan frágil y necesitado de tutela jurídica como es el integrado por los menores no acompañados.

1.1. Caracterización jurídica de la condición de menor no acompañado

Con carácter previo a la descripción de la forma en que se proyectan los derechos humanos sobre el estatuto jurídico del menor no acompañado procede precisar a quien nos referimos cuando hablamos de esta figura. Esta situación describe al extranjero que aún no ha cumplido la mayoría de edad (18 años) cuando accede al territorio español sin estar acompañado por un adulto que haya asumido la responsabilidad de su cuidado, ya sea en forma legal o bien conforme a la costumbre, apreciándose en tal caso un riesgo de desprotección del menor en tanto carezca de la protección adecuada por parte de un adulto⁷³².

La situación en que se encuentra el menor no acompañado demuestra una especial vulnerabilidad, en primer término por su carácter foráneo y a continuación, y especialmente, por su minoría de edad⁷³³.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, viene a configurar un elenco de derechos fundamentales del niño, fijando una relación de medidas dirigidas a la protección del menor, las cuales procede adoptar

⁷³² LÓPEZ AZCONA, A., “El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en derecho español”, Revista de derecho migratorio y extranjería, págs. 103 a 134.

⁷³³ ADAM MUÑOZ, M^º D., Revista de derecho migratorio y extranjería, núm. 20, 2009, págs. 11 a 45.

de forma independiente de su nacionalidad. De esta forma, el mero hecho de la presencia del menor en territorio español va a resultar suficiente para activar el dispositivo protector que incorpora la ley.

En la situación descrita cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localizan a un menor no acompañado cuya edad no pueda determinarse con seguridad a través de la documentación que posea o de su apariencia física, el mismo debe ser entregado a los servicios de protección de menores competente, al objeto de que reciba de inmediato la atención que precise. Paralelamente debe comunicarse al Ministerio Fiscal el hecho aludido que dispondrá a la mayor brevedad posible la determinación de la edad del presunto menor a cuyo efecto se requerirá la colaboración de las autoridades sanitarias correspondientes. Éstas, con carácter prioritario y urgente, llevarán a cabo las pruebas médicas pertinentes al fin pretendido (ortopantomografía, pruebas radiológicas de la mano izquierda, etc). A continuación, el servicio competente de protección del menor ha de informar a éste, en modo fehaciente y a través de un idioma que le permita acceder a toda la información relevante para su derecho y acceder al conocimiento de los contenidos fundamentales en que se concretan los derechos vinculados a la protección internacional que les ampara. También se les ha de trasladar la información pertinente a los efectos de que conozcan adecuadamente el procedimiento previsto para su solicitud.

Una vez que se ha procedido a la determinación de la edad del menor extranjero no acompañado, los organismos públicos competentes, a tenor del régimen tutelar que contempla el art. 35 LOEx, cumplimentarán las medidas pertinentes de asistencia, permanencia en España o bien la repatriación a su país de origen. De no ser factible el retorno, una vez que hubieran transcurrido nueve meses desde su puesta a disposición de los servicios competentes, el menor tendrá acceso a una autorización de residencia que puede ir acompañada de una autorización para trabajar, tal y como dispone el art. 40.1.i LOEx y 196 y ss. REEx. Ha de tenerse en cuenta que los menores tutelados por un servicio de protección pueden desempeñar actividades de carácter laboral sin necesidad de previa autorización siempre que, a juicio de la entidad que resulte competente, puedan favorecer su integración social (art. 117.j REEx)⁷³⁴.

1.2. El dilema: entre la repatriación y la acogida

La respuesta institucional que se ofrece a los menores no acompañados muestra una doble opción: bien la repatriación o bien la estancia en centros de acogida. Sin embargo, la alternativa no se plantea para que el menor pueda mostrar su preferencia, ya que la solución que se baraja contempla en primer lugar la repatriación del menor. Sólo cuando ello no es posible, por cuestiones de índole legal o, con frecuencia por la imposibilidad de localizar a los responsables del

⁷³⁴ AGUELO NAVARRO, P., “Un enfoque jurídico sobre los menores extranjeros”, AA.VV. Infancia, juventud y migraciones: una mirada para la cooperación internacional, 2011, págs. 41 a 80.

menor, se plantea su internamiento en centros de acogida situación que exige la preceptiva orden de acogimiento residencial⁷³⁵.

Barajando esta secuencia preferencial la Delegación y Subdelegación del Gobierno competente llevará a cabo los trámites relativos a la repatriación del menor no acompañado, entre los que se encuentran las actuaciones informativas previas comprendiendo el procedimiento las fases de incoación, tramitación y resolución. Procede asimismo, recurriendo a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, recavar informes a la representación diplomática del país de origen del menor relativos a la persona o entidad que tenga atribuida su tutela legal, custodia o guarda. Al efecto expuesto, se iniciarán los trámites de procedimiento de repatriación cuando a tenor de los informes, se considere que el interés superior del menor queda adecuadamente salvaguardado a través de la reagrupación familiar o bien a través de la entrega a los servicios de protección existentes en el país de origen. La tramitación del procedimiento implica resolver acerca de la repatriación del menor a su país de origen o bien a aquel en que pudieran encontrarse sus familiares o, en otro caso, acordar la permanencia en España. Implica la incorporación al mismo de las alegaciones, documentos y pruebas que se estimen pertinentes, de modo que tras haber escuchado al menor, de estimarse que tiene suficiente juicio, y tras la emisión del informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado acordará resolver observando con criterio preferente a todos el del interés superior del menor.

En el procedimiento administrativo de repatriación así como en el posterior recurso contencioso administrativo los menores, mayores de dieciséis años, mantienen su capacidad de actuación, pudiendo intervenir de forma personal o bien a través de la representación que designen. Por el contrario, los menores de dieciséis años, tendrán una capacidad de actuación más limitada, si bien si se estima que tienen juicio suficiente pueden mostrar su oposición frente a quienes ostenten su representación pudiendo solicitar que el defensor judicial pase a representarlos.

Para la hipótesis de que se adopte la decisión de la repatriación, ésta se llevará a cabo a través de la reagrupación familiar o bien mediante su puesta a disposición ante los servicios de protección de menores de su país de origen. Si el menor hubiese interpuesto un recurso judicial, la ejecución de la decisión adoptada en el expediente administrativo de repatriación vendrá condicionada por una previa autorización judicial.

Se produce un consenso general entre las Organizaciones No Gubernamentales y la doctrina científica, en el sentido de que la ambigüedad y la limitada regulación del estatuto de los menores no acompañados en el derecho comunitario podría obedecer al miedo de que una normativa decididamente proteccionista produjera

⁷³⁵ GOENECHEA PERMISÁN, C.: "Menores inmigrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad", I Congreso Internacional a Educació a la Mediterrània, Palma de Mallorca, 2006.

un efecto llamado no deseado en lo que se refiere a los flujos migratorios de menores⁷³⁶.

Las Administraciones en cualquier caso no han dejado de mantener una situación fluctuante o a medio camino entre la protección y la represión ante el incremento del fenómeno de los menores inmigrantes no acompañados⁷³⁷.

1.3. La concesión de la residencia del menor no acompañado

De no resultar posible o adecuada la repatriación del menor y, en todo caso, una vez que hubieran transcurrido nueve meses desde la puesta a disposición del menor en los servicios competentes de protección de menores se procederá a la tramitación de la autorización de residencia.

El procedimiento para la concesión de la autorización de residencia puede iniciarse de oficio por la Oficina de Extranjería o a instancia del Servicio de protección de menores. La Oficina de Extranjería finalmente adoptará la resolución procedente y la notificará tanto al menor como al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes, pudiendo aquél en el plazo adicional de un mes solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero. El plazo de vigencia de la autorización tendrá vigencia de un año desde la fecha en que el Ministerio Fiscal a través de resolución determinó la puesta a disposición del menor ante el servicio de protección de menores.

En la hipótesis de que el menor que se encuentre en edad laboral vaya a realizar actividades laborales podrá interesar una autorización administrativa con el objeto de realizar actividades de trabajo temporal o bien una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando la actividad ofrezca una continuidad proyectada en el tiempo.

La renovación de la autorización de residencia –o bien la de residencia y trabajo– será iniciada de oficio por la Oficina de Extranjería dentro del plazo de sesenta días naturales previos a la fecha en que finalice su vigencia, debiendo otorgarse su concesión siempre que se persistan las circunstancias que dieron lugar a su concesión inicial. La vigencia de la autorización renovada será de un año salvo que proceda la concesión de la autorización por un plazo mayor. La concesión de los permisos a que se hace mención no impedirá el que se pueda proceder a la repatriación del menor siempre que se aprecie que la misma puede favorecer su interés superior.

⁷³⁶ GIMENO MONTERDE, C., Menores extranjeros no acompañados: una cuestión compleja para las políticas públicas y sociales, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 25, 2010, págs. 55 a 72.

⁷³⁷ DURÁN RUIZ, F.J., “Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección”, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, junio 2007, págs. 1 a 41.

1.4 El acceso del menor a la mayoría de edad

Los menores que se hallen sujetos a tutela y que dispongan de autorización de residencia una vez que alcance la mayoría de edad podrán interesar su renovación. A tal fin adquiere particular relevancia la acreditación de un cierto grado de inserción del solicitante en la sociedad. El procedimiento referente será el que corresponde a la autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo en cuyo caso se ha de acreditar la disposición de medios económicos en importe mensual equivalente al 100% del IPREM. El plazo correspondiente a la autorización renovada alcanzará los dos años, con la salvedad de que pudiera aprobarse una autorización de residencia de larga duración. También se contempla la opción de que en el momento de acceder a la mayoría de edad, o bien en un momento posterior, se pueda interesar ampliar la autorización de residencia en vigor para obtener la autorización de residencia y trabajo.

Otra opción recurrente atiende el supuesto en que los servicios de protección de menores ostentan su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda y éstos alcanzan la mayoría de edad sin haber recibido la autorización de residencia. En tal caso, si los menores han participado de forma adecuada en actividades de acción formativa o bien en programas favorecedores de su integración social podrán interesar la autorización temporal de residencia justificada por circunstancias excepcionales, en cuyo caso podría accederse bien a una autorización temporal de residencia temporal o bien a una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena o propia.

Para la obtención de la autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales será preciso que sea solicitada por el propio interesado en la Oficina de Extranjería correspondiente en el plazo de los sesenta días naturales previos, o noventa posteriores, a la fecha en que el interesado cumpla la edad de dieciocho años. En tal supuesto, deberá acreditar que dispone de medios económicos suficientes para su sostenimiento entendiéndose a tal efecto suficiente si se acredita la percepción de una cantidad mensual equivalente al 100% del IPREM, o bien alternativamente que cuenta con contrato o contratos de trabajo o que reúne los requisitos para llevar a cabo una actividad por cuenta propia con una rentabilidad estimada equivalente a la indicada.

Para el supuesto que se describe la autorización tendrá un plazo de un año e incorporará autorización para trabajar si los medios económicos se encuentran vinculados al trabajo por cuenta ajena o propia, en cuyo caso la vigencia quedaría supeditada a la efectiva afiliación y alta a partir del término de 30 días en que se notifique la resolución en el Régimen correspondiente de Seguridad Social.

1.5 Derechos Humanos y compatibilidad de las medidas adoptadas por la Unión Europea en relación con las obligaciones que impone el derecho internacional de derechos humanos en el ámbito de la migración de menores extranjeros no acompañados

Hemos de tener en consideración que el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos implica una limitación de la facultad que ostentan los Estados para adoptar decisiones relativas a la entrada, permanencia y salida de los extranjeros dentro de su territorio, imponiendo obligaciones específicas relativas al trato que han de recibir cuando se encuentren bajo su jurisdicción. Tales limitaciones se acentúan cuando se trata de menores extranjeros no acompañados en tanto que gozan de una protección reforzada por la triple condición de vulnerabilidad que suelen ostentar: menor, extranjero e indocumentado⁷³⁸.

Tal y como expresó la Recomendación 1985 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: *«Un niño es en primer lugar y sobre todo, un niño. Sólo después puede él o ella ser visto como un migrante. Esta consideración, junto con la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor, (...) y la prohibición de discriminación entre los niños, debería constituir el punto de partida de cualquier discusión relativa a los menores migrantes no documentados. La cuestión de su estatus migratorio puede sólo considerarse en segundo lugar»*.

El Derecho internacional ha avanzado adoptando medidas que desde distintas perspectivas, incluida la tipificación penal, han mejorado la lucha frente a la trata de seres humanos⁷³⁹ y el tráfico ilícito de inmigrantes. La Convención sobre Derechos del Niño⁷⁴⁰ (en adelante CDN) en sus arts. 11 y 35 ha previsto que los Estados deben adoptar las medidas oportunas para enfrentarse a los traslados ilícitos de niños al extranjero debiendo, con este fin, promover diferentes acuerdos entre los Estados implicados.

Desde esta perspectiva la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes exige esfuerzos destacados de cooperación a nivel internacional, quedando esencialmente implicados los países que integran el origen, tránsito y destino de tales movimientos de migrantes. Desde esta perspectiva los menores que migran sin estar acompañados y sin documentación se encuentran en una posición de mayor vulnerabilidad y riesgo ante este tipo de situaciones. De ahí, la obligación que se desprende del art. 6 CDN al pretender garantizar la vida, supervivencia y desarrollo del niño, exigiendo a los Estados implicados un deber de vigilancia para evitar que los menores no acompañados, incurran en situaciones de exposición a la explotación sexual o de otro carácter o bien en la participación en actividades delictivas, llegando a convertirse en víctimas de estas situaciones.

Se configura en segundo lugar una obligación consistente en proporcionar un estatuto reforzado de protección en los países de acogida de los menores. Es así

⁷³⁸ PÉREZ GONZÁLEZ, C.: La compatibilidad de las medidas adoptadas por la Unión Europea con las obligaciones que impone el derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito de la migración de menores extranjeros no acompañados, Revista de derecho migratorio y extranjería, núm., 31, 2012, págs. 247 a 272.

⁷³⁹ BADÍA MARTÍ, A.M^º, "Noción jurídica internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños", en AA.VV. Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, 2005, Universidad de Sevilla, págs. 177 a 198.

⁷⁴⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990 (Publicado en BOE núm. 313 de 31 de Diciembre de 1990).

que del Derecho Internacional se desprende la obligación de no considerar a los menores no acompañados como inmigrantes irregulares cuando han sido víctimas de trata de seres humanos o bien de las redes de tráfico de migrantes. Para tal supuesto, deberán recibir la consideración de víctimas y, por tal motivo deberán adoptarse las medidas oportunas para la protección de sus derechos atendiendo a las necesidades particulares que se generan.

A la hora de concretar cuáles son esos derechos que corresponde preservar a favor de los menores debe recurrirse al acuerdo del Comité de los Derechos del Niño en su Observación General número 6 (2005). Tal acuerdo establece que los derechos que procede garantizarse al menor son los siguientes: a la atención y alojamiento, a la educación, a la atención sanitaria, a un nivel de vida adecuado, a no ser privado de la libertad de manera arbitraria, a la residencia y al trabajo, a solicitar y obtener asilo u otra forma de protección internacional así como a la tutela judicial efectiva⁷⁴¹.

2. Iniciativas de la Unión Europea frente a la situación de la inmigración de menores no acompañados

En el marco de la Unión Europea el juego de los distintos sistemas jurídicos en materia de extranjería distingue con claridad aquel que se puede considerar privilegiado y que hace referencia al que gozan los nacionales de los Estados pertenecientes a la Unión Europea y Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein) al que se añade Suiza⁷⁴². Frente a este sistema privilegiado se ubicaría el denominado sistema general que identificaría a los nacionales de terceros países⁷⁴³, si bien de este sistema general deberían quedar excluidos los menores extranjeros solicitantes de asilo o de refugio, así como aquellos que disfruten de la condición de apátridas.

A la hora de determinar el margen de protección temporal que depara la condición de menor no acompañado hemos de referirnos al criterio sentado por la norma específica de Derecho Internacional privado a cuyo efecto el artículo 9.1 Código Civil según el cual la mayoría de edad se rige por la ley nacional del individuo. En nuestro país, según se desprende del art. 12 CE y 315 del Código Civil, la minoría de edad se prolonga hasta el cumplimiento de los 18 años, límite que es similar al fijado por los países de nuestro entorno. A tal efecto, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países hace mención en su artículo primero a los menores de dieciocho años nacionales de países terceros, no pertenecientes a la

⁷⁴¹ Cfr. AA.VV. Ni ilegales, ni invisibles. Realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España, UNICEF informe 2009.

⁷⁴² BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., Los nacionales de terceros países en la Unión Europea, Univ. de Córdoba, 2.ª ed., 2001.

⁷⁴³ GARCÍA CANO, S., Posición y protección del menor inmigrante en la actual legislación de extranjería, AA.VV. Inmigración y derechos de los extranjeros, Dir. Fernández Le Gal, A. Córdoba, 2005, págs. 153 a 178.

Unión Europea. En consecuencia, el halo protector de la normativa se extranjería se extiende hasta el cumplimiento de la mayoría de edad.

Nuestra normativa no ofrece una definición concreta de menor extranjero no acompañado, si bien podemos remitirnos al marco que ofrece la Unión Europea para la concreción de este concepto. En el modo aludido la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países, en su artículo primero hace referencia a los *«menores de dieciocho años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos»*. Posteriormente la Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 ha mantenido el criterio aludido.

Las iniciativas que se producen en la Unión Europea vinculadas al tratamiento específico de los menores no acompañados se producen considerando como normativa vinculante la existente a nivel de legislación de extranjería. De entre las normas a considerar cabe destacar varias de ellas.

En el ámbito internacional resulta referente la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de diciembre de 1989. Se trata del primer convenio donde aparecen de forma completa y estructurada los derechos del niño, obligándose a personas e instituciones implicadas en su protección a desplegar todos los medios precisos para que estos derechos, alcance un efectivo reconocimiento de modo que en todo caso prevalezca el interés superior del niño.

De otro lado, el Convenio de La Haya sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de octubre de 1961, implanta la conveniencia de que en interés del menor se facilite el acceso a las autoridades judiciales y administrativas, considerando criterios de proximidad, que deberán adoptar medidas que protejan tanto a su persona como a sus bienes (art. 1).

Por su parte la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 de 8 de julio de 1992) sistematiza los derechos fundamentales de los menores, no obstante lo cual se incorpora una distinción que atiende a distinciones relativas a su ejercicio dependientes de que el menor sea o no nacional de un Estado miembro.

Esta normativa global se completa con la CE que ofrece una clara muestra de protección que el Estado dispensa a los menores. A tal fin, el art. 14 prohíbe cualquier discriminación en el disfrute de los derechos, en tanto que el art. 39 establece no solo la protección de la familia sino la necesidad de que no se produzcan discriminaciones que atiendan al lugar de nacimiento. Como complemento el art. 39.4 CE mantiene en relación a los niños que *«gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»* destacándose la

importancia que vienen a ostentar los tratados internacionales suscritos en este ámbito por España.

3.- Conclusiones

Resulta transparente que el esfuerzo desplegado a través de los Convenios Internacionales traduce el interés consensuado en ofrecer un sistema de garantías para los inmigrantes menores de edad no acompañados. Este sistema garantista viene justificado entre otras razones por la especial vulnerabilidad de este colectivo. Puede entenderse fácilmente más en una sociedad como la nuestra, hiperprotectora con los menores, cómo se tiene que sentir un menor que en la búsqueda de medios de supervivencia y en una edad en la que no le corresponde asumir ese rol propio de adultos, deja su entorno familiar y su país para adentrarse en solitario en una aventura migratoria bien recurriendo a las redes clandestinas de emigración atravesando el Mediterráneo en frágiles e inadecuada embarcaciones o bien en los ejes de un camión.

Básicamente las dos ideas centrales que se consideran a la hora de la adaptación de las exigencias del Derecho Internacional se dirigen a promocionar la cooperación destinada a la lucha contra el tráfico de migrantes y la trata de seres humanos así como la protección de sus víctimas. En segundo lugar, se configura un régimen de protección que viene a atender a la situación particular de especial vulnerabilidad en que se encuentra el menor no acompañado.

El incremento de los movimientos migratorios de menores hacia los países de la Unión Europea procedentes de países de escaso desarrollo se plantea como una realidad imparable y difícil de controlar, pudiéndose advertir en cierto modo una eclosión de esta nueva fórmula migratoria.

Los Estados europeos en general y en particular los ubicados en el sur, se encuentran sometidos a una permanente tensión jurídica donde no es fácil adivinar las novedades legislativas que acabarán imponiéndose; con mayor motivo si atendemos al cada vez mayor coste electoral que tiene para los partidos tradicionales seguir manteniendo los planteamientos solidarios que se derivan de los Convenios Internacionales.

La precariedad de medios dispuestos por los Estados para la atención de los inmigrantes cada vez resulta más patente, no ya sólo al abandonarlos a su suerte cuando intentan cruzar el Mediterráneo apartando la mirada de una tragedia que cada día adquiere mayores dimensiones, sino que en cierto modo ha burocratizado el tratamiento de la inmigración desde mismo comienzo de la crisis económica en el año 2008. En tal fecha la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular pone más

énfasis en la repatriación de los menores extranjeros no acompañados que en las medidas efectivas que pudieran permitir su integración social.

Tampoco ayuda en este sentido la enorme ola de populismo nacionalista que excluye el tratamiento tuitivo de los menores propio de los Convenios Internacionales, haciendo imponer el criterio cada vez más extendido de la necesidad de cerrar fronteras a la inmigración. Se deja así, tristemente en el olvido, dentro del fenómeno de la inmigración tan necesario para el propio crecimiento europeo, que los menores inmigrantes no acompañados son un colectivo de especial vulnerabilidad que ante las dificultades de integración social y sin el apoyo preciso pueden caer con relativa facilidad en las redes de la delincuencia, la prostitución o la trata de seres humanos

