Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La Protección social de trabajadores migrantes y su proyección en el marco de los Derechos de Libre Circulación

The social protection of migrant workers and its impact on freedom of movement

Belén del Mar López Insua *Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-1248-6015

Cita Sugerida: LÓPEZ INSUA, B.M.: «La Protección social de trabajadores migrantes y su proyección en el marco de los Derechos de Libre Circulación». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 189-204.

Resumen

Al hilo del principio de libre circulación de trabajadores se plantea el problema de reconocer o no las prestaciones sociales, pues no quedan claras las fronteras entre Seguridad Social y Asistencia Social. La difícil tarea de deslinde entre uno y otro propicia que las fronteras entre ambas se hayan desdibujado. De igual modo, tampoco resulta nada fácil definir los conceptos de prestaciones contributivas y no contributivas, de ahí que para saber si una prestación se encuentra o no incluida en el campo de aplicación de los Reglamentos de coordinación los tribunales hayan de guiarse por el principio de condición más favorable (artículo 48 del TFUE). Siendo, por tanto, reconocidas como tales aquellas concedidas legalmente a sus beneficiarios y referidas a alguno de los riesgos que recogen los Reglamentos de Coordinación comunitaria.

Palabras clave

protección social; reglamentos de coordinación; asistencia social; Brexit y prestaciones sociales

Abstract

The principle of free movement of workers raises the question of whether social benefits are recognized, since the boundaries between social security and social assistance are not clear. The difficult task of drawing the lines between the two has led to blurring of the boundaries. Similarly, it is not easy to define the concepts of contributory and non-contributory benefits; Hence, in order to determine whether a benefit falls within the scope of the coordination regulations, the courts must be guided by the principle of the most favourable condition (Article 48 TFEU). The legal recognition of those granted to their beneficiaries and relating to one of the risks listed in the Community coordination regulations.

Keywords

social protection; coordination regulations; social assistance; Brexit and social benefits

"El derecho habla su propio idioma. Por eso interesa siempre el sentido técnico-jurídico que posee límites más exactos que el concepto de idioma cotidiano. Sin embargo, entre tanto hemos aprendido a ver que tampoco el uso idiomático técnico-jurídico de la ley es tan exacto como sostenía Binding"

Engisch, K[1]

[1] Engisch, K.: Introducción al pensamiento jurídico, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2001, pág. 93.

1. LA LIBRE CIRCULACIÓN COMO PILAR FUNDAMENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA: PLANTEAMIENTO GENERAL Y CONTROVERSIAS EN TORNO AL MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN SOCIAL

La libertad de circulación de trabajadores migrantes constituye un principio fundamental recogido en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) y el cual se desarrolla por el mismo Derecho derivado europeo, así como por la Jurisprudencia comunitaria del Tribunal de Justicia (TJUE). Desde sus orígenes este principio (que involucra un haz de derechos conexos) ha constituida clave fundamental para la instauración de un mercado único, así como para el progreso de integración en el espacio Schengen y la garantía de una igualdad ciudadana comunitaria. Las distintas manifestaciones de este derecho - dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia- implican que los ciudadanos de la Unión (y sus familiares) puedan, entre otros derechos vinculados: buscar empleo en otros países comunitarios, desempeñar una actividad profesional sin necesidad de permiso de trabajo, residir en otro país y recibir el mismo trato que los ciudadanos que el país de residencia en lo relativo al acceso al empleo, condiciones de trabajo y disfrute de derecho sociales. Por lo tanto, en términos amplios, este principio implica la movilidad de las personas migrantes por la Unión sin trabas burocráticas, ni legales.

Ahora bien, tal afirmación requiere de una matización respecto de los nacionales de terceros países y trabajadores en situación irregular administrativa. Y es que tanto el Sistema de los Tratados, como el Derecho derivado de la Unión Europea (UE) aún mantienen esa diferenciación por razón de la nacionalidad y residencia, la cual hace extensible a todos los ámbitos de la vida social. Y es que, tras la introducción del concepto de "ciudadanía" en el conjunto comunitario se hizo extensible la aplicación del principio de igualdad de trato a todos aquellos (trabajadores y ciudadanos de la UE) que quieran ejercer el derecho a la libre circulación, ya sea por razones de búsqueda de empleo o para el acceso a las prestaciones (contributivas y no contributivas). En este sentido, una de las trabas más graves que se produce a nivel europeo consiste en la falta de respeto debido hacia los Derechos humanos y libertades fundamentales, pues a pesar de los múltiples instrumentos normativos existentes, lo cierto, es que en la práctica los principios de libertad de circulación, no discriminación e igualdad no se respetan. Y ello, aun cuando, desde el campo de las Instituciones y Organismos Internacionales ya se hayan declarados ilegales muchas de las prácticas expulsivas por su contraposición con el estándar multinivel de Derechos humanos. Lamentablemente, en las políticas públicas migratorias impera todavía la racionalidad excluyente y represiva debida al redescubrimiento político-jurídico de la idea de "peligrosidad social". De ahí que el tratamiento que reciban los ciudadanos de terceros países sea inferior al que disfrutan los que ostentan la ciudadanía de países miembros de la Unión.

Actualmente, el derecho la libre circulación y residencia atraviesa uno de sus peores momentos en cuanto a su efectiva en la experiencia jurídica debido a la meta política llamada "Brexit". En efecto, el fenómeno del Brexit ya está afectando al país que, más directamente, venía acogiendo mano de obra de toda la Unión (y, principalmente, de España). De este modo, uno de los problemas primordiales que se cuestionan ahora es el de las prestaciones sociales vinculadas al derecho a la libre circulación. La persistencia de los efectos negativos de la crisis económica (con una débil recuperación), el creciente e imparable desempleo, así como el respeto y manteniendo de los derechos sociales (tanto para ciudadanos de la Unión, como de terceros países) son sólo algunos de los puntos más críticos que determinan una descausalización de los principios base que conforman el Derecho originario comunitario. A todo ello, hay que sumar las constantes contradicciones y aporías en la doctrina del TJUE y, cómo no, el confuso panorama que crean la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril[2] y los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

[2] En esta Directiva se refunden todas las medidas normativas dispersas en el complejo corpus legislativo que había regulado previamente la libre circulación y residencia en la UE.

1.1. El derecho de residencia como condición "sine qua non" para el control de flujos migratorios y el acceso a los derechos de protección social

El espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE crea un espacio de movilidad en el interior del colectivo comunitario, el cual establece diferenciaciones en función de la condición o no de ciudadano de la Unión y, por tanto, del estatus jurídico de las personas migrantes resulta. Se entrecruzan así tres elementos clave, de un lado, los principios de libre circulación y residencia, de otro, los flujos migratorios y, finalmente, el respeto y el acceso a la protección de los derechos fundamentales.

En efecto, actualmente, se pone en práctica la lógica de seguridad interior frente a la entrada y permanencia de personas extracomunitarias en situación irregular, lo que al tiempo lleva a realizar una selección de personas y, por consiguiente, un endurecimiento de las políticas de protección social. A sensu contrario, lo ideal sería que las políticas comunitarias caminaran en un sentido más de integración y refugio, en lugar de fomentar la expulsión y la limitación de derechos. Este fenómeno no sólo está propiciando una desnaturalización del concepto de ciudadanía, sino también una mercantilización del estatuto jurídico de los nacionales de terceros países. A este respecto, algunos Estados miembros están llevando a cabo una serie de "prácticas" para la "venta" de la nacionalidad, a saber: países como Portugal, Grecia Chipre, Bulgaria, Hungría, España ya están facilitando la concesión de la nacionalidad y, por ende, la de ciudadanía de la Unión (y/o del permiso de residencia) a cambio de cuantiosas inversiones en propiedades inmobiliarias o compra de deuda soberana para los nacionales de estos países con un alto poder adquisitivo e inversor. La aplicación de la norma no parece que vaya a provocar un aumento significativo inmediato del número de beneficiarios del derecho a la libre circulación, pero incorpora un elemento selectivo y discriminatorio, esto es, un atajo para acceder primero a la residencia, después a la nacionalidad y, como colofón, a la ciudadanía de la UE.

La obligación de respetar los derechos fundamentales y el acceso al sistema de protección social vienen determinados no sólo por las políticas migratorias, sino también por los instrumentos normativos comunitarios. Y es que en ellos se determinan los requisitos y condiciones para el acceso a ese marco privilegiado de garantías y, por ende, a la condición de ciudadano. Los últimos constituyen piedra angular para la salvaguarda del derecho a la libre circulación en la Unión.

Desde el Tratado de la Comunidad Europea hasta el vigente TFUE se recoge este derecho como un principio esencial, en virtud del cual ningún trabajador migrante podrá ver mermado sus derechos (incluidos los nacionales de terceros países). El alcance material de este derecho no sufre, en principio, ningún cambio tras la publicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), pues la misma (con carácter vinculante) no puede alterar o distorsionar el régimen establecido en el sistema de Tratados. Recuérdese que la CDFUE establece el derecho a la libre circulación y residencia para los ciudadanos de la Unión (art. 45.1), pero además reconoce de forma expresa la facultad de atribuir este mismo derecho a los nacionales de terceros países que "residan legalmente" en el territorio de la UE. Por su parte, el Tratado de Lisboa vuelve a confirmar lo previsto en la Carta de DFUE, al establecer que la Unión adoptará medidas en el ámbito de la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros. Y, de igual modo, el TFUE insiste en esta materia al regular separadamente la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena en su artículo 45 y el disfrute de este derecho para los ciudadanos de la UE en su artículo 21.1. De esta dual diferenciación cabe extraer, en conclusión, la aplicación de un régimen distinto en función del derecho a residencia (ciudadanía en la Unión) el cual determina el acceso o no a las prestaciones no contributivas.

Aun cuando la actual legislación ha ampliado el ámbito personal y el contenido del derecho a la libre circulación, buscando así crear una Europa sin fronteras, lo cierto es que en la práctica este derecho se ha visto claramente mermado y limitado. A buen ejemplo, el artículo 48 del TFUE establece 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: a) 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; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros".

La ausencia de unas reglas de armonización para el colectivo comunitario, así como de una doctrina judicial europea uniforme en esta materia, propicia la aplicación de unas reglas de acoplamiento que construyen un "puente jurídico" entre los distintos sistemas de Seguridad Social para así garantizar el manteamiento de los derechos adquiridos. No se busca tanto la unión entre los dispares sistemas de protección social, sino que las pautas en este terreno quedan constreñidas al ámbito de la coordinación comunitaria. Cobra relevancia, en este punto, la promulgación del Reglamento CE nº 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, la cual se desarrolla por el Reglamento 987/2004. De este modo, se promueve el mantenimiento de distintos regímenes de Seguridad Social, al tiempo que los ciudadanos de la Unión y residentes legales podrán beneficiarse del derecho a la libre circulación ya sea por vía del Derecho Interno de cada uno de los Estados comunitario o del completado por la UE (vasos comunicantes)[3].

1.2. Ámbito personal y contenido esencial del derecho a la libre circulación y residencia

La construcción del concepto de ciudadanía europea parte de la inicial distinción entre "extranjeros procedentes de la Unión" y "extranjeros de fuera de la UE". Así pues, los primeros gozarán de un estatuto privilegiado de derechos, mientras que los segundos habrán de alcanzar la condición de residentes legales -según la legislación de cada uno de los países miembros de la UE- para poder disfrutar del contenido normativo que establece la libre circulación (artículo 20.1 del TFUE)[4].

La regulación del derecho a la libre circulación y residencia, en su versión primaria, ya potenciaba esta diferenciación entre ciudadanos de primera y segunda clase, de ahí que se haya erigido un concepto de Europa a distintos niveles. La ampliación de la libre circulación también a los nacionales de terceros países que cumplan con la condición de residencia supone que la acción normativa del colectivo comunitario la UE se ubica en el Espacio de libertad, seguridad y justicia (artículo 4 (2) letra j del TFUE). Ahora bien, cabe preguntarse ¿hasta qué punto son considerados éstos extranjeros? La concepción clásica de la dicotomía nacional-extranjero se transforma ahora, de tal modo que "el binomio" (extranjero de la UE y extranjero extracomunitario) se dirige hacia un trinomio que distingue al nacional, del europeo y de otros sujetos. Queda claro pues que el Derecho originario no amplía la libre circulación y residencia a todos los nacionales de terceros países, sino que diferencia entre los nacionales de terceros países ilegales y legales. La diferencia entre inmigrantes legales e ilegales podría parecer extremadamente simple, aunque por supuesto no lo es desde la perspectiva del Tratado de Lisboa. Por todo ello, estos colectivos de migrantes quedan abogados a sufrir constantes sospechas en cuanto a su situación administrativa, lo que repercute en el disfrute de sus derechos fundamentales como personas.

[3] Sentencias del TJUE de 3 de abril de 2008, C-331/06 y la de 21 de febrero de 2013, C-619/11.

[4] Sentencia del TJCE de 10 de julio de 2008, C-33/07 en el asunto Jipa.

No obstante, el derecho a la libre circulación y residencia de la UE se amplía también para los nacionales de terceros países "legales" por la triple vía del parentesco, residencia legal y voluntad declarada de facilitar la integración a los extranjeros en situación regular. Asimismo, los nacionales del Espacio Económico Europeo (EEE) podrán beneficiarse de ese estatuto jurídico privilegiado que integra a la libre circulación en el ámbito del Derecho de la Unión.

El contenido del derecho a la libre circulación, esto es, a la entrada, a circular libremente y a residir en el territorio comunitario, viene limitado por la duración de la estancia. Y ello es así porque la UE desarrolla y crea las condiciones a las que los nacionales de terceros países habrá de someterse para poder circular por el ámbito comunitario. Así pues, la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril se alza en guía diferenciadora entre aquellas estancias que son inferiores a tres meses (Art. 6 de la Directiva)[5] o superiores a tres meses (Art. 7 de la Directiva) y dentro del espacio de Schengen. En ambos casos, cabe reseñar que la libre circulación es plena, mientras que en caso de necesitar visado los extracomunitarios deberán cumplir con los requisitos que señala el art. 5.1 del Reglamento 562/2006, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras.

Finalmente, para períodos superiores a tres meses se establecen diferentes requisitos por parte de las directivas comunitarios que si se cumplen por los nacionales de terceros países se considerarán en situación legal. Dentro de la primera categoría se encuentran los trabajadores: a) altamente cualificados o titulares de la tarjeta azul, b) trabajadores temporeros, c) traslado intraempresarial de un directivo, especialista y de trabajador de formación o ICT móvil y d) trabajadores que residen legalmente en un Estado miembro. Forman parte de la segunda categoría, de un lado, los investigadores y, de otro, los estudiantes, alumnos, aprendices y voluntarios (se incluyen aquí también la movilidad "au pair"). Dentro de la tercera categoría se encuentran los residentes de terceros países que residan legalmente el territorio de un Estado miembro de la UE. Y, en cuarto lugar, aparecen los nacionales de terceros países con derecho a la reagrupación familiar, a saber: 1) el previsto para nacionales de terceros países y 2) los miembros o familiares de un ciudadano comunitario (el cónyuge; la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro; los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja; cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad y la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada).

2. ASISTENCIA SOCIAL Y SEGURIDAD SOCIAL A LA LUZ DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN Y LA DIRECTIVA 2004/38/CE

En principio la política migratoria de la UE no se dirige tanto a la articulación de mecanismos de derechos o de protección social, sino más bien al control de las fronteras para restringir el acceso de los nacionales de terceros países. Ahora bien, lo que es evidente es que una vez que éstos acceden se genera una dinámica hacia una más intensa integración gracias al establecimiento de los principios de solidaridad y reparto equitativo de responsabilidades entre los Estados comunitarios (Artículo 80 del TFUE), para lo cual se adoptarán las reglas que sean necesarias para facilitar su aplicación.

Así pues, la Carta Social Europea establece que "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 de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales" (Artículo 34.1). Sin embargo, por otra parte, insiste en

[5] Basta aquí con la posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos para que los ciudadanos de la Unión o del EEE puedan circular libremente por la UE.

el concepto de "residencia" al reconocer que "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 de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales" (Artículo 34.2). Y es que "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 de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales" (Artículo 34.3). Por todo ello, la Carta deja claro que el ejercicio de estos derechos depende "las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión, la legislación y las prácticas nacionales", de modo que su aplicación efectiva atiende, por el momento, a lo predispuesto en los sistemas nacionales de Seguridad Social (las prestaciones de Seguridad Social continúan estando "nacionalizadas", sin que existe un umbral mínimo o basamento mínimo de armonización legislativa comunitaria en esta materia). La coordinación intracomunitaria es la técnica legislativa instrumental (forma de "gobernanza legislativa suave", pero fuerte en la dimensión de política del Derecho) que podría evitar (o al menos atenuar) los impedimentos para la aplicación de las distintas legislaciones nacionales de Seguridad Social a los trabajadores en el espacio de la UE.

El principal problema que aparece en el colectivo comunitario a la hora de reconocer o no las prestaciones sociales radica en torno a la diferenciación entre Seguridad Social y Asistencia Social. La difícil tarea de deslinde entre uno y otro propicia que las fronteras entre ambas se hayan desdibujado. De igual modo, tampoco resulta nada fácil definir los conceptos de prestaciones contributivas y no contributivas, de ahí que para saber si una prestación se encuentra o no incluida en el campo de aplicación de los Reglamentos de coordinación los tribunales hayan de guiarse por el principio de condición más favorable (artículo 48 del TFUE). Siendo, por tanto, reconocidas como tales aquellas concedidas legalmente a sus beneficiarios y referidas a alguno de los riesgos que recoge el Reglamento 883/2004.

No obstante, todo este entramado se complica aún más en la práctica debido al juego que los tribunales hacen unas veces aplicando el Reglamento 883/2004[6] y, otras, añadiendo el plus que recoge la Directiva 2004/38/CE, el cual permite que los Estados miembro imponga a sus ciudadanos inactivos limites o restricciones para el disfrute de las prestaciones sociales por razón del requisito de "residencia"[7].

3. LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL VERSUS LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

El derecho de la Unión Europea se basa en un sistema de coordinación comunitaria que aspira a transferir los derechos adquiridos de un Estado a otro, pero siempre que el trabajador esté dentro del ámbito de cobertura que establece la Directiva 2004/38/CE y por la que se garantiza la "libre circulación". De este modo se trata de proporcionar seguridad a la persona migrante, al protegerlo mediante las normas de un Estado miembro (o sea, el que trabaja y reside). Se busca, en definitiva, prevenir el turismo social" que tanto debilita las arcas públicas.

Desde el mismo Tratado Constitutivo de la CEE (artículo 51) se establece que el Consejo de la Unión Europea, a propuesta de la Comisión, habrá de adoptar -en materia de Seguridad Social- las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores. No obstante,

[6] Ver la sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2013. Asunto C-140/12 y la sentencia de 15 de septiembre de 2015. Asunto C-67/14.

[7] Ver la STJUE de 11 de noviembre de 2014. Asunto C-333/13. STJUE de 25 de febrero de 2016. Asunto C-299/14.

aunque se crea un sistema especial que permitía garantizar a los trabajadores migrantes y sus derechohabientes la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales y al cálculo de éstas, por otro lado, se pretende además garantizar el pago de las prestaciones a las personas que residieran en los territorios de los Estados miembros.

A pesar de los intentos de la Comisión Europa para suplir esa laguna competencial, con iniciativas legislativas de índole social sobre la base del entonces artículo 100 del Tratado de la CEE, lo cierto es que con la adopción del Acta de la Unión Europea y el Tratado de la Unión Europea tampoco no se alcanzaron los resultados previstos. Las modificaciones realizadas por el Acta Única Europea en la esfera social fueron escasas. Aparte, todas ellas, se centraron sobre temas muy específicos como son: el fomento del diálogo entre los interlocutores sociales a nivel europeo, la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, así como el reforzamiento de la cohesión económica y social a través del apoyo financiero comunitario.

La entrada en vigor del Tratado de Maastricht supuso una lamentable distorsión, pues auspiciaba para el ámbito social la instauración de dos regímenes jurídicos distintos. De un lado, las disposiciones recogidas en el Título VIII, Cap. I del Tratado de la UE y que resultaban aplicables a todos los Estados miembros. Y, de otro, las disposiciones del Protocolo sobre la política social -anexo al Tratado de la UE- aplicables a todos los que en aquella época eran miembros, a excepción del Reino Unido. Este panorama desembocó, finalmente, en la adopción de un régimen comunitario de coordinación de los disimiles sistemas nacionales de Seguridad Social organizados y financiados por los Estados, cuyo objetivo principal era remover las trabas a la libre circulación de los trabajadores.

Los Reglamentos 3 y 4 indicarán que las competencias normativas en materia social de la Unión Europea deberán permitir el paso de un sistema jurídico a otro (puente jurídico), de modo que los derechos adquiridos o en vía de adquisición en un Estado podrán invocarse en otro Estado como si se hubieran producido en el primera. De este modo, la coordinación de los sistemas de Seguridad Social favorece el respeto y exigibilidad de las prestaciones sociales, además de distribuir las cargas entre los distintos regímenes nacionales.

No obstante, el eterno conflicto entre los distintos Estados de la Unión ha determinado que sea la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que resuelva los distintos problemas de interpretación de la normativa en cuestión. A este respecto, de la doctrina del alto Tribunal de Luxemburgo se infiere que la coordinación, al no implicar unificación ni armonización de los sistemas de Seguridad Social, no conlleva su derogación, reforma, o modificación, sino que permite su subsistencia con todas sus peculiaridades, al tiempo que tampoco veda las competencias soberanas de los Estados para legislar en el ámbito de la Seguridad Social. Por todo ello, la libertad de movimiento no equivale a un libre acceso a los sistemas de Seguridad Social de otro Estado miembro, sino que las personas habrán de respetar una serie de principios comunitarios a fin de evitar que los trabajadores estén asegurados en más de un Estado miembro o carezcan de los beneficios de un sistema de Seguridad Social.

La problemática de los certificados acreditativos (en este caso, de idioma) no es la primera vez que se ha analizado. A buen ejemplo, cabe citar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 16 de noviembre de 2023 (asunto C-422/22).

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 6 y 16 del Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la

coordinación de los sistemas de seguridad social (DO 2009, L 284, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012 (DO 2012, L 149, p. 4) (en lo sucesivo, «Reglamento n.º 987/2009»). Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Toruniu (Organismo de Seguridad Social, Caja de Toruń, Polonia) (en lo sucesivo, «ZUS») y TE en relación con la decisión del ZUS de retirar a TE el certificado A1 que acredita su sujeción a la legislación polaca en materia de seguridad social para el período comprendido entre el 22 de agosto de 2016 y el 21 de agosto de 2017.

Como bien reconoce el TJUE, el derecho a la libre circulación de trabajadores se erige en un derecho fundamental que habrá de respetarse en el marco de la Unión Europea. A nivel comunitario, el Reglamento n.º 883/2004 establece las reglas aplicables en materia de Seguridad Social, así como la determinación de la legislación aplicable en caso de conflicto. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta que: "… la institución emisora de un certificado A1 que, tras un revisión de oficio de los elementos en los que se basa la expedición de dicho certificado, constata la inexactitud de tales elementos puede retirar el certificado sin iniciar previamente el procedimiento de diálogo y conciliación previsto en el artículo 76, apartado 6, del Reglamento n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento n.º 465/2012, con las instituciones competentes de los Estados miembros afectados con el fin de determinar la legislación nacional aplicable".

Por esta razón, el TJUE reitera lo siguiente: "… con respecto a las instituciones de los Estados miembros distintos del Estado miembro emisor se basa en el principio de cooperación leal, enunciado en el artículo 4 TUE, apartado 3, que implica también el principio de confianza mutua. En virtud de estos principios, la institución emisora debe proceder a una apreciación correcta de los hechos en los que se basa la expedición de dichos certificados y a un examen diligente de la aplicación de su propio régimen de seguridad social con el fin de garantizar la exactitud de las menciones que figuran en dichos certificados y, por lo tanto, la correcta aplicación del Reglamento n.º 883/2004, y las instituciones de los demás Estados miembros tienen derecho a esperar que la institución emisora cumpla tal obligación (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de febrero de 2018, Altun y otros, C359/16, EU:C:2018:63, apartados 37, 40 y 42 y jurisprudencia citada)".

Ahora bien, en la medida en que las modalidades de las actividades del trabajador de que se trate pueden evolucionar en relación con la situación tenida en cuenta en el momento de la expedición de un certificado A1 y en que los elementos que sirvieron de base para la determinación inicial de esta situación pueden posteriormente resultar inexactos, los principios de cooperación leal y de confianza mutua implican la obligación de la institución emisora de comprobar durante toda la ejecución de la actividad en la que se basa la expedición de tal certificado la exactitud de las menciones que figuran en él y de retirarlo si, habida cuenta de la situación real del trabajador de que se trate, comprueba que dicho certificado no es conforme con las disposiciones del título II del Reglamento n.º 883/2004.

Por todo ello, si una institución retira un determinado certificado o título acreditativo se debe a que no constituye un requisito obligatorio o, incluso, el documento presentado resulta inexacto. Lo que es coherente, esta interpretación, de acuerdo con la naturaleza, la finalidad y las condiciones de aplicación del procedimiento de diálogo y conciliación.

De acuerdo con esta doctrina, concluye el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respondiendo a las cuestiones prejudiciales planteadas de la siguiente forma: "… os artículos 5, 6 y 16 del Reglamento n.º 987/2009 deben interpretarse en el sentido de que la institución emisora de un certificado A1 que, tras un revisión de oficio de los elementos en los que se basa la expedición de dicho certificado, constata la inexactitud de tales elementos puede retirar el certificado sin iniciar

previamente el procedimiento de diálogo y conciliación con las instituciones competentes de los Estados miembros afectados con el fin de determinar la legislación nacional aplicable".

Otro de los conflictos que, recientemente, se ha elevado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con los Reglamentos de coordinación ha sido el determinar si, en base al derecho a la libre circulación de trabajadores migrantes, cabe que una persona extracomunitaria se beneficie de dos regímenes distintos de Seguridad Social. Y, en caso negativo, determinar qué sistema de Seguridad Social le resulta de aplicación. Por supuesto, habrá que tener en consideración aquí aspectos tales como el lugar en donde el trabajador realice la mayor parte de su actividad, así como otra lista de criterios o indicadores. En concreto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de septiembre de 2024 analiza esta cuestión conflictiva al hilo de la normativa aplicable al caso concreto, a saber: el Reglamento (CEE) n.º 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 (DO 1971, L 28, p. 1), en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1), y con las modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) n.º 631/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (DO 2004, L 100, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento n.º 1408/71»), así como, por otra parte, del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO 2004, L 166, p. 1; corrección de errores en DO 2004, L 200, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012 (DO 2012, L 149, p. 4) (en lo sucesivo, «Reglamento n.º 883/2004»), y, en particular, de los artículos 13, apartado 2, y 87, apartado 8, de dicho Reglamento, en relación con el Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento n.º 883/2004 (DO 2009, L 284, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento n.º 465/2012.

Resulta interesante destacar aquí los hechos controvertidos: El Sr. W.N es un trabajador de nacionalidad austriaca que solicitó ante el *Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen* (Organismo de Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos) -en adelante- SVS- que le expidieran un certificado en donde se acreditara que estaba sometido al sistema de Seguridad Social austriaco durante un periodo determinado en donde estuvo simultaneando su actividad profesional por cuenta propia como médico en Suiza, Liechtenstein y Suiza.

Dado que el Reglamento n.º 883/2004 sustituyó al Reglamento n.º 1408/71, la SVS recalificó la solicitud del interesado como dirigida a obtener un formulario A1 sobre la base de los Reglamentos números 883/2004 y 987/2009 y la denegó mediante resolución de 21 de octubre de 2020. Esta negativa estaba motivada por el hecho de que, ciertamente, en las relaciones con el Principado de Liechtenstein, en virtud del Acuerdo EEE, y en las relaciones con la Confederación Suiza, debido al ALCP, estos Reglamentos se aplicaban a los tres Estados de que se trata. En el caso de autos, sin embargo, no existe un acuerdo que abarque a la vez a los Estados miembros del EEE y a la Confederación Suiza, de modo que las actividades de W.M durante el período en cuestión deben someterse por separado a las legislaciones de cada uno de dichos Estados.

Por otro lado, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo de Austria estimó y emitió el certificado que solicitaba el interesado. Por lo que ya constaba que durante el periodo que determinaba el Sr. W.M estaba sometido a la Seguridad Social austriaca. No obstante, ¿qué pasaba con las actividades ejercidas en base al Acuerdo EEE? Esta cuestión se planteó, fundamentalmente, por el hecho de que el Sr. W.M simultaneó el ejercicio de su actividad en Austria con la realizada en otros países.

El órgano jurisdiccional remitente afirma que, antes del período en cuestión y del inicio de su actividad profesional adicional en Suiza, W M, que ejercía una actividad por cuenta propia simultáneamente en Austria y en Liechtenstein, estaba sometido a la legislación austriaca, por hallarse su domicilio en Austria, de conformidad con el artículo 14 *bis*, punto 2, del Reglamento n.º 1408/71. Pues bien, el Reglamento n.º 883/2004, que sustituyó al Reglamento n.º 1408/71, establece, en su artículo 13, apartado 2, que, en caso de actividades por cuenta propia ejercidas en varios Estados miembros, la legislación del Estado miembro de residencia solo se aplicará si una parte sustancial de las actividades se ejerce en dicho Estado y que, en su defecto, se aplicará la legislación del Estado miembro en el que esté situado el centro de interés de las actividades del interesado. Así pues, la legislación de Liechtenstein debería aplicarse a W.M durante el período en cuestión por razón del ejercicio de una parte sustancial de sus actividades en Liechtenstein. No obstante, con arreglo al artículo 87, apartado 8, del Reglamento n.º 883/2004, la legislación austriaca en materia de seguridad social siguió aplicándose al interesado, ya que su situación permaneció inalterada tras la entrada en vigor de este Reglamento.

Ante este dilema, el Tribunal Supremo de Austria decide suspender el procedimiento y plantear ante el TJUE tres importantes cuestiones prejudiciales: "1) ¿Son aplicables las normas del Derecho de la Unión relativas a la determinación de la ley aplicable en materia de seguridad social que contiene el Reglamento [n.º 883/2004], en relación con el Reglamento [n.º 987/2009], a una situación en que un ciudadano de la Unión trabaja simultáneamente en un Estado miembro de la Unión, en un Estado del AELC que es parte del Acuerdo EEE (Liechtenstein) y en Suiza? En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial: 2) ¿Debe aplicarse en un caso así el Reglamento [n.º 883/2004], en relación con el Reglamento [n.º 987/2009], de tal manera que haya de valorarse por separado la aplicabilidad de las disposiciones en materia de seguridad social en la relación entre el Estado miembro de la Unión y el Estado del AELC que es parte del Acuerdo EEE, por un lado, y en la relación entre el Estado miembro de la Unión y la Confederación Suiza, por otro, por lo que en cada caso será preciso emitir un certificado específico sobre la legislación aplicable? 3) ¿Constituye un cambio de la "situación que haya prevalecido" en el sentido del artículo 87, apartado 8, del Reglamento [n.º 883/2004] el hecho de que se emprenda una actividad en un nuevo Estado en el que sea aplicable el citado Reglamento, aunque ello no implique cambio alguno en la normativa aplicable, ya sea con arreglo al Reglamento [n.º 883/2004] o con arreglo al Reglamento [n.º 1408/71], y la actividad sea tan secundaria que con ella solamente se obtenga en torno a un 3 % de los ingresos totales? ¿Es relevante a este respecto la cuestión de si, a efectos de la segunda cuestión prejudicial, la coordinación en las relaciones bilaterales se ha de llevar a cabo de forma separada, a saber, por una parte, entre los Estados hasta ese momento afectados y, por otra parte, entre uno de estos Estados y el "nuevo" Estado?".

Resuelve, en este sentido, el TJUE que aun cuando la actual legislación ha ampliado el ámbito personal y el contenido del derecho a la libre circulación, buscando así crear una Europa sin fronteras, lo cierto es que en la práctica este derecho se ha visto claramente mermado y limitado. A buen ejemplo, el artículo 48 del TFUE establece 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…".

La ausencia de unas reglas de armonización para el colectivo comunitario, así como de una doctrina judicial europea uniforme en esta materia, propicia la aplicación de unas reglas de acoplamiento que construyen un "puente jurídico" entre los distintos sistemas de Seguridad Social para así garantizar el manteamiento de los derechos adquiridos. No se busca tanto la unión entre los dispares sistemas de protección social, sino que las pautas en este terreno quedan constreñidas

al ámbito de la coordinación comunitaria. Cobra relevancia, en este punto, la promulgación del Reglamento CE nº 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, la cual se desarrolla por el Reglamento 987/2009. De este modo, se promueve el mantenimiento de distintos regímenes de Seguridad Social, al tiempo que los ciudadanos de la Unión y residentes legales podrán beneficiarse del derecho a la libre circulación ya sea por vía del Derecho Interno de cada uno de los Estados comunitario o del completado por la UE (vasos comunicantes).

A efectos teóricos quedan claras las reglas de coordinación comunitaria que establecen los reglamentos comunitarios de 2004 y 2009, empero el problema se complica desde una perspectiva práctica cuando son varios los países en los que ha trabajado el solicitante. Y es que, tal y como se indica en la sentencia: "… la aplicación de los Reglamentos números 883/2004 y 987/2009 a una situación como la controvertida en el litigio principal, que afecta a tres Estados diferentes, reduce el riesgo de que el interesado esté sometido simultáneamente a la legislación en materia de seguridad social de varios Estados, ya que, conforme al principio de unicidad de la legislación aplicable perseguido por dichos Reglamentos, procede someter a las personas a las que estos Reglamentos son aplicables a la legislación de un solo Estado miembro, con el fin de evitar las complicaciones que pueden resultar de la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales y suprimir las complicaciones que, para las personas que se desplazan dentro de la Unión, en los Estados de la AELC que son parte del Acuerdo EEE y en Suiza, son consecuencia de una acumulación parcial o total de las legislaciones aplicables…". Por lo tanto, en tanto que la base jurídica es distinta, también podría ser diferente la legislación aplicable en materia de Seguridad Social.

Para evitar la vulneración del derecho a la libre circulación de trabajadores el TJUE, en su sentencia de 26 de septiembre de 2024, indica que procede "… aplicar dichos Reglamentos de manera separada, a saber, por un lado, por lo que respecta a las relaciones entre la República de Austria y el Principado de Liechtenstein, sobre la base del Acuerdo EEE, como ya sucedía antes de que W M comenzase a ejercer una actividad profesional adicional por cuenta propia en Suiza, y, por otro lado, en lo que atañe a las relaciones entre la República de Austria y la Confederación de Suiza, sobre la base del ALCP".

Finalmente, a efectos de determinar que parte se beneficiará de un acuerdo y que parte del otro habrá que tener en cuenta: 1) el volumen de negocios, el tiempo de trabajo, el número de servicios prestados o los ingresos (deberá ser superior al 25%), 2) el "centro de interés" de las actividades del trabajador por cuenta propia en todos los aspectos de sus actividades profesionales y 3) el carácter habitual o la duración de las actividades que se ejerzan, así como el número de servicios prestados (tal y como indica el artículo 13, apartados 1 y 2 del Reglamento de Coordinación 883/2004 en materia de Seguridad Social).

4. LIMITACIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES ANTE UN CONTEXTO DE ENCRUCIJADA EUROPEA: LA SALIDA DEL REINO UNIDO DE LA UE (BREXIT)[8]

El derecho la libre circulación y residencia ha sido puesto en duda debido a la meta política del "Brexit". En efecto, este fenómeno ha venido afectando al país que, más directamente, venía acogiendo mano de obra de toda la Unión (y que, principalmente, ha sido España). Uno de los problemas que más quebraderos de cabeza ha originado es el relativo a las prestaciones sociales vinculadas al derecho a la libre circulación. La persistencia de los efectos negativos de la crisis económica (con una débil recuperación), el creciente e imparable desempleo, así como el respeto y manteniendo de los derechos

[8] Para un estudio más exhaustivo véase Monereo Pérez, J.L y López Insua, B.M: "Mantenimiento de la coordinación en materia de Seguridad Social tras el Brexit", Revista La Ley (UE) número 100 de 2022.

sociales (tanto para ciudadanos de la Unión, como de terceros países) son sólo algunos de los puntos más críticos que determinan una descausalización de los principios base que conforman el Derecho originario comunitario. A todo ello, hay que sumar las constantes contradicciones y aporías en la doctrina del TJUE y, cómo no, el confuso panorama que crean la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril y los desbordados Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social (*Reglamentos UE* nº 883/04 y nº 987/09).

4.1. Panorámica general: puntos conflictivos

A fin de salvaguardar los derechos de asistencia sanitaria y de reconocimiento de las pensiones de Seguridad Social de los ciudadanos nacionales del Reino Unido residentes en España surge, de un lado, el "Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte" (con entrada en vigor a partir del 1 de mayo de 2021) en donde, principalmente, se establecen las cuestiones sociales y de coordinación de Seguridad social entre la Unión Europa y el Reino Unido) y, de otro, el "Real Decreto-Ley 38/2020, de 29 de diciembre, por el que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020" (aplicable desde 1 de enero 2021 para las cuestiones internas entre la Administración de la Seguridad social y los ciudadanos del Reino Unido).

Desde la entrada en vigor del Brexit han surgido algunos problemas de aplicación y de restricción en el reconocimiento de prestaciones que han puesto en duda los principios y bases mismas del sistema de Seguridad Social, es por ello que, todavía, se esté a la espera de un convenio bilateral de Seguridad Social con el Reino Unido sobre la materia, sin que el convenio del año 1975 (publicado en el BOE 31 de marzo de 1975) pueda volver a retomar vigencia al haber sido anulado por el Reglamento comunitario de Coordinación de Seguridad Social.

4.2. Las prestaciones del sistema de Seguridad Social a la luz del Brexit

Ante un momento de gran inestabilidad política y social en todo el ámbito de la Unión Europea como consecuencia de factores tales como: la aplicación de una política de ajustes ante la grave situación de recesión económica, los crecientes niveles de desempleo, la amenaza terrorista y la crisis de refugiados; el Reino Unido retoma en 2013 de la mano del primer ministro David Cameron un debate acerca de la permanencia del país en la Unión. No se trata de un primer intento, pues ya en el año 1975 se había celebrado un primer referéndum sobre la permanencia del país en la Comunidad Económica Europea, la cual finalizó con resultados favorables a la permanencia.

El peligro que para la sociedad británica suponía la gran oleada de inmigrantes que ya soporta fue determinante para que ésta vaticinara importantes cambios en los ámbitos objetivos y subjetivos de la libre circulación de trabajadores. Y es que, para muchos nacionales de otros Estados europeos, Inglaterra era vista como la "tierra prometida" para escapar de la situación de crisis económica, buscar empleo o estudiar inglés. Sin embargo, los resultados del referéndum no vinculante que, el 23 de junio de 2016, se celebró no eran los que esperaba el primer ministro. De ahí que, en octubre de ese mismo año, Cameron dimitiera de su cargo argumentando así que un liderazgo fresco debe llevar al país a la opción elegida en la votación. No obstante, recordemos como pocos meses antes del anuncio del referéndum en 2013, la Comisión Europea publicó un comunicado sobre "Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familiares: cinco medidas clave". Tras toda una declaración de principios, sorprendentemente, la Comisión se pone del lado del Reino Unido al aceptar que ésta pueda imponer

límites a la libre circulación de trabajadores. En esta misma línea, el Consejo de Europea se pronuncia en 2016 en el ámbito de la libre circulación de trabajadores y lo hace anunciando una propuesta de modificación del Reglamento (UE) 492/2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. En ella se contendrá un mecanismo de alerta y garantía que responda a situaciones de flujos de entrada de trabajadores procedentes de otros Estados miembros de una magnitud excepcional durante un período prolongado... Igualmente, el 13 de diciembre de 2016, la Comisión presenta una propuesta de reforma del Reglamento 2004/38/CE a fin de clarificar, por razones de seguridad jurídica y transparencia, las circunstancias en las cuales un Estado comunitario puede limitar el acceso a las prestaciones sociales por parte de ciudadanos europeos económicamente inactivos. En este sentido, se propone añadir un inciso segundo al artículo 4 del mencionado reglamento para así condicionar el requisito de la "residencia" legal a la hora del acceso a las prestaciones sociales (tal y como ya indica la Directiva 2004/38). Lo cual refuerza inevitablemente la idea fuerza de una Europa a distintos niveles en donde se distingue entre ciudadanos de primera, segunda y tercera clase.

En estos momentos de enorme tensión, se produce el debate en sede judicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en la sentencia de 14 de junio de 2016, asunto C-308/14, Caso Comisión versus Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en donde se debate la aplicación de los Reglamentos de Coordinación o, en su caso, la Directiva 2004/38/CE. En este asunto, el TJUE trata de enjuiciar acerca de los complementos familiares del art. 141 de la Ley de 1992 (*child benefit*) en materia de cotizaciones y prestaciones de Seguridad Social, por los que toda persona con uno o más hijos menores o un joven que tenga la consideración de hijo a cargo durante la semana que se trate tiene derecho a determinadas prestaciones correspondientes a esa semana por cada uno de los hijos o joven. Y, de igual modo, también se debate la aplicación o no del crédito fiscal por hijo a cargo de la Ley 2002 (*child tax credit*), financiado mediante impuestos y por el que se ayudaba a las familias por una prestación social única que englobaba otras.

De manera insólita y manteniendo la línea ya inicia en las sentencias Dano y García Nieto, el TJUE considera que las prestaciones sociales controvertidas forman parte de la asistencia social y, por ello, a fin de preservar la Hacienda Pública nacional británica se permite al Reino Unido que pueda limitar el acceso a dichas prestaciones familiares siempre que el solicitante no tenga derecho a la residencia en los términos que establece la legislación nacional. Por ello, aunque esta normativa favorezca de forma indirecta a los nacionales del propio Estado, frente a otros condicionantes menos fáciles o más gravosos para tener tal derecho para quienes no lo son, lo cierto es que se le da primacía al derecho nacional. Y todo ello siempre en un marco de proporcionalidad, pues de no ser así tal restricción sería inadmisible desde el derecho de la Unión Europea.

Ante este contexto de incertidumbre, muchos nacionales comunitarios se plantearon el interrogante relativo a qué pasará con las cotizaciones sociales efectuadas en el Reino Unido. La respuesta a esta pregunta no fue unánime, pues todo se hacía depender de los acuerdos (o convenios) que en materia de Seguridad Social se suscribieran por parte de los distintos gobiernos con el Reino Unido o, al menos, la Unión Europea con el país británico. Lo más importante era garantizar la "exportabilidad" de las cotizaciones (a efectos prestacionales) de forma que las mismas se disfruten en el país de origen del trabajador emigrante. Y es que, de no ser así, las consecuencias serían muy gravosas para los trabajadores, en tanto que ya no podrían computarse las cotizaciones efectuadas en cada país a efectos del otro, por lo que únicamente se accedería a las cotizaciones ingresadas bien en España o bien en el Reino Unido. De ser así, la situación restringiría, claramente, el derecho fundamental a la libre circulación de trabajadores. Y es que el desmoronamiento de los cimientos mismos que sustentan a los sistemas de Seguridad Social europeos suponía un reto importante que, por otra parte, no resulta fácil de conseguir debido a la difícil coyuntura económica, así como a la crisis sanitaria originada por el COVID-19.

El 25 de noviembre de noviembre de 2018, los líderes europeos alcanzaron un acuerdo sobre los términos del Acuerdo de Retirada de Reino Unido de la Unión Europea (aunque el mismo fue revisado en octubre de 2019) y que, tras ser rechazado en varias ocasiones fue, finalmente, aprobado por el Parlamento Británico el 20 de diciembre de 2019. Tras dicho Acuerdo de Retirada (firmado entre el Gobierno británico y las instituciones comunitarias), el Reino Unido ha perdido su condición de Estado miembro de la Unión Europea, por lo que ahora es considerado un tercer país. Aunque el Acuerdo de Retirada entró en vigor el 1 de febrero de 2020, durante un periodo transitorio que duró hasta el 31 de diciembre de 2020, le fue de aplicación todo el Derecho de la Unión Europea.

Tras el Brexit, la Unión Europea sigue respetando los derechos adquiridos de aquellas personas que, confiando en el proyecto europeo, hayan hecho uso de la libre circulación de trabajadores hasta la fecha de finalización del periodo transitorio; de igual modo, se garantizan los futuros derechos que puedan adquirirse en base a los trabajos realizados con anterioridad a dicha fecha.

El principio de primacía normativa del Derecho europeo, el Acuerdo de retirada y sus previsiones sobre Seguridad Social resultan plenamente aplicables en las relaciones internacionales de la Unión Europea y el Reino Unido. Y así, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros (tal y como se expone en la sentencia 1334/2021 del Tribunal Constitucional publicada a fecha de 15-11.-2021). En todo lo referente a pensiones y asistencia sanitaria de los ciudadanos británicos en España le son de aplicación las normas del Acuerdo de la UE con el Reino, debiendo subsidiariamente aplicarse la normativa interna (aunque no para el caso de los ciudadanos residentes en el Reino Unido).

Sin embargo, este principio de primacía no afecta al territorio de Gibraltar, donde se aplica con preferencia a la normativa estatal. Para los ciudadanos españoles en Gibraltar o los británicos residentes allí no rige el Acuerdo, pues se aplica el RD-Ley 38/2021 de 29 de diciembre, en todo lo referente a pensiones y asistencia sanitaria. En efecto, aunque entró en vigor el Acuerdo de relación futura entre la Unión Europea y el Reino Unido con previsiones sobre Seguridad Social, las partes excluyeron a dicho territorio. De ahí que, la Orden PCM/1482/2021, de 28 de diciembre, prorrogue las medidas contenidas en los artículos 11 y 15 del Real Decreto-ley 38/2020, de 29 de diciembre.

Por medio del Real Decreto-ley 38/2020 se incorporan las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico español a las consecuencias de la retirada de la Unión Europea del Reino Unido, una vez finalizado el período transitorio previsto en el Acuerdo de Retirada. Así, las medidas contempladas se orientan a tutelar los intereses de ciudadanos y operadores económicos que pueden verse afectados por el fin del periodo transitorio al pasar el Reino Unido a ser un Estado tercero a todos los efectos. Todas ellas tienen un carácter temporal, de modo que sólo estarán vigentes hasta que transcurra el plazo que en cada caso se indica o antes, de que se adopten -a nivel interno o internacional- instrumentos para regular con carácter permanente las relaciones con el Reino Unido.

Respecto al desplazamiento de trabajadores, el Real Decreto-ley 38/2020, establece que los trabajadores de empresas del Reino Unido o de la Unión Europea que ya se encuentren desplazados en el territorio de la Unión Europea o del Reino Unido, respectivamente, dejarán de estar comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996. Esto supone que su derecho a seguir prestando servicios, una vez concluido el período transitorio, dependerá para los trabajadores desplazados al Reino Unido de la legislación nacional del Reino Unido y, para los trabajadores desplazados a la Unión Europea, de la legislación de la Unión Europea y el Derecho nacional de los Estados miembros de la Unión Europea, sin que, con carácter general, estos trabajadores sean considerados beneficiarios del Acuerdo de Retirada.

En este sentido, los trabajadores desplazados a España por una empresa establecida en el Reino Unido antes del 31 de diciembre de 2020 pueden, durante los años sucesivos, permanecer en España y continuar prestando sus servicios sin la obtención de una previa autorización para residir y trabajar, siempre y cuando el Reino Unido conceda un tratamiento similar a los trabajadores desplazados en el Reino Unido por una empresa establecida en España (artículo 9 del RD-Ley 38/2020).

En materia de asistencia sanitaria, el artículo 11 del RD-Ley 38/2020 prevé la continuidad, durante seis meses, del acceso a esta prestación "en los mismos términos y con las mismas condiciones establecidas con anterioridad al 1-01-2021". Por lo que, la titularidad a la asistencia sanitaria se tiene con las tarjetas sanitarias comunitarias ya expedidas y aún vigentes, así como las sustitutivas de éstas. Y, de igual modo, se prevén las reglas procedimentales para efectuar la facturación y el reembolso entre instituciones sanitarias de ambos países.

Por su parte, los trabajadores de empresas establecidas en el Reino Unido que sean desplazados a España a partir del 1 de enero de 2021 deberán obtener los preceptivos visados o autorizaciones de residencia y trabajo previstas en la normativa de extranjería española sin perjuicio de los compromisos que se asuman en el marco de un eventual acuerdo en materia comercial.

En materia de desempleo, este Real Decreto regula las medidas que tienen como objeto que los nacionales del Reino Unido puedan acceder a las prestaciones por desempleo por los periodos cotizados hasta el 31 de diciembre de 2020, en cualquier Estado miembro de la Unión Europea incluidos los periodos cotizados en el Reino Unido. Se pretende así que los nacionales de la Unión Europea puedan acceder a las prestaciones por desempleo por los periodos cotizados en el Reino Unido antes de la finalización del período transitorio, siempre que las últimas cotizaciones se hayan realizado en España y se mantenga el derecho a residir legalmente en España.

Finalmente se crea un sistema de contingencia -a partir de julio de 2021- por la que se procede a la prórroga de la regulación de forma provisional hasta que se firme, entre la Unión Europea y el Reino Unido, el Convenio que supere el convenio bilateral de 1975 de Seguridad Social con el Reino Unido y se establezcan los cómputos de periodos cotizados en ambos países para acceso a prestaciones y totalización de periodos en los sistemas de Seguridad social de ambos países.

5. BIBLIOGRAFÍA

Engisch, K: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2001.

García de Cortázar y Nebreda, C: "Brexit y Tribunal de Justicia "cualquier tiempo pasado fue mejor". El asunto C-308/14, Comisión contra Reino Unido", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº11, 2017.

Gortázar Rotaeche, C.J: "Identity, Member States Nationality and EU Citizenship: Restitution of Former European Nationals v. Naturalisation of New European Residents", en *The Reconceptualisation of European Union Citizenship*, Leiden, Brill Nijhoff, 2013.

Kelsen, H: *Principios de Derecho Internacional P*úblico, trad. H. Caminos y E. C. Hermida, revisión, edición crítica y estudio preliminar, "Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2013.

López Cumbre, L: "Seguridad Social tras el Brexit", *Análisis Gómez-Acebo y Pombo*, septiembre de 2016.

López Insua, B.M: *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Barcelona, Atelier, 2020.

Monereo Pérez, J.L: "El derecho a la Seguridad Social y a la ayuda social", en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2007.

Monereo Pérez, J.L: "Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº34, 2013.

Monereo Pérez, J.L: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 41, 2016.

Monereo Pérez, J.L: "Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George", *Documentación Laboral*, nº 83, 2008.

Monereo Pérez, J.L y López Insua, B.M: "Mantenimiento de la coordinación en materia de Seguridad Social tras el Brexit", *Revista La Ley (UE)* número 100 de 2022.

Sánchez-Rodas Navarro, C: "Libre circulación en la Unión Europea y prestaciones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº10, 2017.

Sánchez-Rodas Navarro, C: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2014.

Sobotovicova, S: "El contenido del (in)existente "derecho" a la libre circulación y residencia de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la Unión Europea", VV.AA., Ugartemendia Eceizabarrera, J.I (Dir), *La Tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Comunidad Autónoma de Euskadi, Instituto Vasco de Administración Pública, 2016.

VV.AA., Monereo Atienza, C y Monereo Pérez, J.L (Dir y Coord), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012.

VV.AA., Monereo Atienza, C y Monereo Pérez, J.L (Dir y Coord), *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.