

Libre circulación y derechos de protección social: aspectos sustantivos y principios de coordinación entre sistemas nacionales de protección social¹

Freedom Movement in the EU and Social Protection Rights: Coordination Principles between Social Protection National Systems

PROF.^a DRA. MARÍA YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA

Profesora Titular, Acreditada a Catedrática, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense, Madrid

sanuran@ucm.es

RESUMEN

Se plantea en el estudio: 1) Contenido esencial internacional del derecho a la protección social 2) Principios de Derecho Internacional y la protección social de los extranjeros, atendiendo a las normas de organismos internacionales (OIT) y comunitarios y a los convenios bilaterales o multilaterales suscritos por España. 3) Contenido básico o mínimo de los Convenios Bilaterales (en especial España-Brasil) y Multilaterales y el control de la aplicación efectiva de los derechos reconocidos en cada uno de los países firmantes, en particular, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social 4) Inmigración en España y en la Unión Europea, libre circulación y coordinación de los sistemas de seguridad social, distinguiendo entre ciudadanos de la UE y ciudadanos en la UE, con atención a la integración de los nacionales de terceros países con residencia regular en la Unión Europea y los derechos de protección social en el Derecho Comunitario Derivado: Directiva 2003/109 y Reglamento 883/2004 (modificado en 2010-Reglamento 1231/2010); principio de igualdad por razón de nacionalidad y atención a la naturaleza de las distintas prestaciones (contributivas, no contributivas y asistencia social).

¹ Texto basado en la ponencia impartida en el II seminario Internacional COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 9 a 13 de febrero de 2015, con la colaboración de AJUFESP bajo el título “ Cooperación internacional y tutela de los derechos de protección social: Proyección nacional, comunitaria e internacional”.

Se enmarca en el Proyecto de Investigación DER 2013-45781P: “La jurisprudencia social del TJUE: de las libertades económicas y profesionales a la tutela del trabajador por cuenta ajena”.

ABSTRACT

The study sets out the following issues: 1) The International essence of the Social Protection Right 2) International Law Principles and the Social Protection of foreigners, the EU Standards, International Organizations (ILO) and Bilateral or Multilateral Agreements signed by Spain. 3) Basic and common rules Bilateral Agreements (especially Spain-Brazil) and Multilateral; and control of the effective implementation of the rights recognized in each of the signatory countries, in particular the Multilateral Iberoamerican Social Security Agreement 4) Immigration in Spain and the European Union, Free Movement and Social Security Systems coordination, distinguishing between EU citizens and citizens in the EU. Integration of third country nationals regularly residing in the European Union and the UE Legislation about social protection : Directive 2003/109 and Regulation 883/2004 (as amended in 2010-Regulation 1231/2010); principle of equality on grounds of nationality and benefits (contributory, non-contributory and social assistance).

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

¿Puede definirse en la actualidad el derecho a la protección social como “derecho humano”? Si es así, de lo que no cabe duda en un plano dogmático y de reconocimiento formal en los textos normativos internacionales y nacionales, ¿qué categoría cabe atribuir a ese derecho desde la teoría de las graduaciones?

Como cuestión inicial planteamos si el derecho a la protección social puede entenderse en un sentido material como “derecho humano” o, por el contrario, como un derecho colectivo de tercera generación, limitado o condicionado por los recursos económicos y, por tanto, por las circunstancias económicas que en cada momento influyan en la ordenación de las políticas públicas sociales y económicas del Estado concreto que se trate.

La cuestión requiere, a nuestro juicio, indagar en los textos internacionales para, atendiendo a ellos, analizar cómo se articula el derecho de protección social de las personas (sean o no trabajadores, pero sustancialmente de éstos) cuando hacen uso de un derecho reconocido internacionalmente a la libertad de circulación. Desde esta perspectiva, por tanto, se han de valorar los instrumentos normativos que al respecto ofrece el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional pactado entre países de origen y países de acogida de quienes desean vivir y trabajar en un Estado distinto del de su nacionalidad. Y, por tanto, la cuestión inmediata es si hay un derecho real y efectivo a la igualdad de trato en materia de protección social bajo un criterio amplio de solidaridad social transnacional o, por el contrario, el principio de igualdad es limitado

(condicionado), aunque las normas internacionales, comunitarias y nacionales del país de acogida reconozca el derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad de quienes se encuentran en territorio de país diferente al de su nacionalidad con la finalidad, básicamente, de trabajar o prestar servicios en el territorio del Estado de acogida. El modelo de residencia legal como factor de presencia territorial en el país de acogida es el que prevalece en la política comunitaria de inmigración y, en consecuencia, es el que determina la limitación a la igualdad de trato en el contenido y extensión de los derechos de protección de los extranjeros que hacen uso de su derecho a circular en los países de la Unión Europea.

2. PROTECCIÓN SOCIAL, DERECHOS HUMANOS Y NORMAS INTERNACIONALES ¿HAY UN CONTENIDO INTERNACIONAL DEL DERECHO DE PROTECCIÓN SOCIAL?

Puede afirmarse que en la actualidad no se ha materializado en las normas internacionales sobre derechos humanos y sobre derecho al trabajo una norma mínima que se asegure una Seguridad Social básica para todos, UNIVERSAL, atendiendo a criterios de territorialidad, aunque así se haya defendido por organismos internacionales, entre ellos la OIT. Y, como se constata, no hay un convenio internacional al respecto debido a las diferencias y dificultades socioeconómicas de los países que la integran.

De este modo, la garantía del derecho a la protección social sólo ha alcanzado un nivel intermedio, a saber, su reconocimiento tanto por normas internacionales y por convenios bilaterales y multilaterales orientados hacia los trabajadores extranjeros que residen y trabajan en un país distinto al de origen. De modo que el objetivo más moderado sea equilibrar las políticas nacionales de extranjería con el derecho universal a la protección social buscando los instrumentos necesarios para su garantía cuando el derecho a la libre circulación se materializa por motivos de trabajo o actividad profesional.

Las grandes declaraciones internacionales sobre Derechos Humanos, a saber, Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, Resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas 217^a (III), de 10 de diciembre de 1948) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, Resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966) reconocen expresamente el derecho a la Seguridad Social como un derecho humano básico, de manera que la Comunidad Internacional tiene la obligación de garantizar los instrumentos necesarios para hacerlo efectivo.

-Dice la DUDH, todo extranjero, “tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial (...) la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene derecho asimismo a los seguros, en su caso, de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez, u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (art. 22); y sólo permite límites al derecho a la Seguridad Social que se fundamenten en el respeto de otros derechos generales propios de todo país democrático. La Declaración no establece mecanismos de control de su efectividad.

- El PIDESC tener un valor jurídico distinto, contiene mecanismos de control y aseguramiento de los derechos que se establecen en el mismo, bien a través de informes, bien a través de reclamaciones estatales o particulares ante el Comité de Derechos Humanos. El Pacto reconoce el derecho a la Seguridad Social (art. 9), el de protección de la familia (art. 10.1) y el de tutela de la salud (art. 12), si bien, se expresa, el contenido de estos derechos queda condicionado a los recursos económicos de los Estados.

En el ámbito de la **OIT**, la Comisión Mundial sobre la dimensión social de globalización² incidió en la necesidad de que los Estados intensificaran sus regulaciones con vistas a desarrollar sistemas nacionales de protección social basados en la solidaridad internacional. Desde el Convenio 102, instrumento principal en esta materia, puesto que se configura como un texto armonizador de Seguridad Social, se ha ido avanzando hacia la configuración de la protección social como un deber social de los Estados Miembros y, en consecuencia, atendiendo al derecho de libertad de circulación fijando criterios o principios de coordinación entre ellos (entre sus reglas nacionales sobre protección) para garantizar ese derecho. Para en la actualidad, reafirmar la propuesta de integración de las dos vertientes o perspectivas, como derecho humano (universal³) y deber social de los Estados, como necesidad social que requiere

² Véase Informe sobre “Una globalización más justa: crear oportunidades para todos”, 1ª edic.2014, pág.121. Puede consultarse en: <http://www.ilo.org/public/spanish/wcsdg/docs/report.pdf>

³ También las grandes organizaciones económicas se hacen eco de la propuesta de una “protección social universal”. En este sentido puede consultarse la Declaración conjunta del Presidente del Grupo del Banco Mundial y del Director General de la OIT sobre “ Lanzamiento de la Iniciativa sobre una protección social universal del Grupo del Banco Mundial y de la OIT para sensibilizar a los líderes del mundo acerca de la importancia que revisten las políticas de protección social universal y su financiación”. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/statement/wcms_380849.pdf

Y, en la actualidad, esta orientación forma parte de los Objetivos del Desarrollo Sostenible, A principios de 2016, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, se iniciará un proceso para formular una nueva agenda mundial para el desarrollo que se denominará Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Los sistemas de protección social, incluidos los pisos de protección social, ocupan

de impulso a nivel internacional en una situación de crisis económica a nivel global. La Seguridad Social, la protección social, se presenta en la actualidad como uno de los objetivos prioritarios que a nivel mundial requiere de apoyos y propuestas por las Organizaciones Internacionales.

En este sentido, en los últimos años se ha intensificado el esfuerzo de la OIT al respecto. Desde el Programa sobre Trabajo Decente (Informe del Director General de 1999)⁴, conviene destacar cómo se ha avanzado al respecto. Por orden cronológico: Conferencia 100ª reunión de 2011: “La Seguridad Social y la primacía del Derecho”; Estrategia OIT sobre “Seguridad Social para todos” (2012); Recomendación núm.202-2012 sobre Pisos de Protección Social (*Social Protection Floors Recommendation*) y el Informe Mundial OIT sobre la Protección Social 2014-2015. Impulso, por tanto, que viene a través de reglas o principios de soft law, de propuestas que sirven de orientación (no imposición) a los Estados Miembros.

Brevemente, sobre la Recomendación núm. 202-2012. Incluye 18 principios, los más importantes: **universalidad de la protección, basada en la solidaridad social** (derecho a las prestaciones prescrito por la legislación nacional- realización progresiva); **adecuación de las prestaciones; no discriminación**, igualdad de género y capacidad de responder a las necesidades especiales; respeto a los derechos y a la dignidad de las personas; inclusión social ; **solidaridad y sostenibilidad financiera** y gestión responsable y transparente ; **coherencia con las políticas sociales**, económicas y de empleo; **servicios públicos de alta calidad** que mejoren el desempeño de los sistemas de seguridad social. Y define los objetivos del denominado “Pisos de Protección Social”: Los Miembros, en **función de sus circunstancias nacionales**, deberían establecer lo más rápidamente posible y mantener pisos de protección social propios que incluyan garantías básicas en materia de seguridad social. Estas garantías deberían asegurar como mínimo que, durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional. Resume ese mínimo en los siguientes aspectos: a) **ASISTENCIA SANITARIA BÁSICA DE CARÁCTER UNIVERSAL:** acceso a un

un lugar destacado en los ODS: Objetivo 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo 1.3. Poner en práctica, a nivel nacional sistemas y medidas apropiados de protección social para todos, incluidos niveles mínimos, y para 2030, lograr una cobertura sustancial para las personas pobres y vulnerables. Véase Naciones Unidas, Asamblea General, Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/69/L.85&Lang=S

⁴ Véase <http://ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>
Puede consultarse también <http://ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/social-protection/lang--es/index.htm>

conjunto de bienes y servicios definido a nivel nacional, que constituyen la atención de salud esencial, incluida la atención de la maternidad, que cumpla los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. b) **SISTEMA DE PRESTACIONES FAMILIARES** seguridad básica del ingreso para los niños, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, que asegure el acceso a la alimentación, la educación, los cuidados y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios- c) **PROGRAMAS ESPECÍFICOS DE ASISTENCIA SOCIAL:** seguridad básica del ingreso, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez- d) **SISTEMA DE PENSIONES BÁSICAS UNIVERSALES PARA VEJEZ, INVALIDEZ Y SUPERVIVENCIA:** seguridad básica del ingreso para las personas de edad, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional-

Pues bien, aún cuando este reconocimiento del derecho a la Seguridad Social como derecho humano básico es asumido por la comunidad internacional, todavía no se han establecido los instrumentos necesarios que definan el contenido de tal derecho ni los mecanismos de control para garantizar su respeto. Es cierto que la OIT ha asumido la tarea de promoción e incentivo del establecimiento de formas de reconocimiento que conviertan el declarado derecho humano básico a la Seguridad Social en una realidad; pero queda aún mucho camino por recorrer. El Convenio 102 OIT sirvió en su momento, en el de la configuración del Sistema de Seguridad Social, como referente internacional mínimo en la delimitación conceptual y el contenido del derecho a la Seguridad Social; pero también hay que advertir que los Estados que lo han ratificado (entre ellos, España y Brasil) no han aceptado en sus respectivos instrumentos de ratificación todas las partes del Convenio; en concreto, si de estos dos países hablamos ninguno de ellos ha ratificado la Parte XII del mismo, artículo 68, relativo al principio básico de igualdad de trato por razón de la nacionalidad⁵. Y lo que es más importante, el citado principio no se concibe en esta norma internacional como un principio absoluto o incondicionado; lo que, por cierto, influirá en las normas constitucionales internas, como en el caso de España, puesto que nuestra

⁵ Recordemos que el citado precepto del Convenio prevé: Los residentes no nacionales deberán tener los mismos derechos que los residentes nacionales. Sin embargo, podrán prescribirse disposiciones especiales para los no nacionales y para los nacionales nacidos fuera del territorio del Miembro, en lo que respecta a las prestaciones o partes de prestaciones financiadas exclusivamente o de manera preponderante con fondos públicos, y en lo que respecta a los regímenes transitorios.2. En los sistemas de seguridad social contributivos cuya protección comprenda a los asalariados, las personas protegidas que sean nacionales de otro Miembro que haya aceptado las obligaciones de la parte correspondiente del Convenio deberán tener, respecto de dicha parte, los mismos derechos que los nacionales del Miembro interesado. Sin embargo, la aplicación de este párrafo podrá estar condicionada a la existencia de un acuerdo bilateral o multilateral que prevea la reciprocidad.

Constitución, art.13, no proclama el derecho absoluto de los extranjeros a la igualdad de trato por razón de nacionalidad.

Sea como fuere, la dificultad estriba en la determinación de esa base social que es muy cambiante dependiendo de las circunstancias políticas, sociales y económicas de cada país, e incluso del contexto de mundialización y de globalización económica. En efecto, la exclusión social, la flexibilidad en el empleo, la inseguridad laboral en el trabajo o el desempleo son factores que inciden muy directamente en la determinación de esa base social de Seguridad Social.

3. MOVIMIENTOS MIGRATORIOS Y DERECHOS DE PROTECCIÓN SOCIAL .

La dificultad en el avance internacional en la configuración de un derecho mínimo, básico de protección social igual para todos y en todos los países que integran los organismos internacionales y europeos se ha suplido, en parte, por la aceptación multi o bilateral de principios o reglas básicas de coordinación entre los sistemas nacionales de protección social como mecanismo eficaz de garantía de los derechos de protección social para quienes hacen uso de su derecho a la libertad de circulación. La cuestión que ahora se plantea a nivel internacional y comunitario es el del ámbito de ese derecho, si es un derecho político y por tanto ligado a la persona o, por el contrario, es un derecho esencialmente económico y, por tanto, unido a la contribución de la persona al sistema financiero del Estado de acogida y, en definitiva, a la definición nacional del Estado de Bienestar de acuerdo a las disponibilidades económica y financiera de cada uno de los países, en el caso de España, por ejemplo, bajo la cobertura formal y material de los “principios rectores de la política social y económica”, entre los que se encuentra el derecho a la Seguridad Social, art.41 de nuestra Constitución.

Brevemente, distinguimos al efecto las normas internacionales y las normas comunitarias atendiendo al ámbito espacial del movimiento migratorio y teniendo en cuenta que en la materia confluyen reglas de difícil armonización porque se trata de equilibrar dos aspectos de una política que, en principio, tiene orientación nacional, a saber, la política social sobre seguridad social y la política migratoria.

3.1. Ámbito internacional, en particular, los Acuerdos Bilaterales o Multilaterales

El marco lo proporciona la OIT a través de sus Convenios y Recomendaciones y, sobre todo, los Convenios Bilaterales y Multilaterales suscritos por los Estados. El principio básico internacional es el de *igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad*, enunciado por la OIT como de Derecho Internacional en

esta materia, aunque muchos de los convenios basados en este principio se sostienen en el principio cercano pero no igual de la reciprocidad entre los Estados; y se ha completado con el de conservación de derechos de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros cuando emigran a otro país. Lo que supone, además de cierta tutela a lo largo del proceso de generación del derecho, el que el trabajador extranjero pueda conservar las prestaciones que ha generado en el país de destino y que puedan ser exportadas a su país de origen.

Sí conviene advertir que aún en la actualidad no hay unanimidad por los Estados Miembros respecto de los Convenios OIT sobre derechos de protección social vinculados al derecho a la libre circulación. En efecto, el Convenio núm.118, sobre igualdad de trato en materia de Seguridad Social, 1962, no lo ha ratificado España (sí Brasil); o el Convenio núm. 157 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982, sólo lo ha ratificado España en 1985 y otros tres países, no Brasil.

Por tanto, ante la escasa operatividad de los Convenios OIT, a nivel mundial se ha avanzado en estos principios a través del Derecho Internacional Paccionado, **Convenios Bilaterales**, más cerrados y eficaces, ya que establecen reglas aplicables de garantía y disfrute del derecho, completados por Convenios Multilaterales.

En efecto, los Convenios Bilaterales (analizados los firmados por España con otros países) establecen principios básicos, reglas técnicas de aplicación y mecanismos de eficacia de lo establecido.....Y se han mostrado eficaces en el reconocimiento mutuo de los derechos de seguridad social a los nacionales de los respectivos Estados firmantes cuando aquéllos hacen uso de su derecho a la libre circulación a través del principio de conservación de derechos (adquiridos o en curso de adquisición), si bien se ha mantenido en ellos la diferencia entre prestaciones contributivas y no contributivas, alcanzando sólo el de exportación de las prestaciones a las del carácter contributivo. Lo que tiene que ver con el objetivo prioritario de esos convenios, a saber, la garantía para aquellas personas que trabajan y, por tanto, contribuyen a la financiación del sistema nacional de Seguridad Social y, en particular, cuando sufren una necesidad derivada de un riesgo profesional . Por el contrario, el carácter asistencial o no contributivo de las prestaciones así denominadas, basadas en el principio de solidaridad general y financiada a través de impuestos, se entiende que es el fundamento de la restricción de su exportabilidad.

Comparados los Convenios Bilaterales suscritos por España con el Convenio 157 OIT, no ratificado por la mayoría de países integrantes de la OIT, hay coincidencias evidentes. Así, conviene precisar que el gran valor de esos Convenios está en el reconocimiento expreso por los Estados firmantes del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en el

contenido y acceso a los derechos de protección social (opción, por tanto, a favor del criterio de territorialidad), solventando al respecto la “legislación aplicable” para evitar conflictos de leyes y optando habitualmente por la del lugar de la prestación de servicios. Se completan estos principios con las reglas técnicas sobre conservación de derechos en vía de adquisición o una vez adquiridos a través de la totalización de períodos de seguros y pago a través de la regla pro rata temporis. Estos Convenios Bilaterales pueden, y de hecho así ocurre, presentar entre sí diferencias en la delimitación o configuración tanto de su ámbito objetivo como de su ámbito subjetivo⁶ y en este sentido, pudiera resultar de utilidad utilizar un ejemplo, el del Convenio Bilateral España-Brasil, que puede servir de pauta para lo que tal vez acontezca en un futuro próximo con otro u otros países.

El **Convenio Bilateral, ESPAÑA-BRASIL**, el inicial suscrito en 1991, modificado en dos ocasiones, 2002 y 2012. Es un ejemplo de lo que puede ocurrir respecto de convenios bilaterales suscritos con otros países latinoamericanos en materia de “coordinación” de las reglas nacionales sobre Seguridad Social. En la actualidad se aprecia una contención o restricción respecto de lo inicialmente pactado con fundamento en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, relacionada también con la polémica internacional y comunitaria relativa a la extensión de la asistencia sanitaria “universal” para todos los ciudadanos que hagan uso de su derecho a la libre circulación y de las prestaciones sociales no contributivas o asistenciales para esas personas. En definitiva, la evolución se ha frenado y hoy en día volvemos a configurar el derecho de protección social como un derecho esencialmente económico ligado a los movimientos migratorios de las personas que de forma efectiva trabajan o desarrollan actividad profesional en el territorio de Estados diferentes a los de su nacionalidad.

En efecto, el Convenio ESPAÑA-BRASIL se basa en el principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad (art.4^º) y, tratándose de una norma internacional de coordinación de Sistemas nacionales de Seguridad Social, determina la legislación aplicable en caso de conflicto de leyes atendiendo al criterio general del lugar del ejercicio de la actividad (art.6^º y ss), con excepciones al respecto cuando se trata de trabajadores por cuenta propia o autónomos (lugar de residencia) o cuando se trata de DESPLAZADOS temporales de un país a otro, en cuyo caso se mantienen en la legislación de su país de origen siempre que el desplazamiento no exceda de tres años. En este caso el Convenio de Revisión de

⁶ Véase, al respecto, SPIGEL, B.: *Analysis of Member State's Bilateral Agreements of Social Security with third Countries*; European Commission, 2010. Con propuesta de un Modelo Europeo de Acuerdo o Convenio al respecto;
file:///C:/Users/user/Downloads/bilateral%20agreements%20social%20security%20third%20countries%201_en.pdf

También LEVIN, M. (Dtor): *Social security coordination for non-EU countries in South and Eastern Europe A legal analysis*, OIT, 2012, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---sro-budapest/documents/publication/wcms_205316.pdf

2012 admite un nuevo desplazamiento cuando transcurran cuatro meses posteriores contados desde el fin del desplazamiento anterior. Trabajadores por cuenta propia: si pasa a realizar trabajos al territorio de la otra parte, se mantiene sometido a la legislación de la primera parte, a condición de que la duración previsible de ese trabajo no exceda de 2 años; si pudiera estar asegurado por la legislación de ambas partes, sólo estará sometido a la legislación del país de su residencia.

Por lo que refiere al ámbito subjetivo, queda limitado a los trabajadores (definidos en el Convenio como las personas que, como consecuencia de realizar o haber realizado una actividad por cuenta propia o por cuenta ajena, están o han estado sujeta a la legislación de uno de los Estados o de ambos) y también a sus familiares o derechohabientes.

Se establecen las siguientes reglas de coordinación: 1) Ficción de cumplimiento de la situación de alta : art.17 (para invalidez, vejez); 2) Conservación de derechos en curso de adquisición: a) Totalización de los períodos de cotización: art.16/18/20 y art.2 del Convenio complementario + principio pro rata temporis (aplicación de una fórmula de aplicación generalizada). B) Composición de la BR: art.21 (ampliación en caso de prestación debida por Brasil, según el Convenio de Revisión: en ningún caso el importe de la prestación teórica podrá resultar de valor inferior al salario mínimo garantizado por la legislación española . c) determinación importe de la pensión: art.16. 3) Conservación de derechos o exportabilidad, previsto en el art.5º, para las prestaciones económicas en el sentido de que éstas “no estarán sujetas a reducción, modificación, suspensión o retención por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de la otra parte o en un tercer país, salvo que en el presente convenio se disponga otra cosa”. Las prestaciones económicas, debidas por una de las partes, se harán efectivas a los beneficiarios aunque éstos se hallen en el territorio de la otra parte o de un tercer país . 4) Colaboración administrativa: art.30, ---Se incluyen nuevas previsiones (art.33) de colaboración administrativa en el Convenio de Revisión de 2012

Desde la perspectiva del ámbito objetivo de aplicación, conviene analizar este Convenio a partir del **Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (que entró en vigor en mayo 2011)**. En este sentido , el Convenio Multilateral se aplica sólo a las prestaciones económicas de invalidez, vejez, muerte y supervivencia y AT/EP (NO ASISTENCIA SANITARIA⁷. NO, por tanto, a

⁷ La Asistencia Sanitaria de los extranjeros extracomunitarios en España se regula en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, Ley 16/2003, de 28 de mayo, en los términos previstos en el Real Decreto-Ley 16/2012.

las PRESTACIONES ECONÓMICAS NO CONTRIBUTIVAS y a la ASISTENCIA SOCIAL).

En este sentido, el Convenio Bilateral ESPAÑA-BRASIL , en su versión inicial de 1991 (en vigor desde 1-XII-1995), incluía las prestaciones siguientes:

-Por parte de España- Prestaciones de Régimen General y Regímenes Especiales (contributivas y no contributivas): Asistencia Sanitaria, IT, Maternidad, Invalidez, Vejez, Muerte y Supervivencia, Protección Familiar, ATy EP,

-Por parte de Brasil-Prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social: Asistencia Médica, ILT, Invalidez, Tiempo de servicio, Vejez, Muerte, Natalidad, AT y EP, Salario Familiar.-----Las prestaciones de “tiempo de servicio” y “salario familiar” no tienen una equivalencia exacta en nuestro Sistema español y no se mencionan las prestaciones no contributivas

Se estima que son asegurados a estos efectos los extranjeros extracomunitarios que trabajan legalmente en España; y también los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, exigiéndose el requisito adicional de acreditar que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente, fijado -conforme se establece en el RD 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las **personas sin recursos económicos suficientes**- en el importe en cómputo anual del IPREM. Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España recibirán asistencia sanitaria en las modalidades siguientes: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Véase Directiva 2011/24/CE, de 9 de marzo, sobre asistencia sanitaria transfronteriza, que dispone en sus considerandos 13 y 18 que “la obligación de reembolsar los costes de la asistencia sanitaria transfronteriza debe limitarse a la asistencia sanitaria a la cual el asegurado tenga derecho de conformidad con la legislación del Estado miembro de afiliación” y que “la presente Directiva no da derecho a las personas a entrar, permanecer o residir en un Estado miembro con el fin de recibir asistencia sanitaria en dicho Estado miembro. En caso de que la estancia de una persona en territorio de un Estado miembro no sea conforme a la legislación de dicho Estado miembro relativa al derecho de entrada o de estancia en su territorio, dicha persona no será considerada asegurado según la definición de la presente Directiva. Debe seguir correspondiendo a los Estados miembros determinar en su legislación nacional la definición de persona que se considera asegurada a efectos de su régimen sanitario público y legislación en materia de seguridad social mientras se salvaguarden los derechos de los pacientes establecidos en la presente Directiva”. En este sentido, adviértase que en España, incluso para los nacionales comunitarios, se ha modificado el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, donde hasta este momento no se establecían condiciones a cumplir por los ciudadanos europeos que deseen residir en nuestro país por un periodo superior a 3 meses. Ahora, tras el RD-Ley 16/2012, se opta por regular esas condiciones y traspone literalmente a estos efectos el artículo 7º de la Directiva 2004/38 sobre libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios.

¿Cuál es la situación a partir de la entrada en vigor del Convenio Multilateral Iberoamericano?. Con carácter general, este Convenio se aplica a partir de su entrada en vigor entre España y Brasil pero no en lo que refiere a su ámbito de aplicación personal (se mantiene el ámbito subjetivo de aplicación del Convenio Bilateral de Seguridad Social España-Brasil) y por lo que respecta al ámbito objetivo, la regla general prevista en el Convenio Multilateral (art.8º) es que se mantienen las cláusulas de los convenios bilaterales que sean más favorables, requiriéndose a cada Estado parte que informe a la Secretaría General Iberoamericana, a través del Secretario General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), los convenios bilaterales y multilaterales que están vigentes entre ellos, la cual procederá a registrarlos en el Anexo IV de este Convenio. Una vez vigente el presente Convenio, los Estados Parte de los convenios bilaterales o multilaterales inscritos en el Anexo IV determinarán las disposiciones más favorables de los mismos y lo comunicarán al Secretario General de la OISS.

En el caso ESPAÑA-BRASIL, las partes han optado por adaptar su convenio bilateral a las previsiones del Convenio Multilateral y, no sólo no han hecho uso de la posibilidad de aplicación de la cláusula más favorable, sino que, todo lo contrario, se procedió en 2012 a la firma de un Convenio Complementario hecho en Madrid el 24 de julio de 2012 (autorizado por las Cortes Generales, aunque hasta la fecha no consta su publicación en el BOE) para adaptarlo al ámbito objetivo más restrictivo del Convenio Multilateral. En efecto, el Convenio Bilateral vigente en 2011 se aplicaría a partir de esa fecha a las prestaciones de asistencia sanitaria, it, prestaciones familiares y subsidio de defunción (prestaciones a las que no se aplica el Convenio Multilateral; que se aplica a las prestaciones económicas de invalidez, vejez, supervivencia, AT y EP, salvo las excepciones por país, por ejemplo, España exceptúa el subsidio de defunción). Pues bien, el Convenio Complementario de revisión del Convenio de Seguridad Social España-Brasil, hecho en Madrid el 24 de julio de 2012, redefine el art.2º del Convenio Bilateral en los términos siguientes:

- i. Por parte de España, ---PRESTACIONES ECONÓMICAS CONTRIBUTIVAS Régimen General y Regímenes Especiales (excepto funcionarios): IP, Jubilación o, pensiones de muerte y supervivencia y AT y EP
- ii. Por Parte de Brasil- PRESTACIONES del Régimen General de Previsión Social relativas a jubilación por invalidez, jubilación por edad, pensión por fallecimiento y AT y EP

En España, resulta que en la actualidad no se ha publicado en el BOE el citado Acuerdo de Revisión (del que tampoco da cuenta el Ministerio de Empleo y de Seguridad Social en España). Pero en la web del Ministerio, en relación con el

contenido en materia de protección social, ha desaparecido el contenido del Convenio Bilateral de 1991 en lo relativo a la Asistencia Sanitaria.

El Acuerdo de Revisión de 2012 está adaptado, bien adaptado, en la búsqueda de una homogeneidad entre las prestaciones de ambos países, España y Brasil, intentando clarificar las prestaciones desde la perspectiva social y económica actual. Pero, al margen de este objetivo, decide también limitar o restringir claramente las prestaciones a las que quiere aplicarse el Convenio Bilateral con la finalidad de eliminar las prestaciones no contributivas (España) y Asistencia Social (Brasil), y en ambos casos, la Asistencia Sanitaria.

¿En qué términos se aplican hoy los principios de coordinación en materia de Seguridad Social en ambos países?. Todo apunta a que debería seguir aplicándose el Convenio Bilateral en los términos iniciales pactados hasta que el Acuerdo de Revisión se publique en el BOE.

3.2. Igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad y protección social en el ámbito de la Unión Europea. Repercusiones en el Derecho nacional de extranjería

Comenzábamos este estudio afirmando que la política migratoria es nacional. Sin perder esa perspectiva, o a pesar de ella, conviene advertir que en caso de que uno de los Estados implicados en la libre circulación de sus nacionales sea o pertenezca a la Unión Europea, como es el caso de España, ha de tenerse en cuenta que en el ámbito de la Unión Europea se ha avanzado desde hace unos años en la que pudiera denominarse política migratoria común comunitaria. Lo que quiere decir que, pese a los acuerdos suscritos por nuestro país con otro extracomunitario, como puede ser Brasil, ha de tenerse en cuenta que en esta materia, la migratoria, las competencias entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros se describen en los Tratados Originarios de la UE como competencias compartidas.

Brevemente, esa política migratoria, en el entendimiento que lo es el conjunto de normas y actuaciones de los poderes públicos para controlar la entrada y permanencia de los extranjeros, es un aspecto de la más general política de extranjería porque en el fondo está el control de la libre circulación y de residencia de los ciudadanos nacionales de otros países, comunitarios y no comunitarios, para establecerse por motivos económicos (fundamentalmente, por motivos de trabajo) o no económicos en el territorio de aquel o de aquellos distintos al de su nacionalidad. En este sentido, sin perjuicio de las restricciones que también para los ciudadanos de la UE se advierten en las normas comunitarias y en la

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la actualidad⁸, la política migratoria, nacional y comunitaria, tiende (y ese es su principal objetivo) a controlar los flujos migratorios de aquellos extracomunitarios que desean ejercer su derecho internacional de libertad de circulación⁹ en el seno de la Unión.

Desde esta perspectiva, el actual Tratado de la Unión Europea (art.3º.2) y sobre todo el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (arts.79 y 80), Título V, establece los fines de la “política común de inmigración”¹⁰ y, si bien uno de ellos es la gestión eficaz de los flujos migratorios, se configuran como principios básicos el de solidaridad (también en el ámbito financiero) y responsabilidad entre Estados Miembros y el de trato equitativo de los extranjeros extracomunitarios (art.80 TFUE). Principios que han de presidir las medidas, también legislativas¹¹, que las instituciones comunitarias (a través del procedimiento legislativo ordinario, en el que la regla general es el voto por mayoría cualificada y no por unanimidad y la codecisión con el Parlamento) pueden adoptar en relación, entre otras, a las medidas siguientes: condiciones de entrada y residencia y normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; *definición de los*

⁸ Puede consultarse nuestro estudio “Ciudadanía de la Unión y derechos de protección social”; de próxima publicación en la *Revista Española de Derecho Europeo* (REDE, núm.56, 2015). <http://eprints.ucm.es/31448/>. Planteamos en el Estudio que El estatuto de Ciudadanía de la Unión es un concepto abierto, heterogéneo y limitado; los derechos de libertad de circulación y de residencia siguen aún hoy vinculados a la solvencia económica del ciudadano comunitario y se mantiene la diferencia entre los económicamente activos y los económicamente no activos. En especial, en cuanto al acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. La jurisprudencia del TJUE, años atrás restrictiva respecto de las medidas legales nacionales tendentes a limitar el derecho a esas prestaciones de los ciudadanos comunitarios entre otros, de los que cabe identificar como “demandantes de empleo”, se orienta ahora hacia el que puede definirse como “modelo limitado o condicionado de integración social” en la Unión Europea.

⁹ Dice la DUDH, art. 13, Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

El PIDESC se fundamenta en el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad.

El Convenio OIT núm.143, no ratificado por España y por Brasil, relativo a *Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes*, exige de los Estados Miembros firmantes el deber de respetar los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, entre ellos, el derecho a la seguridad social de quienes se encuentren legalmente en su territorio .

¹⁰ Detenidamente, MARTÍN PUEBLA,. E.: *Hacia una política común de inmigración laboral en la Unión Europea*; Editorial Comares, Granada, 2015

¹¹ Junto a las medidas legislativas, a las que nos referimos más adelante en el estudio, conviene indicar que, conforme al art.68 TFUE, se encomienda al Consejo Europeo la definición de orientaciones estratégicas sobre esta materia. En este sentido, el Consejo definió en sus Conclusiones de 26 y 27 de junio de 2014, «las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia» para el período 2014-2020. Bruselas, 27 de junio de 2014 (OR. en) EUCO 79/14 CO EUR 4 COCL 2. EUCO 79/14

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; inmigración y residencia ilegales, incluida la expulsión y repatriación de residentes en situación ilegal; la lucha contra la trata de los seres humanos, en particular mujeres y niños.

Esta política migratoria, “comunitarizada”, no establece objetivos y medidas muy diferentes a las que las políticas nacionales migratorias habían establecido (y siguen estableciendo) a través de sus respectivos programas y directrices y sus normas y, como se ha indicado, tampoco hay diferencias importantes entre los propios países de la Unión¹². Así, se ha advertido, y es lo que a nosotros interesa en este estudio, que “en general, los ordenamientos internos de los Estados miembros en materia de extranjería impiden considerar medidas integradoras tales como la residencia y el establecimiento en el extranjero como derechos absolutos, permanentes y definitivos. Bien al contrario, hacen depender la continuidad temporal en el ejercicio de este derecho del cumplimiento de una dualidad de factores, unos fácticos y otros meramente burocráticos. Entre los primeros encontramos el mantenimiento de los requisitos exigidos para aquella concesión (puesto de trabajo remunerado, o recursos económicos suficientes para no resultar gravoso al Estado de acogida)”¹³. De modo que, podríamos concluir, el

¹² Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español pueden consultarse los estudios publicados en la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 63, 2006, dedicado en su integridad a “Los trabajadores inmigrantes y el Derecho”. Disponible en http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/2006trabajo.htm.

Remitimos también, para una visión completa y actual, a GOIG MARTÍNEZ, J.M.: *Multiculturalidad, integración y derechos de los inmigrantes en España*; Editorial Dykinson, Madrid, 2015

¹³ TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.: “Los inmigrantes no comunitarios en la Unión Europea”, puede consultarse en http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/22103/1/ADI_XVI_2000_08.pdf.

La expresión “no resultar gravosos para el Estado de acogida” se concreta en la legislación española. Así, el RD 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. Dispone al efecto que se puede conceder autorización de residencia a quienes no tienen trabajo pero demuestran suficiencia de recursos, entendiéndose por tales, art.47, los medios económicos suficientes para el periodo de residencia que solicitan, o acreditar una fuente de percepción periódica de ingresos, para sí mismo y, en su caso, su familia, en las siguientes cuantías, que se establecen con carácter de mínimas y referidas al momento de solicitud del visado o de renovación de la autorización: a) Para su sostenimiento, durante su residencia en España, una cantidad que represente mensualmente en euros el 400% del IPREM, o su equivalente legal en moneda extranjera; b) Para el sostenimiento de cada uno de los familiares a su cargo, durante su residencia en España, una cantidad que represente mensualmente en euros el 100% del IPREM, o su equivalente legal en moneda extranjera, cantidad a acreditar de forma adicional a la referida en el apartado a) anterior. Esta disponibilidad se podrá acreditar por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluyendo la aportación de títulos de propiedad, cheques certificados o tarjetas de crédito, que deberán ir acompañados de una certificación bancaria que acredite la cantidad disponible como crédito de la citada tarjeta. Si los medios económicos proceden de acciones o participaciones en empresas españolas, mixtas o extranjeras

estatuto jurídico aplicable a todos los inmigrantes no comunitarios está alejado, tanto desde una perspectiva nacional como desde la perspectiva comunitaria, de un modelo incondicional, amplio y absoluto, de integración social con fundamento en el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad. Conclusión que se reitera en el aspecto concreto de los derechos de protección social, tal y como exponemos a continuación, atendiendo a la doble vertiente espacial, nacional (española)¹⁴ y comunitaria.

El principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad (formalmente previsto en las normas de extranjería nacionales y en las normas comunitarias) se gradúa o jerarquiza en función de la nacionalidad de la persona, comunitaria o extracomunitaria. Y, además, en función de la condición o situación económica de la persona, trabajador o no trabajador (ciudadano económicamente activo o económicamente no activo). Lo que requiere analizar el ámbito material y extensión de los derechos derivados de la libertad de circulación y residencia porque, combinando aquellos parámetros, resulta que hay diferentes niveles o estadios en el estatuto de los ciudadanos en el seno de la Unión Europea. Por un lado, el estatuto jurídico pleno de los ciudadanos comunitarios a los que cabe definir como trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia; y por otro, el estatuto jurídico condicional tanto de los ciudadanos comunitarios que hacen uso de su derecho a la libre circulación pero que pueden ser definidos como económicamente no activos como el de los ciudadanos extracomunitarios, y en este caso, diferenciando entre los que son inmigrantes legales (trabajadores) o, por el contrario, son inmigrantes ilegales.

Atendiendo al ámbito de un derecho, el de protección social, para conseguir una protección social adecuada en el seno de la Unión Europea (objetivo de la política social, conforme a los arts.151 y ss TFUE), se declara la competencia de la Unión para apoyar y completar la acción de los Estados miembros en esta materia (art. 153). Son, por tanto, también competencias compartidas, con el límite o restricción de la competencia de las instituciones comunitarias en la definición o configuración de los Sistemas Nacionales de Seguridad Social.

Expresa 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

radicadas en España, el interesado acreditará, mediante certificación de las mismas, que no ejerce actividad laboral alguna en dichas empresas, y presentará declaración jurada en tal sentido.

¹⁴ Véase, al respecto, nuestras conclusiones en SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.63, 2006, pág.249 y ss

impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados”.

Así como las normas comunitarias no interfieren en el modelo nacional de Seguridad Social de cada uno de los Estados Miembros, requieren de reglas de articulación de esas disposiciones normativas nacionales que permitan materializar las libertades de circulación de las personas en el seno de la Unión Europea. Es así como la intervención normativa de las instituciones comunitarias se adopta en primer lugar desde el derecho de coordinación para evitar que la movilidad de trabajadores lleve aparejada pérdidas de derechos de seguridad social, adquiridos o en vía de adquisición en el país de origen. Se trata, por tanto de una medida normativa, garantizadora de un derecho, el de libertad de circulación y residencia.

Si no hay un Sistema Comunitario de Seguridad Social, tampoco hay norma mínima comunitaria de Seguridad Social ni derechos comunitarios de Seguridad Social (reiteradamente, en las normas comunitarias se incluye una referencia general a la protección social o a la seguridad social, sin definir su ámbito). No obstante, y desde la perspectiva del derecho a la libre circulación, y vinculado al mismo, se han adoptado diferentes normas comunitarias que regulan las condiciones de entrada y permanencia de los ciudadanos en el seno de la Unión Europea y los derechos vinculados a la libre circulación que deban reconocerles los Estados de destino en relación con los que derivan del Sistema de protección del Estado de origen.

Lo que en el ámbito comunitario equivaldría al derecho internacional de la Seguridad Social es por tanto el derecho coordinador de los sistemas nacionales de Seguridad Social. Lo que en la política nacional equivaldría al derecho de extranjería se suple a nivel de la Unión Europea por normas de extranjería comunitarias, fundamentalmente a través de directivas, que fijan las bases o mínimos de esa política en el ámbito comunitario. Lo que quiere decir que las normas comunitarias trascienden su ámbito personal más allá de los ciudadanos de la unión europea para extender su campo de aplicación hacia los que podríamos denominar ciudadanos extracomunitarios en la Unión Europea.

Si el ciudadano extracomunitario hace uso de su derecho a la libre circulación internacional pero no hace uso de su derecho a la libre circulación en la Unión Europea, el Estado Miembro de la Unión de acogida aplicará a esa persona su Sistema Nacional de Seguridad Social condicionado, es cierto, a las normas nacionales y comunitarias que precisan los derechos y libertades de esos sujetos en ese territorio y aplicará su legislación nacional atendiendo a los criterios, reglas y principios derivados de la coordinación con el Sistema Nacional de Seguridad Social del Estado de origen. En este sentido, desde la perspectiva española, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto al respecto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de

enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx), que ha sufrido profundas modificaciones a lo largo de estos años.

Desde la perspectiva de la protección social, nuestra LOEx es de redacción confusa y para su entendimiento hay que partir de las diversas modalidades que pueden incluirse bajo el término “protección social pública” en el ordenamiento jurídico español. Por un lado, el Sistema de Seguridad Social, en sentido estricto, configurado como un modelo mixto, esencialmente profesional contributivo, en el que también se incluyen las prestaciones no contributivas. Por otro, el Sistema de protección de la salud, organizado en nuestro ordenamiento jurídico a través del Sistema Nacional de Salud. Y, por último, el conjunto de prestaciones complementarias públicas o adicionales al Sistema de Seguridad Social, identificadas en el ordenamiento español con la Asistencia Social y los Servicios Sociales, que pueden ser internos al Sistema de Seguridad Social (de competencia exclusiva del Estado) o externos al mismo y, en cuanto tales, pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas, de acuerdo con los criterios de distribución de competencias establecidos por la Constitución Española, art.148.1.20ª.

Atendiendo a la Seguridad Social en sentido estricto, prestaciones, económicas o técnicas o de asistencia sanitaria, contributivas y prestaciones no contributivas, el derecho a la seguridad social de los inmigrantes en España se condiciona al cumplimiento de los requisitos que impone la LOEx, especialmente, que el inmigrante tenga un vínculo (residencia legal) además de los generales requisitos que exigen las normas internas en materia de Seguridad Social para poder acceder a los diferentes tipos de prestaciones, contributivas y no contributivas, sean económicas o técnicas (entre ellas, la prestación de asistencia sanitaria). Desde la perspectiva de las prestaciones contributivas, puesto que parten de la exigencia de prestación de servicios de la que derivan los actos de encuadramiento y la cotización, para los inmigrantes se está exigiendo un permiso de trabajo como requisito de capacitación legal para que éstos pueden ejercer su actividad profesional en nuestro país (art.36 LOEx). Desde las no contributivas, demostración de situación de necesidad y período de residencia, que para los inmigrantes se concreta en la exigencia del vínculo jurídico de residencia legal en nuestro país. Así, ,por ejemplo, se especifica para las prestaciones familiares, contributivas y no contributivas, en especial para las económicas que regula el RD 1335/2005, de 11 de noviembre; en especial, para la asignación económica por hijo menor o menor acogido a su cargo, el art.10 de la norma reglamentaria expresa que sólo serán beneficiarios los “residentes legales” en el territorio español

Por lo que refiere a la Protección de la Salud, conforme a la Constitución Española en su art.43, y regulada en España a través de leyes separadas de las específicas de la Seguridad Social propiamente dicha, la LOEx dispone en su art.12, modificado en 2012, que “Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”, es decir en la Ley General de Sanidad y en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, en su art.3º, que introduce la situación de asegurado para referirse, con independencia de la nacionalidad, a quienes¹⁵: a) Sean trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; b) Ostenten la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social; c) Sean perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo; d) Hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España.

En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente.

Para concluir que aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.

En lo que respecta a la Asistencia Social y los Servicios Sociales, la situación jurídica es muy completa en España porque, asumidas por las Comunidades Autónomas al amparo de la Constitución, art.148.1.20º y en virtud de lo dispuesto en sus respectivos Estatutos de Autonomía, todas las han desarrollado en sus Leyes de Servicios Sociales. En este sentido, la LOEx distingue en su art.14 entre prestaciones generales y básicas y específicas, sin que las defina o aporte al

¹⁵ Recoge la ley los supuestos especiales en su art. 3 ter. (Asistencia sanitaria en situaciones especiales). Dispone la norma: Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

respecto algún criterio que permita identificarlas con precisión en el marco complejo y heterogéneo de las normas autonómicas sobre servicios sociales. Por lo que haya que analizar individualizando cada una de esas normas autonómicas para entender o comprender no sólo el contenido de esas prestaciones sino, lo más importante, su ámbito subjetivo de protección y, en concreto, su extensión o no a los ciudadanos extracomunitarios. En este sentido, la LOEx distingue entre prestaciones de esta naturaleza que reconoce a los extranjeros en función de su situación en España; así, los ciudadanos extranjeros residentes tienen derecho, en las mismas condiciones que los españoles, a todas las prestaciones y servicios sociales; En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico; los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. Para éstos extranjeros, ilegales, la LOEx no establece si hay un derecho de equiparación absoluto con los españoles y las normas autonómicas tampoco establecen un principio de igualdad de trato entre los españoles y los extracomunitarios a los que declaran beneficiarios de estas prestaciones y servicios de conformidad con lo previsto en las normas, tratados y convenios internacionales vigentes, sin identificar éstos.

La complejidad de situaciones descritas y las diferentes modalidades de protección social que cupiera analizar nos exige en este estudio delimitar el contenido de la protección social a que queremos referirnos y, en este sentido, optamos sólo por la que en el ordenamiento jurídico español cabe entender como **Seguridad Social**, en sentido estricto, sea en su modalidad contributiva o sea en su modalidad no contributiva (en la que se incluyen las prestaciones no contributivas de invalidez, jubilación y prestaciones familiares), que requieren para todos los beneficiarios demostrar un estado de necesidad (límite de recursos) y cumplir un período mínimo de residencia en España.

Como quiera que la LOEx declara la equiparación absoluta de los extranjeros a los españoles sólo en caso de que sean “legales” en el sentido jurídico de titularidad de un derecho básico, el de empleo o trabajo, y derivado del mismo, el de residencia, es imprescindible conocer en este caso los condicionantes o requisitos que impone al extranjero para que pueda ser considerado trabajador y residente legal, que le permitan acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones económicas y técnicas del Sistema español de Seguridad Social, advirtiéndolo que

- 1) Las normas internas españolas sobre entrada y permanencia de los extranjeros comunitarios quedan condicionadas a las comunitarias sobre circulación de nacionales de terceros países. No sólo en lo que refiere a los requisitos para obtener el estatus

jurídico de residente legal¹⁶ sino, también, para determinar el contenido de los derechos derivados del mismo, en particular, el

¹⁶ La LOEx dedica gran parte de sus preceptos a regular las condiciones de entrada y permanencia en nuestro país de los Extranjeros extracomunitarios. Arts.30 y ss. Distingue entre estancia y residencia y ésta se divide en residencia temporal y residencia de larga duración (que se concede a quienes han obtenido autorización de residencia temporal continuada durante 5 años); la primera, temporal, está vinculada a la suficiencia económica del extranjero, bien porque obtenga los recursos a través de su trabajo (lo que requiere permiso de trabajo y autorización de residencia), bien porque ya disponga de ellos y no trabaje, en los términos del art.32 LOEX, que dice: “la autorización inicial de residencia temporal que no comporte autorización de trabajo se concederá a los extranjeros que dispongan de medios suficientes para sí y, en su caso, para los de su familia. Reglamentariamente se establecerán los criterios para determinar la suficiencia de dichos medios”.

Las autorizaciones de residencia temporal y de trabajo (por cuenta ajena o por cuenta propia) se regulan en los artículos 36 y siguientes de esta Ley. Y por su importancia, reproducimos el precepto, indicando en cursiva los aspectos más relevantes desde la vertiente de la protección por el Sistema de Seguridad Social: **1.** Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente.

2. La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social. La Entidad Gestora comprobará en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad.

3. Cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión de la autorización se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente y, si las leyes así lo exigiesen, a la colegiación.

4. Para la contratación de un extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización.

5. La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo.

Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero.

6. En la concesión inicial de la autorización administrativa para trabajar podrán aplicarse criterios especiales para determinadas nacionalidades *en función del principio de reciprocidad.*

7. No se concederá autorización para residir y realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, a los extranjeros que, en el marco de un programa de retorno voluntario a su país de origen, se hubieran comprometido a no retornar a España durante un plazo determinado en tanto no hubiera transcurrido dicho plazo.

8. Reglamentariamente se determinarán las condiciones y requisitos para hacer posible la participación de trabajadores extranjeros en sociedades anónimas laborales y sociedades cooperativas.

derecho a las prestaciones sociales, en concreto, las de Seguridad Social. Sin perjuicio de lo que después se dirá desde la vertiente del Derecho Comunitario, adviértase que normas nacionales pueden ser más favorables que las mínimas que pudieran establecer las instituciones comunitarias a través de Directivas.

- 2) Las normas internas españolas no quedan condicionadas en cuanto a su contenido, alcance, configuración respecto de normas comunitarias en materia de Seguridad Social (no hay una norma

Adviértase, en relación con lo establecido en el apartado 5, es decir, respecto de los extranjeros que no poseen autorización de residencia y de trabajo por cuenta ajena, que el art.42 del Reglamento de Inscripción, afiliación, altas y bajas, dispone en su art.42 (**De la afiliación y alta de los extranjeros) que los trabajadores** por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida.

Téngase en cuenta que tanto España como Brasil han ratificado el citado Convenio núm.19 OIT sobre igualdad de trato entre los trabajadores nacionales y extranjeros en materia de indemnización por accidente de trabajo.

Importante también es la situación de renovación del permiso inicial de trabajo y de residencia, puesto que se concede sólo por un plazo superior a noventa días e inferior a cinco años, en concreto por 1 año. El art.38 LOEX, entre otras razones, autoriza la renovación cuando “por la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, se hubiera otorgado una prestación contributiva por desempleo” y “cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral”

En cuanto a la autorización de residencia permanente, téngase en cuenta que no sólo se concede cuando en el período previo hay trabajo en España, sino también, por ejemplo, cuando el extranjero sea residente beneficiario de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social; o cuando sea beneficiario de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social o de prestaciones análogas a las anteriores obtenidas en España y consistentes en una renta vitalicia, no capitalizable, suficiente para su sostenimiento.

Las disposiciones de desarrollo se encuentran en el **Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000**, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril .

mínima comunitaria en materia de Seguridad Social ni derechos mínimos comunitarios de seguridad social). En esta materia sólo hay normas coordinadoras de los sistemas nacionales de seguridad social que requieren de una circunstancia previa, a saber, que haya circulación entre los países de la UE.

El derecho a la libre circulación del extracomunitario, traspase o no la frontera de uno de los Estados Miembros, el que sea de destino inicial del nacional de tercer país, queda condicionado a nivel comunitario por la que las normas de Derecho Originario (en particular, el TFUE) describe como política migratoria comunitaria común y, por tanto, sin entrar en la configuración de un sistema comunitario de Seguridad Social, se precisan las reglas normativas que condicionan (o pueden condicionar) el Derecho nacional de extranjería de los respectivos Estados Miembros, entre ellos, de España.

Es así como, atendiendo a uno de los ámbitos de esa política, el de los derechos de protección social de los extranjeros extracomunitario, se ha de dar cuenta del acervo comunitario sobre inmigración. Sin pretender en este estudio un análisis exhaustivo de esa normativa, baste, en primer lugar, enumerar las más importantes, distinguiendo entre migración legal y migración ilegal.

1) Inmigración legal. Por orden cronológico, esas normas son:

- Directiva 2003/109/CE del Consejo, modificada en 2011 con el fin de extender su ámbito de aplicación a los refugiados y otros beneficiarios de protección internacional. Regula el Estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en la Unión Europea¹⁷.

-- Directiva 2009/50/CE, , relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (atendiendo a la posesión de una cualificación profesional superior que acredite la competencia adecuada y específica para ocupar el empleo de que se trate, avalada por un mínimo de 5 años de experiencia profesional y un mínimo de nivel salarial). Se crea la tarjeta azul UE, un procedimiento abreviado para la expedición de un permiso especial de residencia y de trabajo con unas condiciones más atractivas para los trabajadores de terceros países que entren en los Estados miembros para desempeñar un empleo altamente cualificado¹⁸

¹⁷ Sobre su trasposición en España: LOEx, art.32 y Reglamento de Extranjería RD 557/2011, de 20 de abril, arts. 151 a 154

¹⁸ Traspuesta en la LOEx española, art.38 ter y en el Reglamento de desarrollo, Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (artículos del 85 al 94).

- La Directiva 2011/98, del permiso único. Establece un procedimiento común y simplificado para los ciudadanos de terceros países que soliciten un permiso de residencia y de trabajo en un Estado miembro, así como un conjunto común de derechos que han de concederse a los inmigrantes regulares¹⁹.
- Directiva 2014/36/UE, adoptada en febrero de 2014, regula las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros.²⁰; entendiéndose por tales los autorizados a trabajar entre cinco y nueve meses dentro de un período de 12 meses. Se autoriza a los trabajadores temporeros migrantes a permanecer temporalmente de manera legal en la UE durante un período máximo de entre cinco y nueve meses (variable en función del Estado miembro) para realizar una actividad sujeta al ritmo estacional, mientras conservan su residencia principal en un tercer país. La Directiva precisa asimismo el conjunto de derechos que asiste a estos trabajadores migrantes.
- Directiva 2014/66/UE, de 15 de mayo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales²¹ (es decir, el desplazamiento temporal con fines de empleo o de formación de un nacional de tercer país que, en el momento de la solicitud de un permiso de traslado intraempresarial, resida fuera del territorio de un Estado miembro, desde una empresa establecida fuera del territorio de un Estado miembro y a la que está vinculado por contrato de trabajo, antes y durante el traslado, hacia una entidad perteneciente a la Empresa o al mismo grupo empresarial establecidos en

¹⁹. A pesar de las cartas de emplazamiento –primer paso de un procedimiento por incumplimiento- enviadas en enero del pasado año, España aún no ha notificado a la Comisión la plena transposición de dicha Directiva. Bélgica y Eslovenia tampoco han procedido a su implantación. Bruselas decidió en abril de 2015 dar un paso más y enviar un dictamen motivado, que da a España, así como a Bélgica y Eslovenia, un plazo de dos meses para notificar al Ejecutivo comunitario de las medidas que se han llevado a cabo para ajustar la normativa nacional a la establecida por la UE. En caso de no proceder a su implantación, la Comisión podría llegar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4871_es.htm En este sentido, hemos encontrado una norma, Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, modificada por disposición final undécima la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Publicada en BOE el 29 de julio de 2015, que alguna previsión contempla sobre permiso único.

Sobre esta Directiva, puede verse MARTÍN PUEBLA, E.: “La política comunitaria de inmigración en la Unión Europea y la Directiva de permiso único”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, núm.32, 2013

²⁰ <http://www.intermigra.info/archivos/News314/D2014Temporeros.pdf>. No consta hasta el momento norma expresa española de trasposición de esta directiva; Véase arts.36, 38, 40 y 42 de la LOEx española y su Reglamento, RD 557/2011, arts.97-102

²¹ <https://www.boe.es/doue/2014/157/L00001-00022.pdf>

dicho Estado miembro y, en su caso, la movilidad entre entidades receptoras establecidas en uno varios segundos Estados Miembros). Esta nueva Directiva, que se aplicará a más tardar el 29 de noviembre de 2016, facilitará que las empresas y las multinacionales puedan destinar temporalmente directivos, especialistas y trabajadores en formación a las sucursales y filiales ubicadas en la Unión Europea.²²

-El 25 de marzo de 2013, la Comisión presentó una nueva propuesta de Directiva (COM(2013) 151) por la que se mejoran los instrumentos legislativos vigentes aplicables a los nacionales de terceros países que deseen entrar en la UE con fines de estudio o investigación (Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE).

2) Inmigración ilegal- Las normas más importantes son:

-Directiva sobre el retorno (2008/115/CE) establece las normas y procedimientos comunes de la UE para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

-Directiva 2009/52/CE especifica las sanciones y medidas aplicables en los Estados miembros a los empleadores que no respeten la prohibición del empleo de nacionales de terceros países en situación irregular.

Identificadas las normas comunitarias, aun cuando no podamos en este estudio analizar exhaustivamente el contenido de cada una de ellas, podemos, no obstante, definir los que cabe entender como rasgos generales de la política migratoria común comunitaria en el ámbito de la protección social de los extranjeros extracomunitarios. De este modo, atendiendo a las normas sobre inmigración legal:

1. El principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad preside el contenido de las normas, atendiendo a los ámbitos a los que se aplican y a su naturaleza.

Se aprecia al respecto como las sucesivas Directivas conforman lo que podríamos denominar nivel mínimo de igualdad de condiciones en la Unión para

²² Véase Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Sección de movilidad internacional, modificada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social., art. 73 y ss.

los extranjeros extracomunitarios legales (los que residan y trabajen legalmente en un Estado miembro) y configuración del estatus mínimo o conjunto común de derechos basados en la igualdad de trato con los nacionales del Estado miembro de acogida. Por eso, en primer lugar, es habitual en las normas comunitarias la cita expresa (de forma exhaustiva) de los ámbitos materiales en los que el principio de igualdad se aplica.

Y, en segundo lugar, todas las normas comunitarias configuran el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad como un derecho no absoluto. No tanto en el sentido, general, de que las disposiciones que adoptan son mínimas y, en cuanto tales, disponibles por los Estados miembros que pueden establecer disposiciones más favorables, sino en sentido contrario. Dicho de otra forma, aunque el conjunto de estas normas comunitarias pretenden configurar a nivel comunitario el estatus jurídico del inmigrante extracomunitario con el objetivo o finalidad de acercarlo al del ciudadano comunitario, el principio de igualdad de trato formalmente aceptado se transforma en realidad, en la mayoría de las ocasiones, en un principio de “trato comparable”, ya que admiten limitaciones o restricciones que puedan imponer las legislaciones nacionales.

2. Heterogeneidad en la delimitación objetiva de los derechos reconocidos en el ámbito general de la protección social.

Es habitual que las normas comunitaria en materia de protección social formalmente expresen los derechos reconocidos, con carácter de mínimos, a los extranjeros extracomunitarios en este ámbito, advirtiéndose al efecto que el ámbito de aplicación de las Directivas difieren, de modo que hay casos en los que se describe de forma amplia y en otros, por el contrario, de forma más restrictiva.

Así, en efecto, atendiendo a las normas comunitarias sobre protección social, libertad de circulación y también a las normas españolas sobre extranjería, hay casos en los que el derecho a la igualdad y no discriminación se aplica a las prestaciones de la seguridad social, de la asistencia social y de la protección social (así, Directiva 2003 sobre residentes de larga duración, art.11.1); y otros, los más, en lo que el ámbito queda circunscrito a la Seguridad Social en sentido estricto.

La remisión a la seguridad social se expresa atendiendo al Reglamento Comunitario sobre coordinación en esta materia, hoy el Reglto UE 883/2004, es decir, las que se describen como “ramas de Seguridad social”, conforme a lo dispuesto en el art.3º del citado Reglto²³ [en este sentido, Directiva 2009, sobre

²³ Dispone el citado precepto, en la delimitación del campo de aplicación material, que se extiende a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con: “las prestaciones de enfermedad; las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; las prestaciones de invalidez; las prestaciones de vejez; las prestaciones de supervivencia; las prestaciones de

trabajos cualificados, art.14; Directiva sobre permiso único (art.12); Directiva sobre trabajadores temporeros (art.23.1.d); Directiva sobre prestaciones intraempresariales (art.18)

Y es habitual en la actualidad que estas normas configuren limitadamente los derechos de protección social, precisando al respecto que queda excluida la “asistencia social” y, lo que es más importante, de acuerdo con lo previsto en las normas comunitarias sobre libre circulación de los ciudadanos comunitarios, permitiendo a los Estados miembros que exija a esos trabajadores que dispongan de “suficientes recursos durante su estancia para mantenerse sin necesidad de recurrir a sus sistemas de asistencia social” (Directiva sobre trabajadores temporeros, Cdo.46 y art. 6º.3; en el mismo sentido la Directiva sobre traslados intraempresariales, art.5º.5)

Cualquiera que sea la fórmula adoptada en las normas comunitarias para delimitar el derecho a la igualdad y no discriminación en esta materia, se remiten a la configuración nacional de los sistemas de protección social porque, como también se precisa en las normas comunitarias más actuales, su objetivo no es armonizar la legislación de los Estados Miembros en materia de protección social, de modo que, como se advierte en la Directiva sobre traslados intraempresariales (Cdo.38), el derecho a la igualdad de trato en el ámbito de la seguridad se aplica a nacionales de terceros países que “satisfagan las condiciones objetivas y no discriminatorias establecidas por la legislación del Estado miembro receptor en lo que respecta a la afiliación y a los derechos a prestaciones de seguridad social”. O, en los términos previstos en la Directiva sobre permiso único: cada Estado configura su sistema de Seguridad Social, pudiendo fijar por consiguiente “las condiciones para conceder las prestaciones de Seguridad Social, así como la cantidad de beneficios y el período durante el cual se conceden”. Pero siempre, se advierte, cumpliendo con el Derecho de la UE.

La conexión entre el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad y el ámbito de la protección, o seguridad, social requiere de un análisis, si quiera breve, de las limitaciones, restricciones, e incluso a veces, exclusiones de ese derecho en esta materia. Es decir del que puede denominarse “nivel mínimo de igualdad de condiciones en la Unión” y, en consecuencia, del conjunto común de derechos basados en la igualdad de trato con los nacionales del Estado miembro de acogida.

En la definición de las limitaciones en este ámbito, las normas comunitarias difieren al respecto, pudiendo distinguir dos grandes bloques, por un lado, desde la norma de máximos, que representa la Directiva sobre residentes de larga duración

accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; los subsidios de defunción; las prestaciones de desempleo; las prestaciones de prejubilación; las prestaciones familiares”.

(que prevé un estatus jurídico de los extranjeros muy cercano al de los ciudadanos comunitarios) y el resto de Directivas que restringen inicialmente el derecho a la igualdad y no discriminación al ámbito estricto de la Seguridad Social.

Por lo que refiere a la Directiva sobre residentes de larga duración, permite a los Estados miembros (art.11) que la igualdad de trato se limite a las prestaciones básicas respecto de la asistencia social y la protección social, advirtiendo al respecto (Cdo 13) que por tales ha de entenderse, al menos, la prestación la prestación de ingresos mínimos, la asistencia en casos de enfermedad y embarazo, la ayuda a los padres y los cuidados de larga duración.

Y en el resto de Directivas, que refieren a las ramas de Seguridad Social en sentido estricto, se aprecia también diferencias entre ellas. Desde las que admiten limitaciones o restricciones nacionales amplias, en función, por ejemplo, del tiempo en que los extranjeros están contratados en el país receptor. Tal es el caso de la Directiva sobre permiso único (art.12) puesto que sólo prohíbe que se restrinjan a los extranjeros que tienen un empleo o que lo hayan tenido durante un período mínimo de seis meses y estén registrados como desempleados; lo que quiere decir que la Directiva permite que los Estados miembros restrinjan los derechos en materia de Seguridad Social a quienes están contratados por un plazo inferior a seis meses.

Hasta, lo más habitual, la restricción de un tipo de prestaciones. Es el supuesto de las denominadas en las normas comunitarias “prestaciones familiares”, cuya exclusión proviene inicialmente de la Directiva 2009 sobre trabajos cualificados en relación por el entonces vigente Rglto 859/2003²⁴, que contenía un Anexo para permitir exclusiones de estas prestaciones para Alemania y Austria.

En este sentido, la Directiva sobre permiso único, permite que los Estados Miembros limiten el acceso a las prestaciones familiares, no sólo cuando estén autorizados a trabajar por un período no superior a seis meses, sino también cuando los extranjeros hayan sido admitidos para cursar estudios. De la misma manera, la Directiva sobre trabajadores temporeros permite (art.23) los Estados miembros puedan restringir la igualdad de trabajo, excluyendo las prestaciones

²⁴ Este Reglamento se modificó por el Reglamento 1231/2010, de 24 de noviembre de 2010 que no contiene Anexo alguno sobre disposiciones especiales para Alemania y para Austria en materia de prestaciones familiares.

El anterior Rglto disponía en su Anexo: I. ALEMANIA. En lo que se refiere a las prestaciones familiares, el presente Reglamento únicamente se aplicará a los nacionales de terceros países con un título de residencia cualificado, con arreglo al Derecho alemán, tal como el << Aufenthaltserlaubnis >> o << Aufenthalts-berechtigung >>. II. AUSTRIA En lo que se refiere a las prestaciones familiares, el presente Reglamento únicamente se aplicará a los nacionales de terceros países que cumplan las condiciones exigidas por la legislación austríaca para tener derecho de manera permanente a las prestaciones familiares.

familiares; y la Directiva sobre traslados intraempresariales (art.18), admite que las prestaciones familiares se excluyan a los desplazados cuando hayan sido autorizados a residir y trabajar por un período inferior a nueve meses.

La Directiva sobre trabajadores temporeros ya apuntaba, escuetamente, la razón de la exclusión (Cdo.46), basándose en “el carácter temporal de la estancia” de estos trabajadores. Ésta es, por cierto, la misma razón que aduce para permitir a los Estados miembros excluir (no limitar) las prestaciones por desempleo a estos trabajadores.

Y, de forma más contundente, la Directiva sobre traslados intraempresariales (Cdo.38), expresa que “en muchos Estados Miembros, el derecho a las prestaciones familiares se supedita a un determinado vínculo con el Estado miembro en cuestión, ya que las prestaciones están pensadas para fomentar un desarrollo demográfico positivo con objeto de garantizar la futura mano de obra en dicho Estado miembro. Como la persona desplazada en un marco intraempresarial y su familia residen temporalmente en cualquiera que sea el Estado miembro, la presente Directiva no debería afectar al derecho de los Estado miembros a restringir en determinadas condiciones, la igualdad de trato respecto de las prestaciones familiares”.

3. Igualdad de trato y legislación aplicable

Nos referimos a los supuestos en que pudiera aplicarse la legislación de origen de conformidad con los acuerdos bilaterales o el derecho interno vigente del Estado miembro receptor. Situación que puede darse en los desplazamientos intraempresariales (ver al respecto CONVENIO ESPAÑA-BRASIL en materia de Seguridad Social). En estos casos la Directiva sobre traslados intraempresariales (art.18) dispone que se aplica la legislación del país de origen, advirtiendo que en el caso de movilidad entre Estados miembros se aplicará el Reglto UE 1231/2010 es decir, el Reglto UE sobre coordinación de los Sistemas de Seguridad Social.

4. Extensión del campo de aplicación.

Nos referimos a la posibilidad de que las normas comunitarias extiendan su ámbito de aplicación a los familiares y supervivientes.

En este sentido, se advierte en las Directivas sobre inmigración legal que, aunque limitadamente, el Derecho comunitario se orientan hacia la integración social de los extranjeros, atendiendo a la inicial Directiva 2003/86/CE, que establece disposiciones relativas al derecho a la reagrupación familiar. El informe de 2008 relativo a su aplicación llegó a la conclusión de que esta no se estaba realizando plena y correctamente en los Estados miembros: por consiguiente, en

2011 se publicó un Libro Verde que abrió el proceso de consultas públicas, y la Comisión publicó una comunicación en abril de 2014 que ofrece a los Estados miembros directrices de aplicación de la Directiva.

En abril de 2010, la Comisión presentó la tercera edición del Manual sobre la integración para responsables de la formulación de políticas y profesionales y, en julio de 2011, aprobó la Agenda Europea para la Integración de Nacionales de Terceros Países. Además, desde 2009 se han creado dos instrumentos para abordar la cuestión de la integración: el Foro Europeo sobre la Integración (organizado por la Comisión y el Comité Económico y Social Europeo) y la Web Europea sobre Integración (<http://ec.europa.eu/ewsi/en/>). El Foro Europeo sobre la Integración amplió su campo de actuación en enero de 2015 y pasó a ser el Foro Europeo de la Migración

Desde esta perspectiva, la reagrupación familiar también se menciona en la Directiva sobre trabajos cualificados (art.15) y en la Directiva sobre permiso único. No obstante, también se advierte, con carácter general, que las normas comunitarias no tienen como objetivo conceder derechos en aquellas situaciones excluidas del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Situación en la que se encuentran los miembros de la familia del extranjero extracomunitario que residan en un tercer país; de ahí que se disponga (Cdo.24) que la Directiva sólo debe conceder derechos en relación con los familiares que se reúnan con un trabajador de un tercer país para residir en un Estado miembro por motivos de reunificación familiar o con los familiares que ya residan en ese Estado Miembro.

5. Estas normas no garantizan en modo alguno el derecho a la libre circulación en la Unión Europea asimilable al de los ciudadanos de la Unión, regulado en el TFUE (arts.18 y ss y 45), Reglamento UE 492/2011 y Directiva 2004/38. Ahora también en la Directiva 2014/54, de 16 de abril sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de trabajadores.

En este sentido, el estatus más cercano al de los ciudadanos comunitarios, el de extranjero comunitario que obtiene en un Estado de la UE el de residente de larga duración, no confiere a aquél un derecho absoluto a la libre circulación en condiciones de igualdad a los ciudadanos comunitarios. Básicamente porque, de acuerdo con lo dispuesto en el art.14 de la Directiva de residentes de larga duración, se garantiza también el que pudiera entenderse como equilibrio financiero de los Estados de destino con la finalidad de evitar que esos residentes de larga duración en el territorio de un Estado miembro supongan una “carga excesiva” para otro Estado miembro de destino; de ahí las restricciones o limitaciones del derecho a la libre circulación, que también contemplan las

Directivas sobre trabajos altamente cualificados, sobre trabajadores temporeros y sobre traslados intraempresariales.

En los casos en los que se pueda ejercer el derecho a la libre circulación en la UE por los extranjeros extracomunitarios legales, es decir, cuando se cumplen los requisitos y condiciones nacionales y comunitarios sobre entrada, permanencia y circulación, se aplican también las reglas de coordinación en materia de Seguridad Social, unidas a las que cada país miembro de la Unión Europea pudiera haber firmado con el país de origen o de nacionalidad del extranjero. Así como las normas comunitarias no interfieren en el modelo nacional de Seguridad Social de cada uno de los Estados Miembros, requieren de reglas de articulación de esas disposiciones normativas nacionales que permitan materializar las libertades de circulación de las personas en el seno de la Unión Europea; es así como la intervención normativa de las instituciones comunitarias se adopta en primer lugar desde el derecho de coordinación para evitar que la movilidad de trabajadores lleve aparejada pérdidas de derechos de seguridad social, adquiridos o en vía de adquisición en el país de origen. Se trata, por tanto de una medida normativa, garantizadora de un derecho, el de libertad de circulación y residencia. Lo que en el ámbito comunitario equivaldría al derecho internacional de la Seguridad Social es por tanto el derecho coordinador de los sistemas nacionales de Seguridad Social

Si el ciudadano extracomunitario hace uso de su derecho a la libre circulación internacional pero no hace uso de su derecho a la libre circulación en la Unión Europea, el Estado Miembro de la Unión de acogida aplicará a esa persona su Sistema Nacional de Seguridad Social condicionado, es cierto, a las normas nacionales y comunitarias que precisan los derechos y libertades de esos sujetos en ese territorio y aplicará su legislación nacional atendiendo a los criterios, reglas y principios derivados de la coordinación con el Sistema Nacional de Seguridad Social del Estado de origen, es decir, el instrumento básico de coordinación en esta materia que, como vimos, es el Acuerdo Bilateral o Multilateral en materia de Seguridad Social.

Si el ciudadano extracomunitario hace uso de su derecho a la libre circulación internacional y de su derecho a la libre circulación en la Unión Europea, junto a las reglas bilaterales (o multilaterales) de coordinación de Sistemas nacionales de Seguridad Social, entran en juego las reglas de coordinación comunitaria. Normas que, en la actualidad, han ampliado su ámbito subjetivo para incluir también a los extracomunitarios (legales) en el territorio de los Estados Miembros que se trasladan a otro u otros países. En este sentido, el Reglamento 883/2004 ha ampliado su ámbito de aplicación a los nacionales de terceros países familiares de nacionales de la Unión Europea y a nacionales de países extracomunitarios que ejercen su derecho a la libre circulación en la UE y son residentes legales; en efecto, el Reglamento CE 1231/2010, de 24 de

noviembre, modifica el Reglamento anterior en el sentido de que las normas de coordinación de los Sistemas Nacionales de Seguridad Social se aplicarán “a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén aún cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que su situación no esté circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado Miembro”.

Es importante tener en cuenta las condiciones de aplicación del citado Reglamento a los nacionales extracomunitarios: 1) el Reglamento no habla de “trabajadores”, sino de sujetos que estén incluidos en los respectivos sistemas nacionales de Seguridad Social; por tanto, desde la perspectiva de un ordenamiento jurídico, el español, habrá que atender a las normas que delimitan el ámbito subjetivos de sus dos niveles, contributivo y no contributivo, de acuerdo con las normas de extranjería, tal como vimos en páginas anteriores; 2) Algunos de los extranjeros extracomunitarios ya estaban incluidos en el Reglamento 883/2004: apátridas, los refugiados y los miembros de las familias y supervivientes de ciudadanos comunitarios según las definiciones de ese Reglamento; 3) el Reglamento se aplicará sólo en caso de que el ciudadano extracomunitario haga uso de su derecho a la libre circulación en el territorio de otro u otros Estados Miembros; 4) El extranjero requiere tener la condición de residente legal en el territorio de cada uno de los Estados Miembros por los que circule. De modo que, como expresa el Reglamento Comunitario, la residencia legal es una condición previa a su aplicación y no tiene efectividad alguna cuando el extracomunitario se mantiene en el territorio de uno solo Estado Miembro, correspondiendo a éste, de conformidad con su legislación interna, determinar las reglas o condiciones para conceder a ese ciudadano extracomunitario el estatus de residente legal, atendiendo a las normas comunitarias de mínimos en materia de inmigración.

CONCLUSIONES

- 1) No hay un derecho común de seguridad social como derecho internacional; cada país establece su propio Sistema de Seguridad Social y configura su contenido y extensión.
- 2) La ausencia de un derecho universal de seguridad social de contenido y extensión igual en los Estados se contrarresta a nivel internacional y comunitario a través del reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso a las prestaciones sociales cuando los nacionales de unos países se trasladan a otros países.
- 3) No hay un estatuto jurídico común a nivel internacional de los extranjeros que acceden y permanecen en el territorio de otros Estados. No obstante, en el ámbito de la Unión Europea se ha configurado una política comunitaria

común de inmigración que condiciona las normas internas de los Estados Miembros sobre libre circulación de extranjeros extracomunitarios y sus derechos de protección social en el seno de la Unión Europea.

- 4) Esta política común describe un estatus jurídico del inmigrante heterogéneo y no plenamente coincidente con el de los ciudadanos comunitarios. En este sentido, la distinción, basada en un modelo de residencia, entre residentes legales e ilegales es el elemento a tener en cuenta para diferenciar los niveles de protección en el ámbito general de la protección social y, en particular, en el de la Seguridad Social. Ni siquiera los extranjeros extracomunitarios legales gozan de un estatuto jurídico igual al de los ciudadanos comunitarios, admitiéndose por las normas comunitarias que los Estados Miembros puedan limitar o restringir los derechos de protección social de aquéllos.
- 5) Junto a esta política común de inmigración y el estatus heterogéneo de los extranjeros extracomunitarios se amplía el ámbito del Derecho de coordinación de Sistemas nacionales de Seguridad Social cuando aquéllos hacen uso de su libertad de circulación en la UE. Esos principios de coordinación, aplicables también a los extranjeros extracomunitarios, son los que las normas internacionales, en especial los Convenios de la OIT, establecieron en su momento y son los que también adoptan los Acuerdos bilaterales y multilaterales en materia de Seguridad Social, tales como el Acuerdo Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.