

La libre circulación tras (;?) la Covid-19. Retos en materia de restricciones, nuevos modelos familiares y digitalización*

Free movement after (?) Covid-19. Challenges concerning restrictions, new family models and digitalisation

José María Miranda Boto**

Universidad de Santiago de Compostela

ORCID ID: 0000-0001-8518-1469

Recibido: 11/1/2022

Aceptado: 2/3/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6846>

Resumen:

La libre circulación de trabajadores, en más de medio siglo de existencia, se ha enfrentado a diversos obstáculos. Pocos han tenido las dimensiones de la pandemia de la Covid-19, que puso de manifiesto dificultades insospechadas. El presente trabajo pretende analizar las soluciones a esas dificultades, tanto desde el terreno de las restricciones derivadas de herramientas como el Pasaporte Covid como de las posibles garantías de futuro. Los certificados de vacunación, derivados de una normativa que busca asegurar la libre circulación, presentan una doble naturaleza como restricción que merece ser analizada. Por otra parte, la consolidación de la idea de las ocupaciones críticas está llamada a tener una gran importancia, pero exige un último esfuerzo en su puesta en práctica efectiva. Junto a estas cuestiones, el trabajo estudia también la adaptación de la normativa existente a los nuevos modelos de familia, inclu-

*Este texto forma parte de los resultados del proyecto de investigación RTI2018-097917-B-100 “Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales”, financiado por la Agencia Estatal de Investigación y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), correspondiente al marco financiero plurianual 2014-2020. Recoge las líneas generales de mi intervención “Free movement after (?) Covid-19” en el congreso “The Future of European Labour Law”, celebrado en Viena los días 11 y 12 de noviembre de 2021. Mi agradecimiento para Elisabeth Bramshuber y Adam Sagan por haberme dado la ocasión de reflexionar con calma y tiempo sobre un tema que siempre me interesó, y a Elisabeth Bartmann, Julia Heindl, Madgalena Lenglinger, Philipp Ondrejka, Helena Palle y Anna Stadlober por haberme conducido con sus dudas, preguntas e inquietudes mucho más lejos de lo que yo habría llegado por mí mismo. Agradezco también a los anónimos revisores sus indicaciones, que me llevaron a deshacerme de los innecesarios ropajes con los que había cargado el texto, contradiciendo las enseñanzas de Juan Ramón Jiménez.

**josemaria.miranda@usc.es

yendo consideraciones sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y los matrimonios del mismo sexo y su choque con determinadas legislaciones. Son objeto de atención, además, de forma teórica, los posibles problemas derivados de matrimonios a través de formas no reconocidas. Por último, se plantean algunas posibilidades a propósito del trabajo en plataformas y del teletrabajo digital.

Palabras clave: Libre circulación, Covid-19, vacunas, modelos familiares, digitalización

Abstract: The free movement of workers, in more than half a century of existence, has faced a number of obstacles. Few have been on the scale of the Covid-19 pandemic, which revealed unsuspected difficulties. This paper aims to analyse the solutions to these difficulties, both in terms of the restrictions arising from tools such as the Covid Passport and the possible guarantees for the future. Vaccination certificates, derived from a regulation that seeks to ensure free movement, have a dual nature as a restriction that deserves to be analysed. On the other hand, the consolidation of the idea of critical occupations is set to be of great importance but requires a final effort in its effective implementation. In addition to these issues, the work also studies the adaptation of existing legislation to the new family models, including considerations on the case law of the Court of Justice and same-sex marriages and their clash with certain legislations. Theoretical attention is also paid to the possible problems arising from marriages in non-recognised forms. Finally, some possibilities are raised with regard to platform work and digital teleworking.

Keywords: Free movement, Covid-19, vaccines, family models, digitalisation.

1. El triunfo contra toda posibilidad. Un balance de décadas

“La libre circulation des travailleurs est assurée à l’intérieur de la Communauté au plus tard à l’expiration de la période de transition”. Con estas palabras en francés, el primer idioma genuino de la integración europea, el artículo 48.1 del Tratado de la Comunidad Económica Europea lanzaba un brindis de futuro de considerable riesgo. En un periodo de doce años, que culminaría el 1 de enero de 1970, los ciudadanos de aquellos seis Estados fundadores gozarían de una situación de igualdad jurídica en el mercado de trabajo como no se había conocido desde la caída de Roma. Los doce años que se marcaban suponían mirar al futuro con ilusión y con esperanza.

La libre circulación nació en términos de Derecho positivo como un ingrediente de un Mercado Común integrado por diversas libertades económicas. Pero surgió también como un desafío abierto a las mentalidades europeas de su tiempo. ¿Se cumplió el voto formulado en 1957? Es imposible no reconocer el mérito del camino recorrido. Se inició con una concepción selectiva, incluso anterior al Tratado de Roma, de los trabajadores cualificados del carbón y del acero del Tratado de París en 1951. Y se pasó a una

ciudadanía de la Unión en 1992 que traía consigo una libre circulación de personas por motivos no relacionados con lo económico.

Transcurrido más de medio siglo desde la expiración del periodo transitorio, mi propia valoración es que, más o menos perfecta, la libre circulación de personas implantada en la Unión Europea supone un logro incomparable en términos de movimientos laborales y humanos. La libre circulación ha hecho realidad el anhelo de ser europeos que surgió en el siglo XIX con la llegada del ferrocarril. El trabajo, el estudio y el ocio no conocen ahora, con carácter general, en Europa otras barreras que las económicas, las lingüísticas y las dictadas por el sentido común. Las jurídicas han sido arrumbadas en muy extensa medida.

Desde el punto de vista legislativo, el contenido laboral de la libre circulación, en sentido estricto, quedó establecido muy tempranamente. Buena prueba de ello es la escasa evolución que, en lo referente a los derechos de los trabajadores, han conocido los reglamentos que se ocupan de la materia. No ha sucedido así con los contenidos administrativos de la libre circulación, que han precisado de diversas directivas con notables cambios hasta alcanzar su configuración actual.

Pero el verdadero termómetro del funcionamiento de la libre circulación es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En los años 70, terminado el periodo transitorio, el Tribunal pasaba, sin salir del marco de esta materia, de establecer que la protección contra el despido también afectaba a los trabajadores migrantes en *Marsman*¹ a reprochar la obsolescencia de la legislación marítima francesa a propósito de las cuotas de tripulantes en *Comisión contra Francia*².

En todos estos años, la jurisprudencia en materia de libre circulación ha sido el escenario para la elaboración de creaciones judiciales que traspasaban, con mucho, las fronteras de la materia. No puede pasarse por alto que el caso *Van Duyn*³, aunque es conocido por haber dado lugar a la aparición de la doctrina del efecto directo de las directivas, trataba sobre restricciones de la libre circulación.

En la misma línea, el caso *Lawrie-Blum*⁴ se ocupaba de la libre circulación de una profesora en prácticas y en él se originó la noción de trabajador que ahora maneja, con carácter casi universal⁵, el Tribunal de Justicia. Esta doctrina se ha transmitido muy señaladamente al caso *Matzak*⁶. De la libre circulación, la noción ha saltado al tiempo de trabajo. Actualmente el Tribunal emplea esta última como referencia principal a la hora de fijar sus razonamientos sobre el ámbito personal de numerosas normas, aunque la

¹ STJUE de 13 de diciembre de 1972 (asunto 44/72, Pieter Marsman contra M. Roskamp).

² STJUE de 4 de abril de 1974 (asunto 167/73, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa).

³ Por todas, SSTC 186/2000, de 10 de julio; 39/2016, de 3 de marzo.

⁴ STJUE de 3 de julio de 1986 (asunto 66/85, Deborah Lawrie-Blum contra Land Baden-Württemberg).

⁵ RISAK Martin y DULLINGER Thomas, *The concept of 'worker' in EU law Status quo and potential for change*. Bruselas, ETUI, 2018, p.20: "In conclusion, the ECJ clearly employs a unified concept of 'worker' when dealing with primary EU law as developed in the context of the free movement of workers laid down in Article 45 TFEU. However, the Court does not refer to the different aims and purposes or adapt the concept of 'worker' to them".

⁶ STJUE de 21 de febrero de 2018 (asunto C-518/15, Ville de Nivelles contra Rudy Matzak).

sustancia no haya cambiado. Y solo la incuria del legislador europeo ha impedido que se consolidara, ya en el plano legislativo, en la Directiva (UE) 2019/1152.

Buena parte de la jurisprudencia, no obstante, ha tenido que ver con las burdas limitaciones y restricciones procedentes de las legislaciones tradicionales de los Estados miembros. No podía ser de otra manera. Todas ellas habían sido concebidas en escenarios donde el Estado era Leviatán y marco legislativo único. Su potencia era infinita y sus destinatarios, casi contados, sus nacionales y los escasos inmigrantes que podían recibir en una posguerra miserable.

Era natural que las legislaciones pudieran contener menciones, intencionadas o no, a sus propios ciudadanos. Era lógico que las interpretaciones asentadas usaran como referencia sus territorios, sus circunstancias, sus tradiciones. ¿En qué cabeza de operador jurídico habría cabido que los hijos de un trabajador que no residían en el propio Estado habían de ser tratados de forma igual por la Administración y las empresas? Todas esas prácticas fueron eliminadas por los Estados miembros de forma voluntaria o impulsados por el Tribunal de Justicia. El cierre debía dar paso a la apertura, el chauvinismo jurídico debía dejar su lugar a una naciente solidaridad transnacional.

Con todo, estas prácticas nunca han desaparecido de la jurisprudencia del Tribunal, traídas por las sucesivas ampliaciones de la Unión Europea. Las incorporaciones de Grecia y de Austria, en concreto, fueron un semillero de sentencias que se enfrentaban a los casos más inusitados. En líneas generales, la respuesta judicial era la condena, aunque en casos tan pintorescos como *Gemeinsamer Betriebsrat*⁷, la legislación nacional saliera indemne, quizá gracias a la pericia del abogado de la contraparte.

En otras ocasiones, han surgido desafíos distintos, especialmente en la última década. En el plano legislativo, el Brexit y sus intentos de evitación fueron, quizás, el más señalado de ellos. La deserción del Reino Unido se achacó, torticeramente, a los efectos de la libre circulación. Tanto es así que no ha conseguido encontrarse una fórmula propia en el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido⁸. Pero si el Reino Unido hubiera permanecido en la Unión en los términos acordados con David Cameron, el régimen asimétrico que se estaba empezando a fraguar habría tenido graves consecuencias para la libertad fundamental⁹.

Todo lo descrito permite pintar un panorama relativamente apacible, que se vio trastocado por la pandemia de 2020, que no puede darse todavía por finalizada en modo

⁷ STJUE de 13 de marzo de 2019 (asunto C-437/17, *Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH*).

⁸ https://ec.europa.eu/info/strategy/relations-non-eu-countries/relations-united-kingdom/eu-uk-trade-and-cooperation-agreement_es [consulta: 7 de enero de 2022].

⁹ Al respecto, MIRANDA BOTO, José María, *El Acuerdo del Consejo Europeo para intentar evitar el Brexit: dimensión laboral*. *Derecho de las Relaciones Laborales*. Madrid, Lefebvre- El Derecho, 3, 2016, p.203: “Sea cual sea el resultado, la dimensión social de la Unión Europea quedará dañada. La caja de Pandora ha sido abierta”. El análisis *ex post* de BARNARD, Catherine, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 6ª edición. Oxford, Oxford University Press, 2019, p.204: “The EU did agree to some restrictions on free movement, specifically in respect of access to benefits, but crucially not to any emergency brake on the volume of migration. The new settlement decision was too little too late and the UK voted to leave the EU”.

alguno. Mirando hacia el futuro, es posible identificar diversos retos para la libre circulación. Ninguno es un reto específico. Todos responden a situaciones generales que traen consecuencias para la libertad fundamental.

En este artículo se señalan tres retos principales y sobre ellos se va a especular en los cuatro próximos apartados. El primer reto, abordado en dos apartados, consistirá en reflexionar sobre las lecciones aprendidas de las medidas tomadas como respuesta al Covid-19, en la doble dimensión de garantías y restricciones. El segundo reto se centrará en el encaje de nuevas formas de matrimonio y familia en la libre circulación. El tercer reto, finalmente, busca llamar la atención sobre los desafíos a los que se enfrenta la *física* libre circulación en un mundo digitalizado.

2. Libre circulación y Covid-19: restricciones para el futuro. La ambivalente naturaleza de los certificados de vacunación

Volviendo la mirada atrás, no cabe otro resultado que la ira al considerar, desde la óptica de la libre circulación, las acciones de los Estados miembros ante el estallido de la pandemia. Resulta inútil enumerar las medidas restrictivas adoptadas a partir de marzo de 2020 y constatar que la libre circulación ocupó un lugar muy menor en las preocupaciones de los Gobiernos nacionales. Lo importante en aquel momento era cerrar, inútilmente, las fronteras frente a un enemigo invisible y devastador que ya estaba dentro¹⁰.

Conviene adoptar la filosofía de *Die Fledermaus*, “*glücklich ist wer vergisst, was doch nicht zu ändern ist*”, y olvidar aquello que no se puede cambiar. Redactar un memorial de agravios contra los Estados miembros carece de sentido. Resulta más provechoso examinar lo hecho y ver qué se puede extraer de utilidad para el futuro, en el evento de nuevos episodios de pandemia. Dos van a ser los campos que marcarán decisivamente el desarrollo de la libre circulación en una posible futura pandemia. Uno se centra en las restricciones posibles al movimiento, que serán analizadas en este epígrafe; otro en las facilidades deseables que se deben garantizar, de las que se ocupará el siguiente apartado.

Iniciando el análisis por las limitaciones, la Directiva 2004/38/CE contiene previsiones específicas a propósito de las pandemias, frecuentemente pasadas por alto en los análisis académicos y en las exposiciones docentes. El artículo 29, referido a la salud pública, dispone en su primer párrafo que “las únicas enfermedades que podrán justificar una medida que limite la libertad de circulación serán las enfermedades con potencial

¹⁰ “The disintegration of free movement was particularly well illustrated in the case of Romanian seasonal workers, around 250 000 of whom in March 2020 had to return from EU Member States (Italy, France, Spain, Austria, and Germany, namely) to Romania after their employment ended. In this case, the termination of employment contracts, whose legality remains uncertain, affected workers’ right to reside on the territory”. ROBIN-OLIVIER, Sophie, 2020. Free Movement of Workers in the Light of the COVID-19 Sanitary Crisis: From Restrictive Selection to Selective Mobility. En: *Europeanpapers.eu* [en línea]. Disponible en: https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2020_I_019_Sophie_Robin_Olivier_00357.pdf [consulta: 7 de enero de 2022].

epidémico como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud (...)

Esta limitación es vieja como la propia libre circulación y surgió dentro del periodo transitorio mencionado anteriormente. La Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, establecía en su artículo 4 un régimen similar al vigente. En aquel tiempo, la norma hacía referencia expresa a la sífilis, como dato pintoresco. Pero en su Anexo A recogía el claro antecedente de la actual regulación: “Enfermedades de cuarent[en]a mencionadas en el Reglamento Sanitario Internacional nº2, de 25 de mayo de 1951 de la Organización Mundial de la Salud”.

La posibilidad, por lo tanto, de poner límites a la libre circulación siempre había existido. Pero nunca había sido utilizada de forma generalizada por los Estados miembros ni considerada en modo alguno por el Tribunal de Justicia. Sin embargo, su puesta en práctica efectiva en el futuro va a depender de una norma que ha ido más allá de los límites de la libre circulación de trabajadores y procede de la regulación general de la libre circulación de personas.

Se trata del Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19. Es una norma que se ha instalado en las carteras y los teléfonos móviles de los ciudadanos de la Unión, condicionando el acceso a bares, museos y salas de conciertos. Pero también el cruce de fronteras. Aunque limitado en el tiempo¹¹ y destinado a “facilitar” la libre circulación, la lectura *sensu contrario* permite esbozar el panorama de las restricciones futuras.

Conviene prestar atención con carácter previo a su base jurídica. Se trata del artículo 21 TFUE, que dio a los ciudadanos el derecho a moverse y residir libremente en los Estados miembros¹². Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, había servido como base jurídica para media docena escasa de actos de la Unión. Con la llegada de la pandemia se reveló como una herramienta legislativa útil para afrontar algunos de los retos que esta planteaba. El hecho de que se rija por el procedimiento legislativo ordinario elimina, además, la posible traba de vetos nacionales, que solo podrían

¹¹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de conformidad con el artículo 16, apartado 1, del Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, COM(2021) 649 final: “Cualquier propuesta de la Comisión de prorrogar el Reglamento estaría limitada en el tiempo, ya que el objetivo de la Comisión es recuperar la libre circulación sin restricciones tan pronto como la situación epidemiológica lo permita”.

¹² BARNARD, Catherine, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 6ª edición. Oxford, Oxford University Press, 2019, p.201.

sustanciarse con una minoría de bloqueo suficiente para impedir la formación de una mayoría cualificada.

El precepto que resulta relevante a los efectos de este trabajo es su artículo 5, en su apartado 5. El primer párrafo de este impone a los Estados miembros la obligación de aceptar certificados de vacunación expedidos por otros Estados miembros cuando establezcan pruebas de este tipo para no aplicar restricciones a la libre circulación. He aquí la doble faceta, cual Jano, de las restricciones y las autorizaciones. Ahora bien, la obligación solo se extiende a las vacunas para las “que se haya concedido una autorización de comercialización de conformidad con el Reglamento (CE) nº 726/2004”. Esto es, para aquellas vacunas que han sido aprobadas por la Agencia Europea del Medicamento¹³.

El segundo párrafo de ese mismo precepto faculta, que no impone, a los Estados para aceptar otros certificados de vacunación. En este caso, los fármacos incluidos son aquellos para los “que la autoridad competente de un Estado miembro haya concedido una autorización de comercialización de conformidad con la Directiva 2001/83/CE, una vacuna contra la COVID-19 cuya distribución haya sido autorizada temporalmente con arreglo al artículo 5, apartado 2, de dicha Directiva o una vacuna contra la COVID-19 que haya completado el procedimiento de inclusión en la lista de uso en emergencias de la OMS”.

El punto más importante de este artículo reside en la capacidad que se ha otorgado a los Estados para controlar el cruce de sus fronteras. La articulación de este Reglamento con el artículo 29 de la Directiva 2004/38/CE permite a los Estados frenar a trabajadores que pretendan ejercer su libertad fundamental con la vacuna incorrecta. No cabe descartar que se ponga en práctica pronto, por ejemplo, en los territorios que en un tiempo conformaron la Monarquía Dual.

De acuerdo con un informe del Bundestag alemán¹⁴, la vacuna Sputnik ha sido administrada en Hungría, Eslovaquia y San Marino. Salvo error u omisión, en el momento de cerrarse estas líneas, no encaja en ninguno de los supuestos indicados en dicho párrafo. Cualquier Estado miembro, y el más probable es Austria, podría denegar la entrada en su territorio a una persona con esta vacuna. Y no hay jurisprudencia al respecto. Una hipotética cuestión prejudicial que se plantease ante los Tribunales del Estado miembro de destino tardaría casi año y medio en ser resuelta, salvo que, de forma inusitada, el Tribunal de Justicia aplicara el procedimiento de urgencia. No cabe duda de que sería deseable una resolución discutida en Gran Sala, que estableciera un criterio claro, no solo para la Sputnik sino para cuantos otros productos farmacéuticos puedan surgir en el futuro. Pero hasta entonces, solo cabe especular. Personalmente, creo que la balanza se inclinaría a favor de la restricción.

¹³ La lista completa en: <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/treatments-vaccines/vaccines-covid-19/covid-19-vaccines-authorized#authorised-covid-19-vaccines-section> [consulta: 7 de enero de 2022].

¹⁴ *Studien zu ausgewählten Impfstoffen gegen SARS-CoV-2*, <https://www.bundestag.de/resource/blob/831094/75c92e5758c53b1c5ad3bfbdefeeb0b1/WD-9-118-20-pdf-data.pdf> [consulta: 7 de enero de 2022].

¿Qué sucede, por otra parte, con los trabajadores desplazados en el marco de la Directiva 96/71/CE?¹⁵ La letra del artículo 29 de la Directiva 2004/38/CE se refiere únicamente a la libre circulación. Pero ha de tenerse en cuenta que la base jurídica de la Directiva 2004/38/CE no fue únicamente el antiguo artículo 40 TCE, relativo a la libre circulación. Por el contrario, el legislador europeo usó como fundamento los artículos 12, 18, 40, 44 y 52. Con ellos se cubre todo el espectro de la movilidad dentro de la Unión, “para rebasar el enfoque sectorial y fragmentario del derecho de libre circulación y residencia” en los términos del Considerando 4. No parece descabellado defender, por lo tanto, que las restricciones amparadas por el artículo 29 se pueden extender también a los trabajadores desplazados.

La prueba de la vacunación, en definitiva, parece llamada a desempeñar una parte fundamental en las limitaciones futuras de la libre circulación. La exigencia de PCR o pruebas similares, por otra parte, queda al albedrío de los Estados, aunque no es descartable que sea el siguiente paso en la regulación europea, si con ella se detectan posibles discriminaciones por razón de nacionalidad. El uso exageradamente asimétrico de este tipo de técnicas, por ejemplo, debería llevar a una decisión legislativa que acabe con restricciones encubiertas y cree un sistema dotado de la apropiada seguridad.

3. Libre circulación y Covid-19: garantías para el futuro. El papel de las ocupaciones críticas

Continuando la exposición por las garantías, hay que elogiar la rapidez con la que reaccionó la Comisión en el terreno del *soft law* al inicio de la pandemia. Otra cosa no podía hacer, por otra parte, dado que los instrumentos vinculantes tienen una dinámica diferente y no habría resultado fácil aprobar Reglamento o Directiva alguna en aquel momento. En primer lugar, porque no está claro qué contenido habrían tenido en aquel tiempo de desconcierto. En segundo lugar, el precio político de un fracaso de una Comisión recién entrada en funciones habría sido abrumador. En ese escenario, el 11 de marzo de 2020 la OMS calificó la Covid-19 como pandemia. El 16 de marzo, el lunes inmediatamente posterior, la Comisión Europea presentó sus “Directrices sobre medidas de gestión de fronteras para proteger la salud y garantizar la disponibilidad de los bienes y de los servicios esenciales”¹⁶.

En su apartado 23, establecían que “los Estados miembros deben permitir y facilitar el cruce de fronteras por parte de los trabajadores fronterizos, especialmente, aunque no exclusivamente, de quienes trabajan en el sector de la salud y la alimentación, y otros servicios esenciales (por ejemplo, el cuidado de niños, la atención a las personas

¹⁵ Sobre la situación de este tipo de trabajadores durante la pandemia, STEFANOVA-BEHLERT Sachka, MENGHI Martina, The impact of Covid-19 on posted workers: the new ‘posting framework’. *European issues*. Bruselas, Fundación Robert Schuman, 591, 2021, pp.1-8.

¹⁶ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020XC0316\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020XC0316(03)) [consulta: 7 de enero de 2022].

mayores, el personal crítico de los servicios públicos) para garantizar la continuidad de la actividad profesional”.

El 30 de marzo de 2020, la Comisión publicó una nueva Comunicación¹⁷, en este caso dedicada a un aspecto mucho más concreto, unas “Directrices prácticas para garantizar la libre circulación de los trabajadores críticos”. Estas respondían a la petición llevada a cabo por el Consejo Europeo en su Declaración conjunta de 26 de marzo y suponían el desarrollo de las anteriores Directrices. Como se puede constatar, la terminología había mutado hacia ocupaciones “críticas”, acuñando una nueva noción *ad hoc* para el marco de la libre circulación, muy apropiada por lo diferenciada de las implicaciones nacionales.

Estas Directrices prácticas contenían, en primer lugar, una lista de “servicios críticos”. No tenía carácter exhaustivo y las categorías seguían la clasificación ESCO, la clasificación europea multilingüe de capacidades, competencias, cualificaciones y ocupaciones. Puede encontrarse en el apartado 2 de las Directrices y, en síntesis, incluye salud, tecnología, transporte¹⁸ y suministro, protección y alimentación. La lista es diametralmente opuesta a las propuestas teóricas formuladas sobre el “*fair movement*”¹⁹. No atiende a altas calificaciones como criterio rector, sino a las necesidades de la sociedad, que no necesariamente del mercado. Es importante recalcar este enfoque.

Este elenco pone de manifiesto la realidad de la integración transfronteriza. Se ha ido mucho más allá de un simple movimiento de mano de obra y se han creado zonas de convivencia que olvidan las fronteras. Los trabajadores se desplazan, pero también los consumidores de bienes y servicios. Las economías se integraron sin tener en cuenta, instaladas en la pacífica bonanza, mecanismos que pudieran salvaguardarlas ante una catástrofe inesperada. No había bárbaros a los que esperar ni Casandras que advirtieran de una contingencia como la que se desencadenó.

Con la lección aprendida, es menester reaccionar con vistas a lo que pueda deparar el futuro. De acuerdo con las Directrices, a los trabajadores empleados en estos servicios críticos debería permitírseles la libre circulación sin restricciones. Claro está, sin restricciones relativas al cruce de fronteras. Si un Estado declarara un confinamiento en su territorio, por ejemplo, los trabajadores residentes en Estados fronterizos quedarían vinculados por esa limitación. Pero de admitirse formas restringidas de trabajo, el criterio expuesto tendría pleno vigor, eliminando cualquier discriminación por razón de residencia y nacionalidad.

¿Es positiva la creación de esta nueva categoría? En mi opinión, sí. Se trata de una respuesta supranacional a un problema supranacional. Es la encarnación misma de la idea subyacente en el principio de subsidiariedad: la Unión debe actuar cuando su acción sea más eficaz que la de los Estados. Solo una regulación común puede elaborar una lista uniforme que evite trastornos en el cruce de fronteras.

¹⁷ C(2020) 2051 final.

¹⁸ No en bicicleta, por cierto. El enfoque *verde* no ha llegado todavía a este punto.

¹⁹ A este respecto, véase BARNARD, Catherine y FRASER BUTLIN, Sarah, *Free Movement vs. Fair Movement: Brexit and Managed Migration*. *Common Market Law Review*. Alphen aan den Rijn, Wolters-Kluwer, 2018, pp. 203-226.

Las Directrices incluían, además, entre otras disposiciones, una serie de propuestas de ordenación del tráfico fronterizo y de los controles sanitarios destinadas a permitir este tipo de desplazamientos, y previsiones específicas para los trabajadores de temporada. Resulta de especial interés la indicación a propósito de la puesta en práctica material de estas medidas: “Esto puede hacerse, por ejemplo, y si procede, reservándoles carriles específicos en las fronteras o dándoles etiquetas adhesivas reconocidas por los Estados miembros vecinos para facilitar su acceso al territorio del Estado miembro de empleo”²⁰.

Recuérdese que en el caso *Gottwald*²¹ el Tribunal de Justicia ya proporcionó parámetros para la actuación de los Estados a propósito de las viñetas de circulación de vehículos utilizados por discapacitados. Las indicaciones de aquel momento, “debe hacerlo en todo caso con observancia del Derecho comunitario, y en particular de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad reconocida a todo ciudadano de la Unión de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y de la prohibición fundamental de discriminación por razón de la nacionalidad”, son plenamente trasladables a un hipotético “salvoconducto verde” nacional para el cruce de fronteras.

A medida que los Estados miembros iniciaban sus procesos de desescalada, la Comisión volvió a intentar tomar las riendas del Mercado Interior. El 13 de mayo, presentó su estrategia general para la recuperación en 2020 y en años posteriores del turismo y el transporte²², un enfoque común para restaurar la libre circulación y suprimir las restricciones en las fronteras internas de la UE de forma gradual y coordinada²³ y un marco para apoyar el restablecimiento gradual del transporte, garantizando la seguridad de los pasajeros y del personal²⁴, entre otras medidas. En los tres documentos se recalca la importancia del sector turístico como pieza clave de la economía europea y la necesidad de su reactivación con las debidas garantías sanitarias. En todos ellos, además, se señalaba la importancia del empleo en el sector.

Un campo que recibió especial atención por parte de la Comisión fue el trabajo de temporada, que por su naturaleza misma tiene un interés añadido en términos transnacionales²⁵. Recuérdese que los trabajadores de temporada nacionales de un Estado

²⁰ ROBIN-OLIVIER, Sophie, 2020. Free Movement of Workers in the Light of the COVID-19 Sanitary Crisis: From Restrictive Selection to Selective Mobility. En: *Europeanpapers.eu* [en línea]. Disponible en: https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2020_I_019_Sophie_Robin_Olivier_00357.pdf [consulta: 7 de enero de 2022]: “This should be kept in mind for future developments of free movement of workers”. La Confederación Europea de Sindicatos era más escéptica: “in fact risk having far reaching consequences to the detriment of working conditions of many transport workers”. (ETUC note on Posted Workers and COVID-19 outbreak - updated 20 May 2020.pdf) [consulta: 7 de enero de 2022].

²¹ STJUE de 30 de abril de 2009 (asunto C-103/08, Arthur Gottwald contra Bezirkshauptmannschaft Bregenz).

²² COM(2020) 550 final

²³ C(2020) 3250 final

²⁴ C(2020) 3139 final

²⁵ Informe “Attracting and protecting the rights of seasonal workers in the EU and United Kingdom” de la European Migration Network, p.32: “The COVID-19 pandemic has made the substantial reliance of

miembro quedan incluidos en el régimen general de la libre circulación. Por definición, es trabajador de temporada, de acuerdo con la Directiva 2014/36/UE, “el nacional de un tercer país que conserve su residencia principal en un tercer país, pero permanezca temporalmente de manera legal en el territorio de un Estado miembro para realizar una actividad sujeta al ritmo estacional, al amparo de uno o más contratos de trabajo de duración determinada celebrados directamente entre ese nacional de un tercer país y el empresario establecido en dicho Estado miembro”. Estos tienen un régimen propio, armonizado por dicha Directiva, paralelo al de la libre circulación, que puede ser objeto de medidas especiales²⁶.

El 16 de julio de 2020, presentó unas Directrices específicas²⁷, que insistían en la importancia de este tipo de trabajo en los sectores turístico y agroalimentario, bajo cualquiera de los dos regímenes. El mensaje para los Estados era claro. En tiempos de pandemia, era necesario extremar el control de las condiciones de trabajo, vida y, especialmente, alojamiento. En materia de Seguridad social, el texto insistía en la necesidad de que los trabajadores estuvieran provistos del documento A1. La parte más interesante de las Directrices, con todo, es el amplio catálogo de iniciativas futuras que la Comisión planteaba, desde estudios de campo a reuniones con *stakeholders* y actuaciones desde la Autoridad Laboral Europea. Pasado año y medio, no obstante, es difícil rastrear su eficacia real.

Hasta después del verano, sin embargo, la Unión Europea no adoptó un texto de carácter más *sólido* que las mencionadas Comunicaciones. Hubo que esperar hasta el 13 de octubre de 2020 para la aprobación de la Recomendación (UE) 2020/1475 del Consejo, sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19. Se trataba de un texto que contemplaba la libre circulación con carácter general, *ciudadano*, y en el que los aspectos laborales solo ocupaban una mínima parte. Este hecho no ha de ser pasado por alto, ya que refleja a la perfección la transformación de una libertad económica en un derecho de todos los ciudadanos europeos. De ahí la insistencia en la necesidad de proporcionalidad en las restricciones, de la ausencia de cualquier discriminación por razón de nacionalidad y de la atención debida a las regiones transfronterizas²⁸.

several Member States on seasonal workers highly apparent. Some Member States suspended part or all of their normal activities with respect to the processing of applications by seasonal workers. Additionally, some Member States experienced labour shortages in sectors in which seasonal workers are typically active (e.g. agriculture)”. Disponible en: https://emn.ie/wp-content/uploads/2020/12/2020_eu_seasonal_workers_study_synthesis_report_en.pdf [consulta: 7 de enero de 2022].

²⁶ Un ejemplo de lo hecho es el catálogo de las medidas adoptadas en Austria a este respecto, analizado en HUMER Lukas y SPIEGELFELD Alexander, *Seasonal Workers from Third Countries in Austria*, pp.31 y ss. Disponible en <https://www.emn.at/wp-content/uploads/2020/11/emn-national-report-2020-seasonal-workers-in-at.pdf> [consulta: 7 de enero de 2022].

²⁷ C(2020) 4813 final

²⁸ Este texto fue completado por la Recomendación (UE) 2020/1632 del Consejo, de 30 de octubre de 2020, sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19 en el espacio Schengen.

La idea central en el ámbito del trabajo aparecía reflejada en el Considerando 18 y era una continuación de lo que la Comisión venía defendiendo desde marzo de 2020: “Para limitar la perturbación del mercado interior y de la vida familiar durante la pandemia, no debe imponerse la obligación de cuarentena a los viajeros con una función o necesidad esencial, como los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que ejerzan ocupaciones críticas, los trabajadores transfronterizos, los trabajadores del transporte o los proveedores de servicios de transporte, los marinos y las personas que viajen por razones imperiosas familiares o de negocios, incluidos los miembros de familias transfronterizas que viajen regularmente”. El punto 19 recogía, con escasas variaciones, esta lista, lo cual es una prueba del deterioro de la técnica normativa de la UE, que insiste en repetir literatura. Nótese, en todo caso, que la única medida propuesta era la exención de cuarentena. Parece modesta, pero no cabía pensar una intervención distinta en aquel momento.

¿Y en el actual? “En tiempo de desolación nunca hacer mudanza”. Aunque la Covid-19 se resista a desaparecer, parece llegado el tiempo de una necesaria reflexión. Quizá haya llegado el momento de transformar todo ese *soft law* en un Reglamento complementario del Reglamento (UE) n° 492/2011. El empleo de esta herramienta legislativa evitará los retrasos innecesarios que podrían derivarse de una lenta transposición. Y creará un régimen único, claro y transparente en todos los Estados miembros.

Parece apropiado desarrollar las medidas necesarias para que, en caso de rebrote de esta pandemia o de otras futuras, el trabajo transfronterizo no se interrumpa²⁹. Etiquetas, sensores o apps deben ser creados para garantizar el paso a través de las “sendas verdes” mencionadas. El Derecho de la UE tiene las herramientas necesarias para actuar en lo material. Es el único, de hecho, capaz de crear medidas transnacionales de esta naturaleza. El Pasaporte Covid-19, ya mencionado, es el ejemplo más claro de cómo la Unión puede actuar en este sentido.

²⁹ En este sentido se ha manifestado la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2021, sobre el impacto de las normas de la Unión en la libre circulación de trabajadores y servicios: la movilidad de los trabajadores dentro de la Unión como herramienta para que las necesidades del mercado laboral y las capacidades se compaginen (2020/2007(INI)): “Pide a los Estados miembros que apliquen todas las recomendaciones de la Comisión sobre la adopción, coordinación y supresión de las medidas relacionadas con la pandemia de COVID-19; pide asimismo a los Estados miembros que establezcan un protocolo sanitario común para los trabajadores móviles, incluidos los trabajadores transfronterizos y fronterizos, teniendo en cuenta las directrices del Centro Europeo para la Prevención de las Enfermedades (ECDC); destaca que los principios rectores de cualquier medida adoptada ante la crisis y de la senda hacia la recuperación deben ser la salud y la seguridad de todos los trabajadores, el respeto de los derechos fundamentales, incluida la igualdad de trato entre los trabajadores locales y móviles, al tiempo que se reconoce la situación especialmente vulnerable de los trabajadores fronterizos, desplazados, temporeros, transfronterizos y otros trabajadores móviles durante la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias”.

4. Asuntos de familia: el encaje de modelos alternativos de convivencia en la normativa vigente

Uno de los aspectos que revelan de forma más clara la astuta visión política que respaldó en su origen a la libre circulación fue el especial cuidado puesto en la familia de los trabajadores. Frente a los modelos existentes, que básicamente conducían a la rotura de unidades familiares por la migración, el naciente Derecho comunitario buscó otorgar notables beneficios a esta esfera. Así, en materia de Seguridad Social se apostó desde un primer momento por la igualdad de trato, con independencia de la residencia de los miembros implicados.

En materia de libre circulación, el artículo 11 del primigenio Reglamento nº 15, de 1961, estableció el derecho del cónyuge y los descendientes del trabajador a instalarse con él en el Estado escogido. Desde allí llegó al artículo 2 de la Directiva 2004/38/CE, aumentando con el paso del tiempo las referencias a los componentes de la unidad familiar. En todos esos años, la interpretación del término “cónyuge” solo ha sido objeto de una única cuestión prejudicial, el caso *Coman*³⁰. La viabilidad de su doctrina en el actual contexto político-jurídico de la Unión Europea será objeto de consideración en la primera parte de este apartado.

Se trató de una sentencia dictada en Gran Sala, con observaciones de los Gobiernos de Rumanía, Letonia, Hungría, Países Bajos y Polonia, además de la Comisión Europea. Como se puede comprobar, el asunto despertó un considerable interés en los países del Centro y del Este de Europa. El punto de partida de la cuestión prejudicial era precisamente la Directiva 2004/38/CE, que concede, en este caso, a los miembros de la familia de un ciudadano comunitario que no tengan dicha condición un derecho de residencia derivado. El punto de llegada era el Código Civil rumano, que establece que “los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por ciudadanos rumanos o por extranjeros no gozarán de reconocimiento legal en Rumanía”.

El Sr. Coman era nacional rumano y estaba casado, conforme al Derecho belga, con el Sr. Hamilton, estadounidense. Al consultar las condiciones de residencia en Rumanía, la respuesta que obtuvieron fue muy restrictiva, al negarse cualquier valor a su matrimonio. Impugnada esta decisión, por discriminatoria por razón de la orientación sexual y contraria a la libre circulación, el *iter* judicial rumano terminó ante el Tribunal Constitucional, que fue el que elevó la cuestión prejudicial.

El inicio de la sentencia no pudo ser más desalentador para las pretensiones del matrimonio: “de una interpretación literal, sistemática y teleológica de las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE resulta que esta únicamente regula los requisitos de entrada y residencia de un ciudadano de la Unión en Estados miembros distintos de aquel del que es nacional y no puede dar soporte a un derecho de residencia derivado en favor de

³⁰ STJUE de 5 de junio de 2018 (asunto C-673/16, Relu Adrian Coman y otros contra Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor Interne).

los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que este es nacional”.

Consciente de esta limitación, el Tribunal recolocó, sin que nadie se lo hubiera pedido, el litigio en el ámbito del artículo 21 TFUE: “el efecto útil de los derechos que el artículo 21 TFUE, apartado 1, confiere al ciudadano de la Unión de que se trate exige que la convivencia familiar que este ciudadano ha mantenido en dicho Estado miembro pueda continuar a su regreso al Estado miembro del que es nacional, mediante la concesión de un derecho de residencia derivado al miembro de la familia en cuestión, nacional de un tercer Estado”. Dicho esto, podía iniciar el examen de las cuestiones prejudiciales, ya que existía una convivencia anterior en Bélgica.

El Tribunal no se anduvo con rodeos: “debe recordarse ante todo que el concepto de «cónyuge» en el sentido de la Directiva 2004/38/CE es neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión de que se trate”. Merece la pena recalcar aquí la capacidad del Tribunal de poner al día una norma frente a la voluntad inicial del legislador. Quien piense que en 2004 la Directiva incluía ya este enfoque, cuando sólo los Países Bajos y Bélgica admitían el matrimonio entre personas del mismo sexo, es el elegido para acariciar a un unicornio.

El siguiente razonamiento fue también de notable finura. Si el artículo 2.2.b remite expresamente a las legislaciones nacionales para determinar qué es “miembro de la familia” a propósito de las parejas de hecho, el silencio respecto del cónyuge del artículo 2.2.a implica que las legislaciones nacionales no pueden decir nada al respecto. ¿Cómo casaba esto con las competencias exclusivas de los Estados en materia de estado civil? Para el Tribunal, por encima de dicha exclusividad está la necesidad de respetar el Derecho de la Unión en el ejercicio de las competencias, uno de sus argumentos clásicos. La negativa estatal a reconocer el matrimonio válido en otro Estado crearía una asimetría intolerable en la libertad de circulación. En el caso concreto, negaría a un ciudadano la posibilidad de retornar a su Estado de origen en la mejor circunstancia personal elegida.

Quedaba superar el último obstáculo: las consideraciones objetivas que justifiquen la medida restrictiva, aplicadas de forma proporcionada. Varios de los Gobiernos (es fácil imaginar que todos, menos el de los Países Bajos) señalaron la voluntad de algunos Estados de preservar el matrimonio como una unión entre un hombre y una mujer, añadiendo el Gobierno letón el orden público y la identidad nacional al arsenal de causas de rechazo. Los argumentos bálticos fueron rechazados rápidamente: la UE respeta la identidad nacional (sin más explicaciones) y el orden público solo puede invocarse en caso de amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. A juicio del Tribunal, en nada afectaba a la configuración de los matrimonios en dichos Estados el hecho de que reconocieran lo que sucede en el exterior, sin alterar en modo alguno sus regímenes internos.

Curiosamente, el Tribunal de Justicia empleó para reforzar su argumentación algo del todo inhabitual en su práctica ordinaria: “de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta que la relación que mantiene una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de «vida privada» y en el de «vida familiar»

del mismo modo que la de una pareja heterosexual que se encuentre en la misma situación”. Vencidos así los obstáculos, el Tribunal declaró que la actuación de Rumanía era contraria al derecho a la libre circulación de las personas. Las consecuencias prácticas de ello eran que un cónyuge del mismo sexo tenía derecho de residencia en el Estado, con requisitos que no podían ser más estrictos que los exigidos a un cónyuge de distinto sexo, conforme a la Directiva 2004/38/CE.

En la misma línea ha discurrido la muy reciente sentencia *VMA*³¹. En ella se ha reconocido el deber de los Estados miembros de expedir la documentación recogida en la Directiva 2004/38/CE con independencia de que los progenitores del menor solicitante sean personas del mismo sexo. Las citas del caso *Coman* son abundantes e incluso el ponente en ambos casos fue el mismo. No parece descabellado afirmar que hay una línea clara de defensa por parte del Tribunal de los modelos de familia contruidos sobre la convivencia de personas del mismo sexo.

En su momento, el caso *Coman* fue saludado casi con unanimidad como un triunfo de la moderna Europa Occidental, al igual que ha sucedido con *VMA*. En el futuro, sin embargo, pueden transformarse en victorias pírricas y en la fuente de un nuevo desafío por parte de Polonia a la Unión Europea. Señalar a Polonia no responde a ningún tipo de prejuicio, sino que es consecuencia de su propia actualidad jurídica. Ha ganado recientemente dudosa fama la sentencia K-3/21, de 7 de octubre de 2021, del Tribunal Constitucional polaco³². En ella se estudió, como es sabido, la conformidad de la Constitución de la República con el Tratado de la Unión Europea. Y en ella se declaró, como es sabido, que es contraria a la Carta Magna polaca la obligación judicial de inaplicar el Derecho nacional con base en la primacía del Derecho de la Unión Europea.

Pues bien, en su artículo 18, la mencionada Constitución establece que “el matrimonio, que es la unión de un hombre y una mujer, (...), [estará] bajo la protección y el cuidado de la República de Polonia”. Resulta fácil predecir cuál será el resultado de un intento de aplicación de la doctrina *Coman* por un juez polaco. En el horizonte se plantea un nuevo choque que puede ser provocado intencionalmente tanto por personas con un verdadero y legítimo interés en la materia como por litigantes estratégicos deseosos de sacudir las relaciones entre la Comisión y Polonia³³.

Otras hipotéticas vicisitudes en el camino de la libre circulación pueden venir de la mano de lo que es apropiado denominar *ritos desiguales*. Todos los Estados miembros de la Unión Europea prescriben en sus legislaciones las formas apropiadas de celebración

³¹ STJUE de 14 de diciembre de 2021 (asunto C-490/20, V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»).

³² <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej> (texto en inglés) [consulta: 7 de enero de 2022].

³³ Baste con recordar que la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020, *Weiss*, en la que Karlsruhe desafió a Luxemburgo, fue promovida por un grupo de litigantes euroescépticos entre los que se contaba uno de los fundadores del ultraderechista partido AfD, Bernd Lucke. Se trata, a grandes rasgos, de las mismas personas que habían intentado derribar el programa de compras de valores públicos en mercados secundarios por parte del Banco Central Europeo en la cuestión prejudicial *Weiss*, resuelta por la sentencia de 11 de diciembre de 2018.

del matrimonio. Y en muchos de ellos, las personas insisten en contraer matrimonio a través de ritos que no forman parte de esos catálogos. Como consecuencia de esas decisiones, en broma o en conciencia, tienen lugar en ocasiones episodios jurisdiccionales que introducen efectos no previstos en la norma.

El ejemplo más pintoresco es, con toda probabilidad, el “Pastafarismo”, o “*Church of the Flying Spaghetti Monster*”, cuyas prácticas no serán expuestas aquí. En líneas generales, no tienen reconocimiento legal. Pero en algunos pronunciamientos administrativos y judiciales nacionales se ha autorizado a sus seguidores a lucir un escurridor de pasta en la cabeza o un pañuelo pirata en fotos en documentación oficial, en tanto que expresión religiosa. El más caso conocido es el del activista austriaco Niko Alm.

Más aun, y aquí se abre el camino para la afectación a la libre circulación, en abril de 2016, un juez neozelandés autorizó la celebración de un matrimonio conforme a este rito. Uno de los contrayentes tenía nacionalidad británica, mientras que su cónyuge era neozelandesa. Los datos encajan sin lugar a duda en el ámbito de regulación de la Directiva 2004/38/CE en el momento en el que se celebró. ¿Qué habría sucedido si se hubieran trasladado a un Estado miembro e invocado los derechos de residencia oportunos?

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado de forma contundente sobre esta creencia. A propósito del derecho a lucir un colador en la cabeza para la fotografía del carnet de conducir, el Tribunal, en su sentencia de 2 de diciembre de 2021³⁴, ha establecido sin lugar a dudas que el Pastafarismo no puede ser considerado como una religión protegida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La carencia de seriedad que caracteriza al movimiento, célebre por su correlación entre el descenso del número de piratas y el calentamiento global, la descalifica para ello.

¿Qué podría suceder en el caso de que un *rito desigual* como este llegara a través de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia? La partida del Reino Unido ha hecho disminuir el porcentaje de excéntricos en la Unión Europea, pero los Países Bajos parecen estar bien provistos de repuesto. No parece, en todo caso, arriesgado aventurar que el Tribunal seguiría las huellas del órgano de Estrasburgo y denegaría la eficacia al matrimonio celebrado bajo el rito de lo que no es una religión reconocida como tal.

Introducido el dilema en modo cómico, es menester trasladarlo al modo serio, siguiendo las enseñanzas de Rudolf von Jhering. El matrimonio por el rito gitano ha sido y es, en España, fuente de pronunciamientos judiciales contradictorios. Un hito en el camino fue la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Muñoz Díaz* de 2009³⁵, que condenó a España por no reconocer pensiones de viudedad derivadas de enlaces de este tipo. A ella siguieron diversos pronunciamientos internos de muy variado cariz, en un camino cuyo último episodio relevante fue la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021³⁶. Si bien esta rechaza la pretensión de percibir dicha prestación, el voto

³⁴ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-214084%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-214084%22]}) [consulta: 7 de enero de 2022].

³⁵ STEDH de 8 de diciembre de 2019 (Núm. 49151/07, Caso Muñoz Díaz contra España)

³⁶ STC 1/2021 de 25 de enero de 2021

particular “muy argumentado”³⁷ del Magistrado Xiol Ríos plantea argumentos de gran relevancia sobre el posible carácter discriminatorio de la negativa.

Si esta línea disidente llegara a aceptarse en el futuro, una figura paralela al ordenamiento jurídico pasaría a estar incluida en el ámbito de aplicación de la libre circulación y también de los Reglamentos de Seguridad Social. La preocupación central de la Unión hasta ahora había estado dirigida hacia la edad temprana del matrimonio de mujeres de esta etnia³⁸. Pero dado el evidente rasgo de género que presentan las consecuencias de estos enlaces, no cabe descartar un paso más allá. Los ejemplos presentados, en broma y en serio, obligan a la reflexión por parte de la Comisión Europea sobre estos modelos alternativos de convivencia y cómo han de encajar en la normativa vigente.

Un último aspecto que nunca ha sido examinado por el Tribunal de Justicia es el encaje de la poligamia en la Directiva 2004/38/CE o en el Reglamento (CE) nº 833/2004. A primera vista, podría afirmarse que este no es un problema relevante, puesto que la noción de orden público frena posibles afectaciones. Un examen más detenido lleva a la consideración de los borrosos perfiles del orden público en el Derecho de la Unión Europea³⁹ y al descubrimiento, epatante, de que el extinto Tribunal de Función Pública sí se pronunció en una ocasión al respecto, en un asombroso caso de poliandria.

En efecto, la sentencia *Mandt*⁴⁰ reconoció la condición de supérstite a dos hombres que habían estado casados con la misma funcionaria del Parlamento Europeo. El quid de la cuestión derivaba de la falta de reconocimiento de su divorcio del primer cónyuge por las autoridades alemanas, lo que la llevó a contraer segundo matrimonio en Estados Unidos. Por lo tanto, habían estado casados con ella no sucesivamente, sino simultáneamente, con una cierta dosis de mala fe. No se trata, evidentemente, de las situaciones subsumidas en la idea normal de poligamia, pero es un escenario donde una pensión de viudedad es dividida entre dos hombres con vínculos conyugales simultáneos con la misma mujer.

El tema no tendría mucho recorrido, en todo caso, si no fuera porque el ordenamiento jurídico de, al menos, dos Estados miembros de la Unión Europea regula en materia de Seguridad Social situaciones polígamas. El primero de ellos es Francia, que en el artículo 31 de su Convenio General con Marruecos sobre Seguridad Social⁴¹ contempla el reparto de prestaciones de viudedad entre diversas mujeres supérstites⁴².

El otro Estado miembro es España. En efecto, el Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979, en su artículo 23, dispone que

³⁷ ROJO TORRECILLA, Eduardo, El matrimonio gitano no permite el acceso a la pensión de viudedad según el TC. ¿Existe discriminación?, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*. Madrid, BOE, 3, 2021.

³⁸ Agencia de los Derechos Fundamentales, *Second European Union Minorities and Discrimination Survey Roma women in nine EU Member States*, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-eu-minorities-survey-roma-women_en.pdf [consulta: 7 de enero de 2022].

³⁹ Ampliamente, JEAUNEAU, Adeline, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2019

⁴⁰ STFPUE de 1 de julio de 2010 (asunto F-45/07. Wolfgang Mandt contra Parlamento Europeo)

⁴¹ https://www.cleiss.fr/pdf/conv_maroc.pdf [consulta: 7 de enero de 2022].

⁴² De acuerdo con los artículos 39 y ss. del *Code de la famille* marroquí, solo un hombre puede tener dos esposas.

“la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”.

No es este el momento de plantear los diversos avatares judiciales que han originado algunos polígamos con derechos a pensión española⁴³. Pero sí es menester recordar lo señalado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo a este respecto en su sentencia de 24 de enero de 2018⁴⁴: “en nuestro propio ordenamiento jurídico existe un concreto efecto reconocible para los matrimonios polígamos de súbditos marroquíes y, por tanto, respondiendo a la primera de las cuestiones de interés casacional, si el Estado Español reconoce esos efectos “atenuados” a las situaciones de poligamia de súbditos marroquíes, no es acertado oponer la cláusula general de orden público al reconocimiento de la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad, ello aunque nos encontremos en un supuesto de clases pasivas del Estado”.

Si a este reconocimiento interno le añadimos un elemento de movilidad dentro de la Unión Europea, el problema está servido. No puede olvidarse que la sentencia *Gottardo*⁴⁵ estableció que “cuando un Estado miembro celebra con un país tercero un convenio internacional bilateral de seguridad social que prevé el cómputo de los períodos de seguro cubiertos en dicho país tercero para tener derecho a prestaciones de vejez, el principio fundamental de igualdad de trato obliga a dicho Estado miembro a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que aquellas de las que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que pueda justificar objetivamente su denegación”.

En virtud de esta jurisprudencia, sustituyendo el cómputo por el prorrateo entre viudas, la extensión de los dos acuerdos mencionados puede ampliarse de forma muy considerable. No es difícil concebir el caso de un ciudadano alemán, naturalizado marroquí conforme al artículo 13 del *Code de la nationalité marocaine*, que contrajera un segundo matrimonio simultáneo en el país africano, tras haber trabajado en Alemania y en España. ¿Qué sucedería a su fallecimiento con la pensión de viudedad generada conforme al primer ordenamiento?

El ejemplo planteado es, obviamente, remotísimo, incluso en materia de Seguridad Social. Pero con él se quiere llamar la atención sobre la existencia de un resquicio por el que la poligamia puede introducirse, cual desconcertante piedrecita, en el engranaje de la libre circulación, donde no existe Tratado internacional alguno. El hijo de madre alemana y padre marroquí tiene, de acuerdo con el artículo 4 de la *Staatsangehörigkeitsgesetz*, la doble nacionalidad. Queda incluido, por lo tanto, en el régimen del *Code* marroquí mencionado. Podría contraer un segundo matrimonio en Marruecos y luego retornar

⁴³ Una síntesis en SELMA PENALVA, Alejandra, *El contrato de trabajo internacional y las soluciones de compromiso. Problemas prácticos suscitados en la jurisprudencia española*. Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp.197 ss.

⁴⁴ STS de 24 de enero de 2018 (Rº. 98/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo)

⁴⁵ STJUE de 15 de enero de 2002 (asunto C-55/00, Elide Gottardo c. Istituto nazionale della previdenza sociale)

a un Estado miembro de la Unión Europea con dos esposas. ¿Qué sucedería entonces? Llegado el caso al Tribunal de Justicia, ¿aplicaría este la doctrina *Coman*?

Está claro que correspondería al Tribunal decidir si abre la puerta a esta figura, lo cual parece poco probable. Resulta más verosímil pensar que, en formación de Gran Sala a petición del Estado miembro concernido, la sentencia declarara que la bigamia no está admitida en ningún Estado miembro y que, por lo tanto, es la tradición de todos los Estados miembros su rechazo. De esta manera, se podría avanzar en la construcción jurisprudencial de la noción del orden público europeo. Pero todo lo indicado es, como se ha dicho, simple especulación.

5. La libre circulación ante un mundo digitalizado: hipotéticos problemas de ley aplicable

La libre circulación de trabajadores fue concebida en un mundo industrial de movimientos de personas y trabajos físicos. La mutación de los medios de producción derivada del avance de las tecnologías de la información ha hecho que surjan nuevas situaciones para las que la normativa no está preparada. Ya no se trata tanto de los derechos vinculados a la libre circulación como de las consecuencias sobre la ley aplicable que su ejercicio puede conllevar. Los dos retos principales que se abordarán aquí son la actuación transnacional de las plataformas digitales y el teletrabajo transfronterizo, ya se realice o no a través de plataformas.

La reciente propuesta de la Comisión Europea de una Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en las plataformas digitales apunta, si llega a entrar en vigor, a la laboralización de una parte sustancial de las personas que prestan servicios a través de ellas⁴⁶. El reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo trae consigo la inserción de estas actividades en el marco de la libre circulación si se desarrollan en dos Estados miembros. No es difícil concebir la posibilidad de plataformas de reparto o transporte en regiones transfronterizas fuertemente integradas. Y ello implicaría la prestación de servicios bajo dos legislaciones distintas, en tanto que el lugar de trabajo es variado, con posibles problemas de ley aplicable en materia de contrato de trabajo o en materia de Seguridad Social. No se trata tanto de que exista un vacío legal, puesto que la pluriactividad transfronteriza ha estado regulada desde hace tiempo, sino de señalar las dificultades prácticas que se derivarían.

Ahora bien, antes de abordar esta hipótesis, debe recordarse lo señalado por el Tribunal de Justicia en el caso *Trojani*⁴⁷: “Debe considerarse «trabajador» cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas

⁴⁶ Un primer análisis en GIL OTERO, Lidia, Un paso (necesario) más allá de la laboralidad: análisis y valoración de la propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*. Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, 12, 1, 2022.

⁴⁷ STJUE de 7 de septiembre de 2004 (asunto C-456/02, Michel Trojani contra Centre public d'aide sociale de Bruxelles).

a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio”. Es fácil descartar, con este criterio, las incursiones episódicas de un trabajador de una plataforma de reparto o similares en otro Estado miembro. La actividad seguiría teniendo lugar en el Estado donde se desarrollan casi totalmente las tareas.

En el campo de la Seguridad Social, el criterio es coherentemente similar. El caso *Szoja*⁴⁸ señaló claramente que “el Reglamento de aplicación, cuyo objetivo consiste en establecer las normas de desarrollo del Reglamento de base, dispone en su artículo 14, apartado 5 ter, que las actividades marginales no se tomarán en consideración a los efectos de determinar la legislación aplicable en virtud del artículo 13 del Reglamento de base”.

Estos matices jurisprudenciales permiten dejar de lado lo episódico y reconocer que las únicas posibles dificultades surgirán cuando una plataforma tenga como auténtico objeto el desplazamiento transfronterizo de personas o mercancías. Un modelo de negocio basado, por ejemplo, en la compra de productos en un Estado miembro para su transporte instantáneo a otro, sí que podrá encontrar dificultades para encajar en la normativa vigente. Habrá que atender al volumen de prestación de servicios en uno y otro Estado, a la existencia de una parte sustancial de actividad, etc... Reglas clásicas, en definitiva, pero que pueden tener mal encaje con lo efímero de la prestación de servicios en muchas de estas plataformas.

El verdadero desafío de futuro proviene, a mi entender, del teletrabajo transfronterizo. En el caso *Hartmann*⁴⁹, el Tribunal afirmó que “un nacional de un Estado miembro que, conservando su empleo en dicho Estado, ha trasladado su domicilio a otro Estado miembro y desde entonces ejerce su actividad profesional como trabajador fronterizo puede invocar la condición de trabajador migrante”. ¿Cuál es la validez de esta doctrina cuando la actividad profesional ya no se ejerce como trabajador fronterizo sino como teletrabajador? No debería haber obstáculos para continuar reconociendo la validez de lo afirmado, en principio. Ahora bien, el escenario legal tras el cruce de fronteras es complejo, en un primer nivel en términos de ley aplicable⁵⁰, y en un segundo nivel, más práctico, en términos de organización del trabajo.

En su Considerando 16, el Reglamento (CE) n° 593/2008, sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales, afirma que “con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad”. A esta afirmación debe añadirse la recogida en el Considerando 23: “En cuanto a los contratos celebrados con partes consideradas más débiles, es conveniente protegerlas por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales”.

⁴⁸ STJUE de 13 de julio de 2017 (asunto C-89/16, Radosław Szoja v Sociálna poisťovňa and WEBUNG, s.r.o.).

⁴⁹ STJUE de 18 de julio de 2007 (asunto C-212/05, Gertraud Hartmann v Freistaat Bayern).

⁵⁰ Para los problemas de Seguridad Social, MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, El Real-Decreto Ley 28/2020 y el teletrabajo transnacional. ¿Algo nuevo bajo el sol?, en M. Rodríguez-Piñero Royo y A. Todolí Signes (dirs.), Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 498 ss.

Realizando una lectura conjunta de estas dos afirmaciones, antes de entrar en el análisis del articulado, cabe afirmar que, también en materia de teletrabajo, debería existir una considerable certeza sobre qué ley se va a aplicar al teletrabajador y esta no debería poder ser menoscabada por el interés empresarial.

Desde una perspectiva teórica, es fácil concebir dos posibilidades de teletrabajo transfronterizo: el pactado y el impuesto por la empresa. El primero tiene fácil acomodo en el primer apartado del artículo 8 del Reglamento. Responde, en la mayoría de los casos, a un trabajador de alta cualificación cuya presencialidad es innecesaria para la prestación de servicios. Las partes pactan la legislación aplicable y el trabajador se mueve a un Estado miembro que encaja con sus preferencias personales. Esta situación ya ha existido en los últimos años y los problemas que conlleva se han dado, principalmente, en el ámbito tributario⁵¹.

Ahora bien, el desarrollo de las tecnologías de la comunicación y la información ha dado lugar a lo que se puede bautizar como “deslocalizaciones digitales”. Y un *brote* de estas ya ha pasado por el Tribunal de Justicia. En el caso *Bundesdruckerei*⁵², el Tribunal de Justicia decidió que, cuando “un licitador tiene previsto ejecutar un contrato público exclusivamente con trabajadores empleados por un subcontratista establecido en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora, el artículo 56 TFUE se opone a la aplicación de una normativa del Estado miembro de esa entidad adjudicadora que obliga a ese subcontratista a pagar a los citados trabajadores un salario mínimo fijado por dicha normativa”.

Sobre esta base, no es descabellado afirmar que, en el estado actual de la normativa y de la jurisprudencia, si una empresa tiene a sus teletrabajadores radicados en otro Estado miembro, la regulación laboral del Estado miembro de establecimiento de la empresa no es aplicable. Será relevante, por lo tanto, la del Estado donde se encuentren físicamente los teletrabajadores, lo cual parece encajar en una interpretación literal del artículo 8.2 del Reglamento (CE) nº 593/2008. Una empresa sueca sitúa a sus diseñadores en Bulgaria, pues, y el coste laboral se desploma. No es nada diferente de lo que se ha estado haciendo con determinados servicios de *call center* en los últimos años, entre otras ocupaciones fácilmente deslocalizables. Pero la cuestión amenaza ahora con generalizarse si se tiene en cuenta la prestación de actividades *online*, desmaterializadas. Esos servicios eran un síntoma, ahora hay riesgo grave de contagio.

¿Es tan sencillo acabar con la rigidez de la norma de conflicto? ¿La decisión empresarial de situar físicamente a sus teletrabajadores en un Estado miembro implica automáticamente el cambio de ley aplicable, como sucedía en el caso de las prestaciones *offline*? La inversión económica que implicaba la deslocalización física palidece ahora frente al ordenador portátil transportado en una mochila. Resulta difícil defender que sí, sin concebir un escenario de explosión centrífuga. Sostengo, de hecho, que

⁵¹ Para los problemas prácticos en materia de Seguridad Social, SELMA PENALVA, Alejandra, *El contrato de trabajo internacional y las soluciones de compromiso. Problemas prácticos suscitados en la jurisprudencia española*. Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp.55 ss.

⁵² STJUE de 18 de septiembre de 2014 (asunto C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH* contra *Stadt Dortmund*).

el artículo 8 del Reglamento (CE) nº 593/2008 ha quedado obsoleto frente a las realidades digitales del mercado de trabajo y es necesaria su modificación para contemplar estos fenómenos.

Un hipotético futuro apartado 5 del artículo 8 o un hipotético futuro artículo 8 bis deberían regular las situaciones de teletrabajo transnacional. Es una situación que concierne a todos los Estados miembros y una pléyade de regulaciones nacionales podría dar lugar a la multiplicación de los conflictos de leyes. De ahí que sea imprescindible una actuación de la Unión Europea, en línea con el mismo espíritu que llevó a la redacción del Reglamento original.

El criterio de la situación física del trabajador (artículo 8.2 del Reglamento) deja en manos de una de las partes la fijación unilateral de la ley aplicable. No resulta viable, ya que ataca el espíritu del Reglamento, expresado en los Considerandos indicados. El criterio de ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador (artículo 8.3 del Reglamento) conduce a un modelo inverso, pero también contrario al espíritu protector. Ya no el simple alquiler de un apartamento, sino incluso el registro de un dominio nacional de internet conduciría a la creación de la nueva manifestación de las *empresas buzón*, las *empresas buzón de entrada* en un mundo digitalizado.

Conviene explorar nuevos criterios o visitar algunos existentes. La normativa de la Unión Europea ya contempla la regulación de supuestos en los que la sede de la empresa y las actividades que desarrolla tienen lugar en un escenario plurinacional. Los desplazamientos transnacionales de trabajadores ya suscitaron muchos de los problemas que aquí se plantean y dieron lugar a la aprobación de la Directiva 2014/67/UE⁵³.

Su artículo 4 contiene una serie de indicios que permiten “determinar si una empresa lleva a cabo verdaderamente actividades sustantivas que no sean puramente administrativas o de gestión interna”. Este puede ser el punto de partida para la creación de una norma de conflicto propia para el teletrabajo transnacional. La lógica para la determinación de la ley aplicable debe seguir *la pista del dinero*. Debe rastrear cuál es el mercado en el que tienen transcendencia las operaciones económicas realizadas en el tráfico mercantil de la empresa.

Si las páginas web o los libros de imagen corporativa son comercializados en el Estado de establecimiento de la empresa, aunque hayan sido elaborados de forma telemática en otro, son productos de un mercado concreto. No niego que este es un criterio que desafía el patrón económico imperante, pero la apuesta por el modelo contrario conduce a la destrucción de la base tecnológica del mercado de trabajo. Propicia una expulsión de talento digital que puede tener severas consecuencias. Por ello, el criterio de conexión ha de ser, creo, el de la sede de la empresa, si esta realiza en el Estado de establecimiento una parte sustancial de su actividad.

⁵³ Sobre ella, FOTINOPOULOU BASURKO, Olga, Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, *Revista de derecho social*. Albacete, Bomarzo, 70, 2015, pp. 123 ss.

Este es el criterio que conecta la empresa con su mercado. Es un criterio que traduce el lugar de prestación de trabajo como el lugar en el que se materializan los frutos de ese trabajo⁵⁴. Es un criterio que defiende a los trabajadores digitales frente al destierro laboral. Naturalmente, esta idea ha de ser desarrollada y deberán elaborarse criterios subsidiarios para el caso de empresas que verdaderamente presten sus servicios en numerosos Estados simultáneamente. Aquí simplemente se ha querido plantear la idea de los posibles desafíos tecnológicos a la clásica libertad de circulación.

La regulación de la Unión Europea llegará, en todo caso, con retraso frente a la actuación de sus Estados miembros. La aparición de los denominados “nómadas digitales” ha abierto ya una competición entre Estados para captar ya no tanto la actividad, sino el gasto de esos profesionales. Sirva como botón de muestra lo recogido en el *Libro verde sobre o futuro do trabalho*⁵⁵ portugués: “Os países e regiões que acolhem os nómadas digitais podem, em tese, beneficiar da atração de pessoas qualificadas e financeiramente independentes, que podem contribuir para a dinamização das economias locais”. La expectativa de captación es compartida por numerosos países y el Proyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes⁵⁶ es la apuesta española en este campo.

La atención en este momento está puesta en los aspectos fiscales. ¿Qué sucederá con la ley aplicable a sus contratos de trabajo? No sabría decirlo.

⁵⁴ MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, El teletrabajo y el Derecho internacional privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional, en T. Sala Franco (coord.), El teletrabajo, Tirant lo blanch, Valencia, 2020, p.113: “Es muy probable que exista un centro efectivo de actividades, situado en el lugar donde o partir del cual el teletrabajador preste físicamente sus servicios (probablemente, su domicilio). Solo se podría producir un cambio en esta interpretación si se entendiera que, en los casos de teletrabajo interactivo, existe un centro efectivo de actividades *virtual*, situado allí donde se encuentra el terminal de empresa, de donde parten las instrucciones y desde donde se realiza el seguimiento y control de la prestación laboral de manera interactiva”.

⁵⁵ <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNLQwMQMAqSscTAUAAAA%3d> [consulta: 7 de enero de 2022].

⁵⁶ https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-81-1.PDF [consulta: 11 de enero de 2022].