

Lecciones para el futuro sobre la aplicación del art. 50 del Tratado de la UE: los derechos relacionados con la residencia

Lessons for the future on the application of art. 50 TUE: rights related to residence

Jorge Antonio JIMÉNEZ CARRERO

Universidad Europea de Madrid

JORGE.JIMENEZ3@universidadeuropea.es

<http://orcid.org/0000-0001-8043-2249>

Recepción: Mayo 2023

Aceptación: Junio 2023

RESUMEN

Podemos afirmar que la salida británica de la UE ha supuesto un traumático golpe para las aspiraciones y el futuro del proyecto de integración europea. Este hecho ha puesto en jaque diversas cuestiones, como los derechos de residencia de los ciudadanos.

En este sentido, el presente trabajo toma en consideración el mencionado y único Acuerdo de Retirada, con vistas a perfilar un mejor esquema jurídico que permita dar una mejor solución tanto para los nacionales del Estado miembro que decida abandonar la Unión como para los ciudadanos europeos, en el supuesto de que se vuelva a aplicar el art. 50 TUE.

Palabras clave: Unión Europea, Reino Unido, Acuerdo de Retirada, derechos de residencia.

Clasificación JEL: K33.

ABSTRACT

We can affirm that the British exit from the EU has dealt a traumatic blow to the aspirations and future of the European integration project. This fact has jeopardized various issues, such as the residence rights of citizens.

In this sense, the present work considers the aforementioned and only Withdrawal Agreement, with a view to outlining a better legal scheme that allows for a better solution both for the nationals of the Member State that decides to leave the Union and for European citizens, In the event that art. 50 TUE.

Keywords: European Union, United Kingdom, Withdrawal Agreement, residence rights.

JEL Classification: K33.



1. LA INÉDITA APLICACIÓN DEL ART. 50 TUE PARA EL CASO DE REINO UNIDO

Desde el surgimiento de las primeras Comunidades Europeas, que a la postre darían lugar a lo que conocemos hoy como Unión Europea, ningún Estado miembro había manifestado su voluntad de abandonar el proyecto de integración, siendo Reino Unido el primero en hacerlo mediante referéndum celebrado el 23 de junio de 2016.

Sin lugar a duda, esta decisión soberana supuso un terremoto político que ciertamente tensionó los cimientos sobre los que se ha construido durante décadas la Unión Europea. Así, se hacía efectiva la previsión contemplada en el art. 50 TUE, apartados 1 y 2 (Molina del Pozo, C. F., 2011: 139):

“1. Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión.

El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo”.

37

En este sentido, aunque la decisión tomada por los británicos se produjo en 2016, no sería hasta diciembre de 2019 cuando el Parlamento británico le da luz verde al acuerdo negociado con la UE. Como señala Molina del Pozo, C. F., 2021:

“No será sino hasta el año 2019, cuando el Parlamento británico consigue aprobar el Acuerdo, al que el Premier británico Boris Johnson había llegado con la Unión Europea, sobre la pertinente y adecuada salida ordenada del Reino Unido, conocido como Acuerdo de Retirada, haciéndose efectivo oficialmente el aludido abandono de la Unión el 31 de enero de 2020”.

No obstante, desde la celebración del referéndum en 2016 hasta la consecución del Acuerdo de Retirada¹ se sucedieron una serie de eventos que merece la pena traer a colación para situarnos histórica y jurídicamente de manera correcta en el siguiente punto del presente trabajo.

Siguiendo el esquema del art. 50 TUE, el 29 de marzo de 2017 Reino Unido notifica al Consejo Europeo su intención de abandonar la Unión Europea. Tras la esperada notificación, el Consejo Europeo emitió una Declaración², en la cual se especificaba, entre otras cosas, que se adoptarían directrices a efectos de poder negociar por parte del Consejo

Europeo. Igualmente, y de forma lógica, estas directrices vendrían a perfilar qué lineamientos se habrían de seguir en las conversaciones con Reino Unido.

En cuanto a las orientaciones del Consejo Europeo ubicadas en el apartado 2 del art. 50 TUE, estas llegaron el 29 de abril de 2017. En esencia, se constata que los Estados miembros desean establecer con Reino Unido una relación estrecha de país asociado, a la vez que entienden y manifiestan que de ninguna manera un Estado no miembro puede disfrutar de las mismas ventajas y derechos que un Estado miembro. Es decir, la Unión Europea ya sienta las bases para evitar una situación indeseable como pudiera ser la consistente en disfrutar de los beneficios que la membresía comunitaria aporta, sin soportar las cargas o posibles inconvenientes que la cesión de soberanía hacia Bruselas supone.

38

En esta línea cronológica, el 22 de mayo de 2017 el Consejo da luz verde para que se inicien las negociaciones de retirada, señalando expresamente a la Comisión Europea como institución negociadora frente al Reino Unido. Precisamente, una de las prioridades que señala el Consejo en el contexto de las negociaciones, y que entronca directamente con el objeto del presente trabajo, es la de garantizar que los derechos de los ciudadanos, tanto europeos como británicos, se vean salvaguardados dadas las circunstancias y en la medida de lo posible. Así, se señala, entre otros puntos, la consagración del derecho a la residencia permanente después de cinco años de residencia legal. En la misma línea, destaca que ciertos colectivos relevantes en el ámbito migratorio, tales como trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, los estudiantes y otras personas no activas, así como los trabajadores fronterizos y los miembros de sus familias, deben quedar bajo el paraguas o ámbito de aplicación subjetivo del futuro Acuerdo de Retirada, como no podía ser de otra manera, y además, de un modo vitalicio: *“durante toda la vida de las personas afectadas”*³.

Fruto de los diversos encuentros con fines negociadores, el 11 de enero de 2019 el Consejo adopta una Decisión sobre la firma del Acuerdo de Retirada y también elabora un proyecto de Decisión sobre la celebración del Acuerdo. En cuanto a la Decisión sobre la firma, fundamentalmente lo que se hace es autorizar la firma en nombre de la UE. Concretamente, el art. 2 señala que tanto el Presidente del Consejo Europeo como el Presidente de la Comisión están autorizados para firmar el Acuerdo en nombre de la UE y de Euratom⁴.

Llegados a este punto, cabe señalar que finalmente el 24 de enero de 2020 la Unión Europea y Reino Unido firman el Acuerdo de Retirada. Tras la firma, se procedió el 29 de enero de 2020, por parte del Parlamento Europeo, a su ratificación. Justamente un día después, el 30 de enero de 2020 el Consejo adopta la decisión sobre la celebración del Acuerdo de Retirada. En el comunicado de prensa del Consejo de la UE 49/20 de 30 de enero de 2020⁵, se aclara además que, a partir de la medianoche del 31 de enero de 2020,



Reino Unido pasará a ser considerado ya un tercer país, con la salvedad del establecimiento de un período transitorio, que duraría desde la salida de Reino Unido de la Unión hasta el 31 de diciembre de 2020 (es decir, con fecha 1 de enero de 2021 se consideraría a Reino Unido un tercer país a todos los efectos), con vistas a evitar una separación brusca y radical, de la noche a la mañana. De acuerdo con el Consejo, en el contexto del mencionado período transitorio, el acervo comunitario seguirá estando vigente en Reino Unido, a pesar de que dicho país abandonará cualquier tipo de representación en las instituciones comunitarias.

Finalmente, por su relevancia en materia migratoria y de protección internacional, en este apartado resulta interesante traer a colación la sentencia del TJUE (Sala 1ª) de 23 de enero de 2019 (asunto C-661/17) la cual versaba sobre un procedimiento prejudicial en el que se planteaba la duda de qué ocurría con la determinación de la responsabilidad de un Estado miembro a efectos de resolver una solicitud de asilo de acuerdo con el Reglamento de Dublín de 2013, cuando se haya notificado la decisión de retirarse de la Unión. Pues bien, aclara el TJUE que:

“...el hecho de que un Estado miembro, designado como «responsable» a efectos de dicho Reglamento, haya notificado su intención de retirarse de la Unión de conformidad con el artículo 50 TUE (RCL 2009, 2299) no obliga al Estado miembro encargado de la determinación a examinar él mismo, con arreglo a la cláusula discrecional establecida en el referido artículo 17, apartado 1º, la solicitud de protección de que se trate”.

Es decir, que, en esta misma línea, y como también señala el párrafo 54 de la sentencia:

“...debe recordarse que la notificación por un Estado miembro de su intención de retirarse de la Unión de conformidad con el artículo 50 TUE (RCL 2009, 2299) no produce el efecto de suspender la aplicación del Derecho de la Unión en ese Estado miembro y que, por consiguiente, ese Derecho sigue plenamente en vigor en dicho Estado hasta su retirada efectiva de la Unión...”.

Sin lugar a duda, esta resolución del TJUE resulta relevante también de cara a posibles futuras salidas de otros Estados miembros.

2. ANÁLISIS DE LA SEGUNDA PARTE DEL ACUERDO DE RETIRADA⁷

Antes de entrar de lleno en el análisis de la segunda parte del Acuerdo, merece la pena mencionar algunos artículos de la primera parte que denotan los principios por los que se pretende regular la salida del Reino Unido, implicando una búsqueda constante de reciprocidad o correspondencia entre las autoridades británicas y las autoridades europeas. Así, el artículo 4, apartados 1 y 2 señalan:

“Las disposiciones del presente Acuerdo y las disposiciones del Derecho de la Unión que resulten de aplicación en virtud del presente Acuerdo producirán los mismos efectos

jurídicos para el Reino Unido, y en su territorio, que los que produzcan en la Unión y en sus Estados miembros.

[...]

“El Reino Unido garantizará el cumplimiento del apartado 1, incluido en lo relativo a las competencias de sus autoridades judiciales y administrativas para no aplicar disposiciones nacionales incoherentes o incompatibles, por medio del Derecho primario nacional”.

Observamos, por lo tanto, como el principio de primacía del Derecho de la Unión no deja de ser aplicable en ningún momento, aun cuando un Estado miembro decide abandonar la Unión. También resulta relevante la referencia a la buena fe consagrada en el art. 5. Así, su inciso 2º señala que se han de adoptar las medidas que sean necesarias a fin de velar por el correcto cumplimiento de las obligaciones nacidas en el Acuerdo.

Finalmente, resulta interesante también el apartado 2 del art. 7, ya que da buena muestra de que el Acuerdo no pretende dejar ningún cabo suelto, incluyendo a Euratom cuando el propio Acuerdo haga referencia a la Unión⁸. De esta manera, se indica que cualquier referencia a la Unión se entiende hecha también a Euratom.

40

2.1 Disposiciones generales sobre los derechos de los ciudadanos

El Título I de la Segunda Parte del Acuerdo de Retirada, comienza estableciendo el marco de definiciones que se han de manejar para comprender con éxito el alcance de los derechos otorgados a los ciudadanos, tanto británicos, como nacionales de los Estados miembros.

De esta manera, en primer lugar, resulta necesario detenerse parcialmente en el art. 9, ya que delimita qué colectivos podemos incluir dentro del concepto “miembros de la familia” del Acuerdo, manteniendo en esencia, dos grandes bloques:

- familiares de ciudadanos europeos o de ciudadanos británicos, según el art. 2.2 de la Directiva 2004/38/CE, esto es: cónyuge, pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja, y ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja.
- aquellas personas, distintas de las definidas en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE⁹, cuya presencia sea obligatoria para que ciudadanos de la Unión o nacionales del Reino Unido no pierdan el derecho de residencia que se les reconoce en el Acuerdo de Retirada.

Este último inciso podría llevar a cuestionarnos a qué personas “distintas” de las contempladas en ese art. 3 de la Directiva 2004/38 puede estar refiriéndose el Acuerdo de Retirada. En este sentido, resulta esclarecedora la explicación de Gardeñes Santiago (2020):



“Este último inciso aparentemente recordaría la doctrina establecida por el TJUE en la sentencia Ruiz Zambrano, de 8 de marzo de 2011, según la cual no podía rechazarse el derecho de residencia del progenitor, nacional de un país tercero, de unos niños ciudadanos de la UE cuando dicho rechazo tuviera por consecuencia que los niños en cuestión se vieran obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus padres...”¹⁰.

En opinión del mencionado autor, y que compartimos, señala:

“ello supondría, en mi opinión, reconocer el derecho de residencia, aparte de a los familiares mencionados en el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38, al cuidador primario de un ciudadano de la UE en el RU o, a la inversa, del de un nacional del RU en un Estado de la UE [...] Sin embargo, la fórmula verbal empleada por el Acuerdo también permitiría incluir a otras personas, aparte del cuidador primario...”

Efectivamente, estas mismas ideas son las constatadas en la Nota de orientación relativa al Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica sobre los derechos de los ciudadanos¹¹, y que van en la misma línea de intentar no dejar desprotegido a menores que ostenten la ciudadanía de la Unión:

“El artículo 9, letra a), inciso ii), va más allá de la referencia a las personas que se encargan del cuidado efectivo de otra, [...] y está redactado de forma más abierta, para permitir también su aplicación a personas distintas de las encargadas del cuidado efectivo de otra (por ejemplo, también los hermanos menores de edad de cuyo cuidado efectivo se encargue la misma persona o personas que en el caso del menor ciudadano de la UE)”.

Sobra decir que no podemos más que estar de acuerdo con este enfoque garantista en el que se pone sobre la mesa el interés superior del menor, vinculándolo con los derechos de ciudadanía consagrados en el TFUE.

En este orden de ideas, el art. 10 concreta a la perfección cuál es el ámbito de aplicación personal, o dicho de otra manera, a qué personas se les van a aplicar las disposiciones del Acuerdo. Con las salvedades del título III, relativas a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, el Acuerdo se aplicará a las siguientes personas:

- 1) Ciudadanos europeos y ciudadanos británicos que hayan ejercido su derecho de residencia o su derecho como trabajadores fronterizos en Reino Unido o en algún Estado miembro antes de la finalización del período transitorio y además la residencia o el trabajo continúe después de dicho período.
- 2) Los familiares de las personas mencionadas anteriormente, siempre que cumplan con al menos una de estas condiciones:

- a) Tener residencia previa en el Estado de acogida (para los ciudadanos de la UE, será el Reino Unido; para los ciudadanos británicos, será algún Estado miembro) antes de la finalización del período transitorio y mantener dicha residencia después de este período.
- b) No haber residido en el Estado de acogida antes del final del período transitorio, pero tener un “vínculo directo” con el nacional de Reino Unido o con el ciudadano de la UE (que hayan ejercido su derecho de residencia o su derecho como trabajador), y siempre que nos encontremos ante un supuesto del art. 2.2 de la Directiva 2004/38 a efectos de buscar la reagrupación familiar, es decir, que se trate del cónyuge, pareja registrada, descendientes a cargo y ascendientes a cargo.
- c) Ser hijo consanguíneo o adoptivo del ciudadano británico o del ciudadano de la Unión, que hayan ejercido su derecho de residencia o su derecho como trabajador, cuando el nacimiento o adopción se haya producido después del final del período transitorio; y además se cumpla con alguno de los siguientes elementos:

42

- Ambos padres sean ciudadanos de la Unión o ciudadanos británicos, que hayan ejercido su derecho de residencia o su derecho como trabajadores antes del final del período transitorio;
- Uno de los progenitores es ciudadano de la Unión o ciudadano británico (habiendo ejercido su derecho de residencia o su derecho como trabajador), y el otro progenitor es nacional del Estado de acogida¹².
- Uno de los progenitores o bien es ciudadano europeo o ciudadano británico (habiendo ejercido su derecho de residencia o su derecho como trabajador antes del final del período transitorio) y tiene la custodia (compartida o exclusiva) del menor.

- 3) Finalmente, el inciso f) del apartado 1 del art. 10 del Acuerdo indica que también se beneficiarán del Acuerdo cuando hayan residido en el Estado de acogida con base en los arts. 12, 13, 16.2, 17 y 18 de la Directiva 2004/38/CE, es decir, miembros de la familia que han obtenido un derecho independiente a residir en el Estado de acogida.

También cabe aclarar que, en línea con el apartado 2 del art. 10 del Acuerdo, cualquier otro familiar, que esté a cargo o que por motivos graves de salud necesite un cuidado personal, no contemplado en el art. 2.2 de la Directiva 2004/38, así como la pareja con la que se mantiene una relación estable, que tengan residencia en el Estado de acogida antes de la finalización del período transitorio, conservarán dicho derecho de residencia¹³.

En este punto, finalmente merece la pena traer a colación la prohibición de la discriminación contemplada en el art. 12 del Acuerdo de Retirada, “*por razón de la*



nacionalidad en el sentido del artículo 18, párrafo primero, del TFUE, tanto en el Estado de acogida como en el Estado de trabajo...»¹⁴.

2.2 Derechos de residencia y expedición de documentos

En primer lugar, el Acuerdo parte de una premisa clara: salvo algunas limitaciones¹⁵ establecidas por el Derecho de la Unión, tanto los británicos como los ciudadanos europeos ostentan el derecho a residir en el Estado de acogida (Reino Unido o un Estado miembro). Los apartados 2 y 3 del art. 13 del Acuerdo están dedicados a regular ese derecho de residencia¹⁶ para los familiares, ya sean nacionales europeos / británicos; o bien nacionales de otros países¹⁷.

La siguiente cuestión que indefectiblemente trata el Acuerdo consiste en los derechos de entrada y salida de los ciudadanos europeos y británicos del Estado de acogida, así como de sus familiares. En este punto, tal como señala el art. 14 del Acuerdo, hemos de considerar lo establecido en los arts. 4 y 5 de la Directiva 2004/38/CE. Es decir, de tal modo que para la salida y entrada en el Estado de acogida bastará, para el ciudadano de la UE o británico, mostrar el pasaporte o el documento nacional de identidad, mientras que para sus familiares será suficiente mostrar un pasaporte en vigor.

43

Resulta interesante lo mencionado en el apartado 3 del art. 14 del Acuerdo, en la medida en que contempla la reunificación familiar una vez finalizado el período transitorio. Para ello, contempla la posibilidad de que el Estado de acogida pueda exigir un visado de entrada. No obstante, estos visados deberán ser gratuitos y han de ser expedidos de manera acelerada.

Llegados a este punto, sin lugar a duda podemos afirmar que el art. 18 del Acuerdo de Retirada resulta fundamental ya que regula lo relativo a la expedición de documentos de residencia, tanto para ciudadanos europeos como para ciudadanos británicos. De esta manera, de acuerdo con el apartado 1, se prevé la posibilidad de que el Estado de acogida pueda exigir a los ciudadanos europeos y/o británicos, así como a sus familiares, que soliciten un nuevo documento que acredite su condición de residente con base en el Acuerdo de Retirada. En este sentido, se establece una lista de condiciones que deben acompañar a la solicitud del nuevo documento de residencia, encontrando entre las más relevantes:

- 1) Se da un plazo mínimo de seis meses¹⁸ desde el final del período transitorio para aquellas personas que residieran en el Estado de acogida antes del final de dicho período;
- 2) Se prevé también el canje de documentos acreditativos de la residencia para aquellas personas que, con anterioridad al final del período transitorio, ostentaren un documento de residencia permanente, cuando hubieran residido previamente cinco años ininterrumpidos.

- 3) Se pone coto a los documentos que el Estado de acogida puede exigir a ciudadanos europeos y británicos, lo cual favorece notablemente la seguridad jurídica y evita la solicitud, por parte de las autoridades, de documentos innecesarios que impliquen mayores obstáculos burocráticos. Dependiendo de la situación del ciudadano, ya sea europeo o británico, se exigirá: un documento que acredite que trabajan por cuenta ajena o propia; prueba de que disponen, para sí y los miembros de sus familias, de recursos suficientes, así como de un seguro de enfermedad; si son estudiantes, prueba de que están matriculados en un centro reconocido o financiado por el Estado de acogida; seguro de enfermedad, así como disponer de recursos suficientes¹⁹ para no convertirse en una carga para el sistema de asistencia social del Estado de acogida (apartado k del art. 18.1 del Acuerdo).

Por su parte, los apartados l) y m) del apartado 1 del art. 18 del Acuerdo regulan los documentos que son exigibles para los familiares. De un lado, el apartado l) se refiere a los familiares contemplados en el art. 10, apartado 1, letra e), inciso i), o el artículo 10, apartados 2 o 3 del Acuerdo (haber residido en el Estado de acogida antes del final del período transitorio y seguir residiendo en él después de este período; o familiares que estuvieren a cargo / pareja con la que se mantiene una relación estable debidamente probada)²⁰.

44

Por su parte, el apartado m) hace referencia a los familiares que se encuadren en el artículo 10, apartado 1, letra e), inciso ii), o el artículo 10, apartado 4 del Acuerdo (tener un vínculo directo con un ciudadano europeo o británico y haber residido fuera del Estado de acogida antes del final del período transitorio, siendo cónyuge, pareja registrada, ascendiente a cargo o descendiente menor de 21 años; o bien la pareja con la que el ciudadano europeo o británico mantenga una relación estable, cuando dicha pareja no resida en el Estado de acogida antes del final del período transitorio siempre que la relación fuese estable antes del final del período transitorio)²¹.

Visto lo dispuesto por el apartado 1 del art. 18, hemos de centrarnos ahora en el apartado 4 del mismo art. 18, ya que con estos apartados, el Acuerdo de Retirada lo que hace es dar dos opciones a los Estados de acogida a fin de regularizar a estas personas: o bien, acogerse a esa modalidad de nueva autorización de residente del apartado 1 que ya hemos visto, o bien optar por otorgar un documento de residencia a aquellas personas que residan en su territorio, sin la necesidad de solicitar una nueva condición de residente:

“Si el Estado de acogida opta por que los ciudadanos de la Unión o los nacionales del Reino Unido, los miembros de sus familias y cualesquiera otras personas que residan en su territorio con arreglo a las condiciones establecidas en el presente título no tengan que solicitar una nueva condición de residente con arreglo al apartado 1 para tener residencia legal, las personas a las que corresponda uno de los derechos de residencia establecidos en el presente título tendrán derecho a recibir, con arreglo a las condiciones establecidas en la Directiva 2004/38/CE, un documento de residencia, que podrá estar



en formato digital, que mencione que ha sido expedido de conformidad con el presente Acuerdo”.

A esta modalidad del art. 18.4 se acogió, entre otros Estados, España. De esta manera, se aclara que España optó por la vía del apartado 4 del art. 18, de tal suerte que estas personas no están obligadas a solicitar un nuevo documento de residencia para continuar ejerciendo la misma. La consecuencia de esta situación es que aquellos ciudadanos británicos, y sus familiares nacionales de terceros países, que tuvieren en su poder el certificado de registro de la Unión o las tarjetas de familiar de comunitario, obtenidas con anterioridad al Brexit y en todo caso, antes del final del período transitorio, acreditan así su residencia legal y su condición de beneficiarios del Acuerdo. No obstante, desde la Administración española se aconseja a estos colectivos la obtención del documento de residencia contemplado en el art. 18.4 habida cuenta de que se recoge, de manera explícita, que son beneficiarias del Acuerdo de Retirada²² (Calvo Vérguez, 2020).

Establecido el marco general con los apartados 1 (solicitud nueva de condición de residente) y 4 (expedición de documento de residencia) del art. 18 del Acuerdo²³, el art. 19 aclara que existe la posibilidad de que el Estado de acogida permita la presentación voluntaria, durante el período transitorio, tanto de solicitudes de condición de residente, como de expedición de documentos de residencia (como vemos, se trata de una posibilidad, pues existe el plazo de seis meses desde el final del período transitorio contemplado en el art. 18).

45

Lógicamente, la conducta cívica de los potenciales beneficiarios de los derechos de residencia contemplados en el Acuerdo puede ser determinante a efectos de limitar esos derechos (es habitual, en cualquier tipo de procedimiento administrativo conducente a obtener un permiso de residencia, la posibilidad de condicionar el mismo a la ausencia de antecedentes penales en el país de origen). Así, el art. 20 regula esta temática, tomando en consideración el período anterior a la finalización del período transitorio, en consonancia con el capítulo VI de la Directiva 2004/38/CE. De todos modos, si bien es cierto que una condena penal puede condicionar el ejercicio de un derecho de residencia, señala el art. 27 de la Directiva que cualquier medida que se adopte con motivo de intentar salvaguardar el orden público o la seguridad pública, debe ser siempre proporcional. De hecho, señala incluso que la existencia de condenas penales anteriores no supone por sí misma un motivo para tomar tales medidas.

Por lo tanto, y esto resulta del todo lógico, la conducta del potencial beneficiario del Acuerdo de Retirada puede influir en su derecho de residencia tanto antes como después del final del período transitorio.

Llegados a este punto, el Acuerdo de Retirada se ocupa, a partir del art. 24 y siguientes, de los derechos de los trabajadores por cuenta ajena y cuenta propia. Como sabemos, la

libre circulación de los trabajadores constituye una de las cuatro libertades de las que pueden gozar los ciudadanos de la UE (Ordoñez Solís, 2017). De esta manera, el Acuerdo no introduce grandes novedades, sino que más bien se limita a remitirse a lo dispuesto por el art. 45 TFUE y el Reglamento 492/2011 de 5 de abril, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión^{24/25/26}. Por su parte, el art. 25 del Acuerdo sigue el mismo patrón que su predecesor, garantizando los derechos de los autónomos o trabajadores por cuenta propia, esencialmente el derecho de llevar a cabo una actividad económica por cuenta propia en las mismas condiciones que los nacionales del Estado de acogida.

Otro matiz importante por considerar en la retirada de Reino Unido es el reconocimiento de las cualificaciones profesionales²⁷. De esta forma, se señalan las siguientes disposiciones en lo que se refiere al reconocimiento de las cualificaciones profesionales realizadas con anterioridad al final del período transitorio. Concretamente, se señala que estos reconocimientos continuarán siendo válidos cuando se hayan producido con base en alguno de estos fundamentos:

- a) El título III de la Directiva 2005/36/CE (ya se trate de reconocimiento de títulos de formación, de reconocimiento de experiencia profesional o reconocimiento basado en la coordinación de las condiciones mínimas de formación)²⁸.
- b) El art. 10.1 y 3 de la Directiva 98/5/CE sobre el acceso a la profesión de abogado en el Estado de acogida²⁹.
- c) El artículo 14 de la Directiva 2006/43/CE sobre auditores legales.
- d) La Directiva 74/556/CEE del Consejo de 4 de junio de 1974, relativa a las modalidades de las medidas transitorias que han de adoptarse en el ámbito de las actividades de comercio y distribución de productos tóxicos.

46

Como podemos observar, en este punto el Acuerdo de Retirada básicamente lo único que hace es reafirmar la validez de los reconocimientos ya acaecidos conforme al Derecho de la Unión Europea³⁰.

En este orden de ideas, hemos de centrar nuestra atención en la necesaria coordinación que ha de producirse entre los sistemas de seguridad social ante la salida definitiva por parte de Reino Unido. Por ello, se dedica el Título III de la 2ª Parte a este menester. Sin perjuicio de la aplicación de este Título III a nacionales de terceros países (entre los que se encuentren refugiados o beneficiarios de algún tipo de protección internacional) que cuenten con un permiso de trabajo en Reino Unido o la Unión Europea, lógicamente el ámbito subjetivo de aplicación quedará marcado para los ciudadanos europeos que trabajen en Reino Unido y los ciudadanos británicos que trabajen en algún Estado miembro (ya se trate de británicos o europeos que estén sujetos a la legislación del Estado de acogida o que, residiendo en el Estado de acogida, mantengan el vínculo laboral con el Estado miembro de origen, como ocurre con los desplazamientos intraempresariales³¹).



De esta manera, el Acuerdo de Retirada hace una remisión a tres textos legales, volviendo a sustentarse así sobre normativa comunitaria ya establecida, señalando así, que los objetivos y normas de este acervo comunitario se aplicarán también para las personas afectadas por el Acuerdo:

- Art. 48 TFUE³²
- Reglamento (CE) 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de seguridad social³³;
- Reglamento (CE) 987/2009 que adopta las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004.

Igualmente, tanto los Estados miembros como Reino Unido deberán regirse por las directrices (decisiones y recomendaciones recogidas en el anexo I del Acuerdo) de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, elaborada en virtud del Reglamento 883/2004^{34/35} (sobre el contexto social europeo después del Brexit, vid. Lasa López, 2019).

3. EL BREXIT COMO PUNTO DE PARTIDA PARA UNA APLICACIÓN MÁS EFICAZ DEL ART. 50 TUE EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE RESIDENCIA

47

Podemos afirmar que la experiencia del Brexit sienta un precedente trascendental de cara a futuros procesos de retirada del art. 50 TUE. El Brexit ha materializado un artículo del Tratado de Lisboa que, desde las instancias comunitarias, se esperaba no tener que activar nunca, dada la trascendencia, no solo jurídica, sino política, ya que no nos cabe duda de que una retirada de un Estado miembro no es un buen síntoma para la buena salud del proyecto de integración europeo.

No obstante, esta realidad jurídica, y sirviéndonos del Brexit como experiencia previa, debe suponer un mecanismo de aprendizaje para eventuales salidas de otros Estados miembros. Por ello, procederemos a continuación a poner de manifiesto y analizar algunas carencias detectadas y que consideramos que han de ser tenidas en cuenta en este contexto del que venimos hablando.

3.1 Algunas consideraciones sobre el ámbito subjetivo de aplicación

Teniendo en cuenta el análisis del ámbito subjetivo de aplicación para los nacionales de Reino Unido y ciudadanos de la UE, así como para sus familiares, en el contexto del Acuerdo de Retirada, podemos afirmar que el espectro de amplitud resulta, a priori, bastante amplio, habida cuenta de la toma en consideración de familiares distintos de aquellos que podrían ser considerados como la familia nuclear, esto es, cónyuge, pareja de hecho, ascendientes a cargo y descendientes menores de 21 años. De esta manera,

como ya sabemos, el art. 10, apartados 2 y 3 del Acuerdo de Retirada prevé que cualquier miembro de la familia que esté a cargo o viva con el ciudadano europeo/británico, así como la pareja estable, conservará el derecho de residencia cuando la residencia haya sido concedida antes del final del período transitorio o cuando hayan solicitado la residencia antes del final del período transitorio y, concluido el mismo, el Estado de acogida tenga el expediente en tramitación.

No obstante, resulta oportuno detenernos por un momento en el art. 9, apartado a) del inciso ii del Acuerdo, dada su redacción. Señala el art. 9, en términos generales, a quiénes se ha de incluir como miembros de la familia, indicando en el señalado inciso ii:

“aquellas personas, distintas de las definidas en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE, cuya presencia sea obligatoria para que ciudadanos de la Unión o nacionales del Reino Unido no pierdan el derecho de residencia que se les reconoce en la presente parte”.

Lo cierto es que la redacción puede dar pie a confusión, ¿habría que interpretarlo en el sentido de que las personas definidas en el art. 3.2 de la Directiva no quedan bajo el paraguas del Acuerdo de Retirada, pero otras distintas, sí lo hacen?

48

En primer lugar, hemos de constatar que las personas amparadas por el art. 3 apartado 2 de la Directiva serían: cualquier familiar distinto al cónyuge, pareja registrada, ascendiente a cargo o descendiente menor de 21 años que esté a cargo en el país de procedencia o viva con el ciudadano UE; así como la pareja estable.

Como se observa en el mencionado inciso ii del art. 9, el enfoque es diferente en tanto en cuanto que, por un lado, se busca que el ciudadano europeo o británico no pierda el derecho de residencia reconocido por el Acuerdo, y por otro lado, se habla (cuando se hace referencia al art. 3.2 de la Directiva) de familiares que estén a cargo o convivan con el ciudadano europeo en RU o británico en la UE. Haciendo una interpretación holística, entendemos de manera lógica, que las personas familiares contempladas en el art. 3.2 de la Directiva también caerían bajo el ámbito de aplicación del Acuerdo, a pesar de que la redacción del art. 9 inciso ii resultaría bastante mejorable, a fin de no dar pie a equivocaciones.

Vemos por lo tanto que el intento de salvaguardar ese derecho de residencia otorgado por el Acuerdo va más allá incluso de los colectivos familiares contemplados en el art. 2.2 y en el art. 3.2 de la Directiva.

En este orden de ideas, conceptualmente hablando, es cierto que los colectivos contemplados en el art. 3.2 de la Directiva no estarían en disposición de satisfacer esa necesidad de salvaguardar el derecho de residencia, habida cuenta de que se trata de familiares que están a cargo o conviven, o que el ciudadano europeo tenga que hacerse



cargo del familiar por motivos de salud. Por lo tanto, ante esta situación, esta presencia no resulta obligatoria para que el ciudadano de la UE o el ciudadano británico, ubicado en un Estado miembro de la UE, no pierda el derecho de residencia. Como bien señala la nota de orientación de la Comisión Europea, a efectos de despejar esta duda, diremos que estaríamos ante alguno de los siguientes supuestos, surgidos de la casuística jurisprudencial:

- Menor ciudadano europeo con un progenitor nacional de un tercer país: imaginemos la situación de un menor nacional de la UE en Reino Unido, afectado por el Acuerdo de Retirada, cuyo padre o madre es de nacionalidad ucraniana. En estos casos, el TJUE interpretó que este progenitor ostenta derecho de residencia a fin de hacer viable el derecho de residencia del ciudadano europeo;
- Menor ciudadano europeo en Reino Unido con un hermano mayor de edad nacional de un tercer país. Del mismo modo, se le preservaría ese derecho de residencia para el hermano mayor de edad.

En cualquier caso, el art. 9 se encarga de dar una redacción abierta, de tal suerte que no quedan estos supuestos circunscritos, únicamente, a una situación de cuidado efectivo de un menor ciudadano de la UE, sino que hace referencia a una “*presencia obligatoria*” a efectos de poder ejercer el derecho de residencia de británicos o ciudadanos europeos. Tras esta aclaración, y a pesar de la, a priori, redacción garantista que ofrece el Acuerdo, entendemos que a la luz de la jurisprudencia procedente del TJUE y del TEDH, podríamos catalogar esta parte del Acuerdo de Retirada como incompleta.

49

En este sentido, hemos de aclarar que el derecho a la vida familiar queda recogido en dos textos especialmente relevantes, si nos centramos en el continente europeo: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión³⁶ y el Convenio Europeo de Derechos Humanos^{37/38}.

Bajo esta consideración, y tomando como base la doctrina jurisprudencial del TEDH emanada de acuerdo con el art. 8 del CEDH³⁹, podemos detectar las siguientes carencias en la redacción del Acuerdo de Retirada:

- Parejas distintas al matrimonio y “vida común de facto”⁴⁰:

En lo que se refiere a las parejas que no disponen de un título matrimonial, como bien ha venido recogiendo la doctrina jurisprudencial del TEDH sobre el art. 8 CEDH, “*Incluso sin convivencia pueden haber lazos familiares suficientes para constatar la existencia de una vida familiar, ya que la existencia de una unión estable puede ser independiente de la convivencia*”⁴¹.

En este sentido, y tratándose de un tipo de familiar no tan consistente como otros por la, a priori, ausencia de evidencias documentales o título que constate el vínculo familiar, nos preocupa la interpretación que se pueda hacer del Acuerdo de Retirada, habida cuenta de que su redacción tampoco resulta demasiado esclarecedora en este aspecto.

En este sentido, el apartado 4 del art. 10 del Acuerdo de Retirada simplemente habla de relación estable debidamente probada, mientras que la Nota orientativa relativa al Acuerdo, señala que “*Entran en esta categoría todas las relaciones de pareja «estables» de larga duración, tanto entre personas de sexos opuestos como entre personas del mismo sexo*”.

Lo cierto es que no se dice nada más sobre este punto, pudiendo los Estados miembros llegar a aplicar interpretaciones divergentes sobre el concepto, ya que no despeja dos dudas, a nuestro juicio esenciales: ¿qué se entiende por estable? Y ¿qué se entiende por “larga duración”?

50

Entendemos que esta problemática habría quedado fácilmente resuelta si el apartado 4 del art. 10 del Acuerdo de Retirada hubiera aclarado estas cuestiones. Por un lado, y como no puede ser de otra manera, atendiendo al art. 52.3 de la Carta de Derechos Fundamentales, se ha de desvincular el concepto de relación estable del concepto de convivencia. Sin lugar a duda que, de existir convivencia, nos encontraríamos ante una manifestación palpable de la relación estable, pero ello no es óbice para que existan situaciones en las que, sin existir dicha convivencia, se pueda dar una relación estable. Por otro lado, entendemos que supone una inseguridad jurídica manifiesta el hecho de no establecer un período mínimo de relación para que esta pueda ser considerada “estable” o de “larga duración”. Así, habrá Estados miembros que entenderán que una relación deviene en estable cuando ha durado un año, seis meses, dos años, etc.

- La cuestión de la maternidad subrogada

Como conocemos, el Acuerdo de Retirada prevé su aplicación para los descendientes consanguíneos o adoptivos de primer grado del ciudadano europeo o británico y cuyo nacimiento/adopción se haya producido después del final del período transitorio. Ahora bien, aquí surge un problema que viene obteniendo cada vez más relevancia: la maternidad o gestación subrogada. Es de sobra conocido que, en la mayoría de los países de la UE y del Consejo de Europa, esta práctica no está permitida desde el punto de vista jurídico⁴².

Hemos de plantearnos la hipótesis de un niño/a nacido fuera del Estado miembro cuya madre no puede identificarse de este modo en el Estado miembro, puesto que la legislación no lo permite. En este sentido, la protección del derecho a la vida familiar



consagrado en la Carta de la UE y en el CEDH alcanzaría a estos menores, a pesar de que el TEDH “*no exige a los Estados que legalicen la maternidad subrogada*”⁴³.

En este punto, la casuística jurisprudencial del TEDH más relevante nos lleva a las siguientes ideas:

- Ante una denegación de las autoridades europeas para inscribir como descendientes a niños/as nacidos fuera de su territorio en virtud de la gestación subrogada, el TEDH no entra a valorar si los Estados europeos deben regular o no tal situación, pero sí aclara que la filiación “*implica un aspecto clave de la identidad de los individuos*”⁴⁴.
- El TEDH entendió que el art. 8 del CEDH había quedado vulnerado, no por la conculcación del derecho a la vida familiar, sino por la vulneración del derecho de los menores al respeto de su vida privada, ya que la negativa de las autoridades francesas “*socavaba la identidad de los menores en la sociedad francesa*”.
- La clave en este punto es que el TEDH consideró que la imposibilidad de consagrar un reconocimiento jurídico, en el Estado europeo, a la relación paternofamiliar derivada de una gestación subrogada excede el “*margen de apreciación*” que tienen los Estados del Consejo de Europa sobre esta materia⁴⁵.

51

A la luz de lo anterior, no podemos corroborar la existencia de ninguna referencia de este tipo ni en el Acuerdo de Retirada ni en la Nota de orientación de la Comisión Europea. Por lo tanto, creemos que habría sido oportuno la introducción de alguna mención a este tipo de situaciones, a fin de que los Estados miembros de la Unión sean plenamente conscientes de que la denegación de una inscripción paternofamiliar podría desembocar en una condena del TEDH por vulneración del art. 8 CEDH, a pesar de que su normativa nacional interna prohíba o no regule este tipo de situaciones.

- Familiares distintos de la llamada familia nuclear

Aquí nos estamos refiriendo a la llamada familia “extensa”, es decir, aquellos familiares que no son cónyuge, pareja registrada, ascendiente directo a cargo o descendiente menor de 21 años. En este sentido, sabemos que, de acuerdo con los apartados 2 y 3 del art. 10 del Acuerdo de Retirada, cualquier miembro de la familia que esté a cargo o viva con el ciudadano europeo/británico, o que, por motivos de salud, fuere necesario hacerse cargo de este familiar, tendrá también derecho a residencia bajo las directrices del Acuerdo de Retirada.

En este sentido, aquí entrarían relaciones familiares abuelos y nietos o tíos y sobrinos. Resulta pertinente recordar que la jurisprudencia del TEDH ha establecido que estas relaciones también quedan protegidas en virtud del art. 8 del CEDH.

En este punto, entendemos que el Acuerdo de Retirada no resulta garantista al no contemplar posibles situaciones sobrevenidas no contempladas en el marco regulatorio del art. 3.2 de la Directiva 2004/38. Es decir, estamos pensando en aquellas situaciones en las que cualquier miembro de la familia pueda encontrarse a cargo (de manera repentina), por depender económicamente, del ciudadano europeo o británico en el Estado de acogida. Tomando un ejemplo concreto, pensemos en la situación de un ciudadano británico residente en España al que le es de aplicación el Acuerdo por haber estado residiendo y trabajando en el país de acogida antes del final del período transitorio. Transcurrido el final del período transitorio, un hermano/a empieza a depender económicamente del ciudadano británico afincado en España, o enferma y resulta necesario su traslado a España para que su hermano se ocupe de él o ella. En este ejemplo hipotético que hemos puesto, este familiar (hermano/a, en este caso), no podría acogerse al Acuerdo de Retirada, puesto que no habría solicitado la residencia antes del final del período transitorio, como marca el apartado 3 del art. 10 del Acuerdo.

52

En este orden de ideas, hubiera sido deseable que el Acuerdo contemplara este tipo de situaciones sobrevenidas y repentinas, a fin de que estos familiares pudieran también estar protegidos ante situaciones de dependencia económica, estar a cargo, o enfermedad sobrevenida (motivos graves de salud). Por ello, se podría proponer la siguiente redacción para el 10.3:

“El apartado 2 del presente artículo se aplicará también a las personas a que se refiere el artículo 3, apartado 2, letras a) y b), de la Directiva 2004/38/CE que hayan solicitado la ayuda a la entrada y la residencia antes del final del período transitorio y cuya residencia esté siendo facilitada por el Estado de acogida con arreglo a su legislación nacional después del período transitorio.

Igualmente se aplicará a las personas referidas en el mencionado artículo de la Directiva 2004/38/CE, que en el plazo de un año⁴⁶ a contar desde el final del período transitorio hubieren pasado a estar a cargo o hubieren surgido motivos graves de salud que precisaren el cuidado del ciudadano europeo o británico en el Estado de acogida”.

3.2 En busca de una mayor eficiencia: la dicotomía del art. 18.1 y 18.4 del Acuerdo

Comentábamos en páginas anteriores la existente dicotomía que ofrece el Acuerdo de Retirada a los Estados implicados en el Brexit (Reino Unido y Estados miembros), dando la opción de escoger entre dos opciones, a efectos de que las personas afectadas por la ruptura comunitaria mantengan sus derechos de residencia. Por un lado, la opción contemplada en el apartado 1 del art. 18 del Acuerdo, esto es, la obligación para los potenciales beneficiarios del Acuerdo de iniciar un procedimiento administrativo solicitando una nueva condición de residente; y por otro lado, la opción del apartado 4 del mismo artículo consistente en la no necesidad de solicitar una nueva condición de residente para mantener la residencia legal (no obstante, tendrán el derecho de recibir un documento de residencia con base en el Acuerdo que especifique que son beneficiarios del mismo).



Como bien sabemos, en el caso español se optó por la alternativa del apartado 4, de tal suerte que los certificados de registro (para ciudadanos europeos) y las tarjetas de familiares de ciudadano de la UE (para nacionales de terceros países que sean familiares de un ciudadano europeo) servirían para seguir certificando la residencia legal en nuestro país de ciudadanos británicos y sus familiares (también aquellos que sean nacionales de un tercer país). A pesar de ello, es cierto que desde los poderes públicos se instó, con buen criterio, a que los beneficiarios del Acuerdo tramitasen un nuevo documento de residencia que, específicamente, los señalase como beneficiarios del Acuerdo.

Desde nuestro punto de vista, y considerando también las nuevas influencias que pretende recibir el Derecho de la Unión Europea, esta doble opción resulta, a nuestro juicio, contraria a los principios de eficacia y eficiencia, propugnados últimamente en las nuevas propuestas normativas que nacen en Bruselas. Nos estamos refiriendo, específicamente, a la Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2016, para una administración de la Unión Europea abierta, eficiente e independiente (2016/2610(RSP)); y a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para una administración de la Unión Europea abierta, eficaz e independiente⁴⁷.

53

Así, en primer término, el considerando 2 de la propuesta señala, entre otras cosas, que a los ciudadanos de les debe ofrecer un alto nivel de “*transparencia, eficiencia, rápida ejecución y capacidad de respuesta*” por parte de la UE.

Si bien es cierto que, por su propia naturaleza, la propuesta de Reglamento hace referencia, necesariamente, a aquellos procedimientos administrativos tramitados ante una institución, órgano u organismo de la Unión (cosa que no sucedería con la expedición de documentos de residencia tras el Brexit, ya que se tramitaría ante órganos administrativos nacionales), consideramos que las ideas de eficiencia y eficacia administrativa allí enmarcadas resultan perfectamente extrapolables a un Acuerdo de Retirada en el que la Unión y un antiguo Estado miembro, pactan la salida del eje comunitario. En este sentido, y como veremos a continuación (más aún cuando las referencias a la eficacia son numerables) se debería apostar, en un contexto futuro de posible y nueva aplicación del art. 50 TUE para con otro Estado miembro, por estas ideas de eficacia y eficiencia (habida cuenta además del derecho a la buena administración, consagrado ya en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁴⁸).

En este orden de ideas, nos resulta de especial relevancia el considerando 11 de la propuesta de Reglamento, ya que en él se señala la importancia de una Administración europea que goce de eficacia a efectos de buscar el interés general. A renglón seguido, establece una premisa que entendemos esencial para el caso que nos ocupa, esto es, que tanto una sobrecarga normativa como una ausencia o déficit de esta, así como de sus procedimientos, pueden derivar en una mala administración. Como vemos, se aboga, una

vez más, por la búsqueda de una regulación clara, eficaz y bien armonizada (cosa que entendemos no se ha producido con la dicotomía entre el apartado 1 y el apartado 4 del art. 18 del Acuerdo)⁴⁹.

En el caso del Acuerdo de Retirada, y concretamente en el supuesto del art. 18, nos encontraríamos ante una situación de exceso de normas o procedimientos, cuya consecuencia es la no consecución de la tan anhelada buena administración. Es decir, en el momento en que, por un lado, se pretende instaurar un procedimiento administrativo con vistas a conseguir una nueva condición de residente, obligatoria para ejercer los derechos de residencia contemplados en el Acuerdo (derechos que ya se habían podido obtener con anterioridad al Brexit) nos resulta un claro ejemplo de mala administración, solventada, parcialmente, con la opción esgrimida en el apartado 4, que como bien sabemos permite al Estado de acogida (que será Reino Unido u otro Estado miembro) no supeditar la residencia legal a la obtención de una nueva condición de residente, dejando simplemente, cierto margen de libertad a las personas afectadas para que puedan solicitar un documento de residencia donde se especifique que son beneficiarias del Acuerdo.

54

En este sentido, como no podría ser de otra manera, hubiera sido acorde o más acorde con el principio de buena administración la contemplación, únicamente, del contenido estipulado en el apartado 4 del art. 18 del Acuerdo, descartando toda posibilidad de que un Estado de acogida instaurara la necesidad de obtener una nueva condición de residente para que las personas afectadas por el Brexit pudieran ejercer sus legítimos derechos de residencia. En este sentido, esta redacción ya existente en el apartado 4, habría de ser mucho más desarrollada en un futuro Acuerdo con otro Estado miembro que decidiera salir, a efectos de velar por una buena seguridad jurídica. Por ello, hubiera sido deseable que el propio Acuerdo contemplara algunas cuestiones que, posteriormente, se contemplaron a nivel nacional interno, al menos en el caso español. Nos estamos refiriendo a la documentación exigible para la obtención del documento de residencia donde se especifique la condición de beneficiario del Acuerdo, prevista en la Resolución de 2 de julio de 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica la Instrucción conjunta de la Dirección General de Migraciones y de la Dirección General de la Policía, por la que se determina el procedimiento para la expedición del documento de residencia previsto en el artículo 18.4 del Acuerdo de Retirada⁵⁰.

De esta manera, y como sí hace el Acuerdo de Retirada en el supuesto del apartado 1 del art. 18, este apartado 4 del mismo artículo del que venimos hablando vendría a detallar la documentación necesaria para cada supuesto, tal y como se hace a nivel interno español. En esta línea, considerando lo establecido en la Resolución de 2 de julio de 2020 (instrucción conjunta), desde nuestra perspectiva y a nuestro modo de ver, el art. 18.4 quedaría así plasmado, modificando y ampliando de esta manera su redacción actual:

“En todo caso, el Estado de acogida abogará por que los ciudadanos de la Unión o los nacionales del Reino Unido, los miembros de sus familias y cualesquiera otras personas



que residan en su territorio con arreglo a las condiciones establecidas en el presente título no tengan que solicitar una nueva condición de residente para tener residencia legal. Así, las personas a las que corresponda uno de los derechos de residencia establecidos en el presente título tendrán derecho a recibir, con arreglo a las condiciones establecidas en la Directiva 2004/38/CE, un documento de residencia, que podrá estar en formato digital, que mencione que ha sido expedido de conformidad con el presente Acuerdo.

⁵¹*En función de la situación del ciudadano del Reino Unido en el Estado miembro de acogida (o del ciudadano europeo en el Reino Unido), se exigirá la siguiente documentación para él y sus familiares (en caso de que los hubiere):*

A) Cuando el nacional británico o ciudadano europeo en el Estado de acogida hubiera tramitado anteriormente y en plazo el certificado de registro de ciudadano de la UE, las autoridades nacionales requerirán la siguiente documentación:

** Formulario de solicitud⁵²*

** Pasaporte en vigor del solicitante*

** Haber abonado las tasas administrativas correspondientes*

** Fotografía reciente del solicitante*

(Puede ocurrir que el nacional de Reino Unido en un Estado miembro de acogida o el ciudadano europeo en el Reino Unido como Estado de acogida, además de tener el certificado de registro, haya alcanzado también los 5 años de residencia legal. En este caso, el documento de residencia que se le expedirá tendrá carácter de “permanente”).

B) Cuando el nacional británico o ciudadano europeo en el Estado de acogida no dispusiera de certificado de registro de ciudadano de la UE, las autoridades nacionales requerirán la siguiente documentación, además de la recogida en el punto A):

** Formulario de solicitud⁵³*

** Pasaporte en vigor del solicitante*

** Acreditación, mediante cualquier tipo de prueba, de que el solicitante cae bajo el ámbito de aplicación del Acuerdo*

** Los documentos, que, a nivel nacional, cada Estado miembro solicite a fin de acreditar una de estas situaciones⁵⁴:*

- 1- Se trata de un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia;*
- 2- Se trata de un solicitante con recursos económicos suficientes y cobertura médica, evitando así ser una carga para el Estado de acogida;*
- 3- Se trata de un estudiante con seguro de enfermedad y recursos suficientes para no convertirse en una carga para el Estado de acogida;*

** Para los familiares de nacionalidad británica en un Estado miembro o de nacionalidad europea en Reino Unido, habrá que aportar aquellas pruebas que acrediten el parentesco con el solicitante, así como la dependencia económica⁵⁵.*

C) Cuando el familiar del ciudadano británico/europeo, nacional de un tercer país, en el Estado de acogida hubiera tramitado anteriormente y en plazo la tarjeta de familiar de ciudadano de la UE, las autoridades nacionales requerirán la siguiente documentación:

** Formulario de solicitud*

** Pasaporte en vigor del solicitante*

** Haber abonado las tasas administrativas correspondientes*

** Una fotografía reciente*

D) Cuando el nacional británico o ciudadano europeo en el Estado de acogida no dispusiera de tarjeta de familiar de ciudadano de la UE, las autoridades nacionales requerirán la siguiente documentación, además de la recogida en el punto C):

56

** Formulario de solicitud⁵⁶*

** Pasaporte en vigor*

** Documentación acreditativa del vínculo familiar con el ciudadano europeo en Reino Unido o británico en un Estado miembro (así como de su dependencia económica)*

** Documento de residencia del ciudadano británico en el Estado miembro o del ciudadano europeo en Reino Unido*

De esta manera, nos encontraríamos en posición de afirmar que con esta nueva redacción se fortalecería la seguridad jurídica derivada de un Acuerdo de Retirada y se velaría por el derecho a una buena administración, acabando con la dicotomía entre el apartado 1 y el apartado 4 del art. 18 del Acuerdo.

3.3 Hacia un procedimiento administrativo de emisión de documentos de residencia más ágil

Explicábamos en el punto anterior nuestra posición sobre la posible modificación y ampliación redactora del apartado 4 del actual art. 18, junto con la supresión del apartado 1 del mismo artículo. En este sentido, si bien es cierto que el Acuerdo de Retirada introduce algunas disposiciones o aspectos relativos al procedimiento para la emisión de los documentos de residencia, las mismas quedan, esencialmente recogidas, en el apartado 1 del art. 18, precisamente el que pretendemos suprimir.

Concretamente, estos aspectos procedimentales se refieren, esencialmente, a los plazos. De esta manera, entre otros, se da un plazo no inferior a seis meses desde el final del



período transitorio, para presentar la solicitud, a aquellas personas que residían en el Estado de acogida antes del final del período transitorio. En este sentido, el plazo será de tres meses después de la llegada, para aquellas personas cuyo derecho de residencia comience después del final del período transitorio.

En cuanto al procedimiento, resulta especialmente relevante para el caso que nos ocupa el inciso e) del apartado 1 del art. 18 del Acuerdo (siguiendo la lógica anteriormente expuesta, este inciso pasaría a estar incluido en la nueva redacción del apartado 4 que hemos dado anteriormente):

“el Estado de acogida velará por que los procedimientos administrativos relativos a las solicitudes sean expeditos, transparentes y sencillos y por que se eliminen las trabas administrativas innecesarias”.

Efectivamente, observamos cómo, más allá de delimitar los plazos, a nivel interno español, la instrucción conjunta de la Dirección General de Migraciones y de la Dirección General de la Policía contempla el procedimiento administrativo a seguir. En este orden de cosas, de acuerdo con el inciso e) del apartado 1 del art. 18 del Acuerdo y de conformidad con el inciso d) del apartado 1 del art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, hemos de saber que la Administración Pública española debe buscar la *“racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión”*.

57

De un modo esquemático, podemos afirmar que el procedimiento o los procedimientos que se delimitan en la instrucción conjunta de la Dirección General de Migraciones y de la Dirección General de la Policía pueden ser de dos modalidades, quedando las mismas perfectamente delimitadas en el apartado 3 de la instrucción 4^a.

Por una parte, se clarifica que el procedimiento podrá variar en función de si el ciudadano británico o sus familiares (que sean nacionales de terceros países) son titulares del certificado de registro de ciudadano de la UE, o bien de la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión; o si por el contrario no disponen de estos documentos por no haberlo solicitado antes del 6 de julio de 2020 o por haber desembarcado en España entre el 6 de julio de 2020 y el final del período transitorio, o en una fecha más tardía.

Si el ciudadano británico ya ostenta el certificado de registro de la UE o si sus familiares tienen a su disposición la tarjeta de familiar de comunitario, el procedimiento administrativa consistirá en una única fase ante dependencias policiales (a efectos de tramitar la TIE); mientras que si no ostentaren con anterioridad estos documentos, el procedimiento administrativo constaría de dos fases: en primer lugar, ante la oficina de extranjería competente, y en segundo lugar, habiendo sido resuelta de forma favorable la solicitud, ante las dependencia policiales para la expedición de la TIE.

Así las cosas, desde nuestro punto de vista abogaríamos por un procedimiento mucho más expedito, similar al procedimiento regulado por la Orden PCM/169/2022, de 9 de marzo⁵⁷, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania. Entendemos que, el procedimiento aquí propuesto en el contexto de un Acuerdo de Retirada habría sido más acorde a la racionalidad y agilidad propugnada por la Ley 40/2015, y al inciso e) del apartado 1 del art. 18 del Acuerdo, así como a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para una administración de la Unión Europea abierta, eficaz e independiente, que aboga abiertamente por la buena administración, en consonancia también con el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales:

- 1) El procedimiento se iniciará a solicitud de la persona interesada o de su representante legalmente designado, ya sea personalmente o a través de los medios electrónicos (plataforma Mercurio⁵⁸). La solicitud del documento de residencia se formulará en la oficina de extranjería provincial competente, o en su caso (si, por ejemplo, ya fuere titular de un certificado de registro de la UE o de una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión), directamente ante las comisarías de policía que se determinen.
- 2) Si el solicitante no contara con anterioridad con un certificado de registro de la UE o con una tarjeta de familiar de comunitario, se le expedirá en el momento de la presentación un documento justificante de haber solicitado la residencia conforme al Acuerdo de Retirada. Dicho documento justificante hará las veces de prueba documental válida para acreditar la estancia regular en España hasta la resolución definitiva del procedimiento. Si el solicitante no tuviere un NIE asignado previamente (porque no dispusiere de certificado o de tarjeta de familiar), la oficina de extranjería, en colaboración con la Brigada Provincial de Extranjería competente, conminará al solicitante para que, en el plazo de 10 días hábiles, acuda a dependencias policiales para la toma de las huellas dactilares en el marco del procedimiento administrativo, mientras el mismo se encuentra en trámite ante la oficina de extranjería.
- 3) La solicitud de aquellas personas que contaren anteriormente con un certificado de registro de la UE o con una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión tramitarán directamente, y en un único paso, la solicitud en dependencias policiales, que serán las que emitan el documento de residencia o TIE, como lo vienen haciendo de acuerdo con sus atribuciones competenciales⁵⁹.

La solicitud de aquellas personas que no contaren anteriormente con un certificado de registro de la UE o con una tarjeta de familiar de comunitario, y que cayeran bajo el ámbito de aplicación del Acuerdo, tramitarán directamente, y en único paso, la solicitud en la oficina de extranjería competente.



Para estos supuestos, a efectos de la emisión del documento de residencia, y habida cuenta de que los solicitantes ya habrían procedido con el trámite de huellas dactilares en dependencias policiales⁶⁰, y con vistas, precisamente, a que el trámite se haga en un único paso, instaríamos a la cooperación administrativa entre la OEX (Oficina de Extranjería competente) y las dependencias policiales provinciales competentes a efectos de la emisión de la Tarjeta de Identidad de Extranjero (TIE).

La base jurídica para ello la encontraríamos, por un lado, en el ya referido art. 18.1 e) del Acuerdo de Retirada y, por otro lado, en la figura de la cooperación entre Administraciones, recogida en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, concretamente en los arts. 140 apartado 1 letra d)⁶¹, art. 143 apartado 1⁶² y el art. 144 apartado 1 letra e)⁶³.

De esta manera, si finalmente la Oficina de Extranjería resolviera de forma favorable la solicitud, se procedería administrativamente de la siguiente manera:

- 1º) En primer lugar, se notificaría la concesión del documento de residencia (normalmente por medios telemáticos a través de la Plataforma DEHú⁶⁴, como se realiza en la actualidad);
- 2º) En segundo lugar, se enviaría por correo postal, a la dirección del solicitante, la TIE acreditativa de la condición de residente legal, al que le resulta de aplicación el Acuerdo de Retirada⁶⁵.

En lo que se refiere al período de validez del documento de residencia emitido, consideramos que los cinco años previstos, como norma general, en la Instrucción conjunta de la Dirección General de Migraciones y de la Dirección General de la Policía, por la que se determina el procedimiento para la expedición del documento de residencia previsto en el artículo 18.4 del Acuerdo de Retirada, resultan apropiados. No opinaríamos igual en lo que se refiere al plazo máximo de tres meses que tiene cada oficina de extranjería a efectos de resolver la solicitud, y aunque si bien es cierto que, por ejemplo, el plazo marcado en la Orden PCM/169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania resultaría muy complicado de conseguir (24 horas), sí estaríamos en disposición de abogar por una reducción sustancial de ese plazo de tres meses, valorándose la posibilidad de reducirlo a dos meses, todo ello con vistas a mejorar la agilidad de los procedimientos administrativos, objetivo consagrado en la legislación vigente.

4. CONCLUSIONES

El hecho jurídico, nunca acaecido anteriormente, como es la activación del art. 50 TUE supuso un desafío de dimensiones considerables para el proyecto de integración europeo. Tras el análisis precedente sobre la segunda parte del Acuerdo de Retirada, estamos en posición de hacer una valoración positiva en términos globales, en tanto en cuanto consideramos que se vela de forma satisfactoria por el buen ejercicio de los derechos de residencia de los ciudadanos implicados, ya sean ciudadanos europeos en Reino Unido, o ciudadanos británicos en algún Estado miembro de la UE.

No obstante, y a pesar de la buena valoración inicial, se han detectado algunas carencias potenciales, que impactan principalmente en tres frentes: el ámbito subjetivo de aplicación del Acuerdo, la buena administración ante la dicotomía del art. 18.1 y 18.4 del Acuerdo y la búsqueda de procedimientos administrativos internos sin trabas innecesarias, expeditos y sencillos, en consonancia con el art. 18.1 e) del Acuerdo.

60

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, si bien podemos observar que se ha procurado ofrecer un ámbito subjetivo bastante amplio, se han localizado algunos aspectos en la redacción del mismo que podrían, eventualmente, implicar un perjuicio para algunos colectivos de familiares: parejas distintas al matrimonio, relaciones paternofiliales derivadas de la gestación subrogada y algunos familiares que no caen bajo el concepto de familiar nuclear, como pueden ser hermanos, tíos, sobrinos, abuelos, etc. Entendemos que estas carencias han de ser tenidas en cuenta con vistas a otro futuro “Brexit”, habida cuenta de que con la redacción oportuna se habría asegurado, por un lado, tanto la adecuación del derecho a la vida familiar y privada en consonancia con la doctrina del TEDH (requisito marcado por el art. 52.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE) como, por otro lado, una mayor protección para familiares que afronten situaciones de enfermedad o dependencia económica (estar a cargo) sobrevenidas.

Finalmente, además de la innecesaria dicotomía producida por los apartados 1 y 4 del art. 18 del Acuerdo, que contraviene el principio o derecho a la buena administración, comprobamos como, a nivel interno español, el procedimiento para la expedición del documento de residencia previsto en el artículo 18.4 del Acuerdo no resulta acorde a lo estipulado en el art. 18.1 e) del Acuerdo, que persigue, entre otras cosas, la eliminación de trabas administrativas innecesarias y el seguimiento de procedimientos expeditos, debiendo ser revisado dicho procedimiento de cara a otras posibles y futuras salidas de la UE por parte de otros Estados miembros que decidan aplicar el art. 50 TUE.



BIBLIOGRAFÍA

- CALVO VÉRGEZ, J. (2020): “El "Brexit" y su incidencia en los fenómenos migratorios dentro de la Unión Europea” *Revista Aranzadi Unión Europea* núm. 11/2020 parte Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.
- EECKHOUT, P. (2021): “Brexit after the negotiation of the trade and cooperation agreement: who takes back control of what?” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 68, 11-22. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.68.01>
- FRÖHLINGS DORF NICOLÁS, P. E. (2021). El Brexit y los Acuerdos de retirada y de comercio y cooperación: marco institucional y mecanismos de solución de controversias. *Revista Española De Derecho Europeo*, (82), 35–66. https://doi.org/10.37417/REDE/num77_2021_547
- GARDEÑES SANTIAGO, M. (2020): “La circulación de personas físicas en el Acuerdo de Retirada del Reino Unido de la Unión Europea” *REEI*, núm. 40, 10.17103/reei.40.04.
- LASA LÓPEZ, A. (2019): “Configurando el modelo social de la Europa post-Brexit: perspectivas y acciones en curso” en *Cuadernos Europeos de Deusto*, No. 60/2019 (abril), Bilbao, págs. 265-304, <http://dx.doi.org/10.18543/ced-60-2019pp265-304>
- MOLINA DEL POZO, C. F. (2011): *Tratado de Lisboa*. Ed. Universitaria Ramón Areces.
- MOLINA DEL POZO, C. F. (2021): “La nueva alianza entre la Unión Europea y el Reino Unido” *Revista Aranzadi Unión Europea* num.4/2021, Editorial Aranzadi, S.A.U.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2017): “Los recortes de los derechos de los extranjeros en la Europa del «Brexit»” en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 44/2017 parte Artículos. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.
- RIPOL CARULLA, S. (2018): “Los derechos de los ciudadanos en el proyecto de acuerdo de retirada del Reino Unido de la Unión Europea” *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 117, N° 2, págs. 345-370.

RECURSOS EN LÍNEA UTILIZADOS

Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, © Unión Europea, 1998-2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12020W%2FTXT&qid=1675415308961>
[Consulta: 3-02-2023]

Comunicación de la Comisión: Nota de orientación relativa al Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica - Segunda parte — Derechos de los ciudadanos, © Unión Europea, 1998-2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC0520%2805%29> [Consulta: 9-02-2023]

Comunicado de prensa del Consejo de la UE, de 22 de mayo de 2017. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/05/22/brexit-negotiating-directives/> [Consulta: 1-02-2023]

Comunicado de prensa del Consejo, 49/20 de 30 de enero de 2020 “Brexit: el Consejo adopta la decisión por la que se celebra el Acuerdo de Retirada”. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/01/30/brexit-council-adopts-decision-to-conclude-the-withdrawal-agreement/pdf> [Consulta: 2-02-2023]

Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 7 de enero de 2019. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-21106-2018-INIT/es/pdf>
[Consulta: 2-02-2023]

Declaración del Consejo Europeo (art. 50) sobre la notificación del Reino Unido, de 29 de marzo de 2017. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/03/29/euco-50-statement-uk-notification/> [Consulta: 1-02-2023]

Ficha temática del TEDH – Gestación subrogada y el CEDH, p. 2. https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Surrogacy_SPA.pdf [Consulta: 24-04-2023]



Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: Guía con las preguntas más frecuentes sobre la situación de los nacionales de Reino Unido residentes en España y sus familiares con motivo del BREXIT. <https://www.inclusion.gob.es/documents/20121/1013077/GUIA-BREXIT-ES.pdf/5b3b2a3e-3f5f-7303-8327-cb2c21988ebe?t=1653051428372> [Consulta: 16-02-2023]

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: Certificado de registro de ciudadano de la Unión. <https://extranjeros.inclusion.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/CiudadanosComunitarios/hoja101/index.html> [Consulta: 6-03-2023]

Ministerio del Interior: Tarjeta de identidad de extranjero. <https://www.interior.gob.es/opencms/ca/servicios-al-ciudadano/tramites-y-gestiones/extranjeria/regimen-general/tarjeta-de-identidad-de-extranjero/> [Consulta: 15-03-2023]

63

Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2016, para una administración de la Unión Europea abierta, eficiente e independiente, que adjunta una Propuesta de Reglamento para una administración de la Unión Europea abierta, eficaz e independiente, © Unión Europea, 1998-2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016IP0279&qid=1678009674159> [Consulta: 5-03-2023]

Resolución de 2 de julio de 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica la Instrucción conjunta de la Dirección General de Migraciones y de la Dirección General de la Policía, por la que se determina el procedimiento para la expedición del documento de residencia previsto en el artículo 18.4 del Acuerdo de Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-7276 [Consulta: 16-02-2023]

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Kroon y otros contra Países Bajos, de 27 de octubre de 1994.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Mennesson contra Francia y Labasse contra Francia, de 26 de junio de 2014.

Sentencia del TJUE de 15 de julio de 2021, CG y The Department for Communities in Northern Ireland (asunto C 709/20).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Guía sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_SPA.pdf
[Consulta: 16-04-2023]

REFERENCIAS

¹ Posteriormente, también se alcanzó con el Reino Unido un Acuerdo comercial (EECKHOUT, P., 2021).

² Vid. Declaración del Consejo Europeo (art. 50) sobre la notificación del Reino Unido, de 29 de marzo de 2017.

³ Vid. Comunicado de prensa del Consejo de la UE, de 22 de mayo de 2017.

⁴ Vid. Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 7 de enero de 2019.

⁵ Vid. Comunicado de prensa del Consejo, 49/20 de 30 de enero de 2020 “Brexit: el Consejo adopta la decisión por la que se celebra el Acuerdo de Retirada”.

64

⁶ Este artículo 17.1 señala:

“...cualquier Estado miembro podrá decidir examinar una solicitud de protección internacional que le sea presentada por un nacional de un tercer país o un apátrida, aun cuando este examen no le incumba en virtud de los criterios establecidos en el presente Reglamento”.

⁷ Vid. Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

⁸ Recordemos que la actual Unión Europea deriva del surgimiento de las tres primeras Comunidades Europeas: la CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero), la CEE (Comunidad Económica Europea) y la CEEA (Comunidad Europea de la Energía Atómica) – Euratom, en vigor todavía en 2023.

⁹ Las personas definidas en dicho art. 3 apartado 2 son: cualquier otro miembro de la familia (independientemente de su nacionalidad) [...] que esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro; y la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable.

¹⁰ Luego, en el mismo trabajo, el autor GARDEÑES SANTIAGO, M., matiza que realmente sería de aplicación la doctrina proveniente de la sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia (Pleno) de 19 de octubre de 2004 (C-200/02).

¹¹ Vid. Comunicación de la Comisión: Nota de orientación relativa al Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica - Segunda parte — Derechos de los ciudadanos.

¹² De conformidad con el Acuerdo de Retirada, el Estado de acogida puede ser Reino Unido (respecto de los ciudadanos de la Unión y familiares que residieran allí antes del final del período transitorio) o un Estado miembro de la Unión (respecto de los ciudadanos británicos y familiares que residieran allí antes del final del período transitorio).



Lecciones para el futuro sobre la aplicación del art. 50 del Tratado de la UE: los derechos relacionados con la residencia

¹³ También cuando la pareja no resida en el Estado de acogida antes del final del período transitorio pero que la relación sí fuera estable antes de la finalización de dicho período.

¹⁴ En relación con la prohibición de discriminación resulta trascendental la Sentencia del TJUE de 15 de julio de 2021, CG y The Department for Communities in Northern Ireland (asunto C 709/20). Esta sentencia resuelve una cuestión prejudicial que planteaba la posible incompatibilidad entre la denegación de una prestación de asistencia social a una ciudadana europea residente en Reino Unido y el principio de no discriminación integrado en el Derecho de la UE, resolviendo el TJUE que esta denegación de prestación no supone, para el caso concreto, una conculcación de dicho principio en la medida en que la ciudadana europea se encontraba inactiva económicamente, no cumpliendo así, con el art. 7 de la Directiva 2004/38 (los ciudadanos europeos que no trabajen en el Estado de acogida, deberán contar con recursos suficientes a fin de no suponer una carga excesiva para el Estado miembro que le acoge).

¹⁵ El art. 13 del Acuerdo habla, entre otros, del derecho de residencia de hasta tres meses en otro Estado miembro basado únicamente en la posesión de un documento nacional de identidad o pasaporte en vigor.

¹⁶ Por su parte, el art. 15 del Acuerdo prevé el derecho de residencia permanente, en consonancia con la Directiva 2004/38. Así, se dará cuando se haya producido una residencia continuada de cinco años en el Estado de acogida (o menor, de acuerdo con los supuestos del art. 17 de la Directiva). Adquirido este derecho de residencia permanente, únicamente “*se perderá por ausencia del Estado de acogida durante más de cinco años consecutivos*” (apartado 3, art. 15).

65

¹⁷ Entre otros aspectos, se prevé que los familiares nacionales de terceros países podrán disfrutar de los derechos de residencia previstos en los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva cuando estos familiares viajen con el ciudadano comunitario o vayan a reunirse con él / ella.

¹⁸ Tres meses cuando el derecho de residencia comience después del final del período transitorio.

¹⁹ El concepto de “recursos suficientes” no es inamovible, tal como señala el primer inciso del apartado 4 del art. 8 de la Directiva 2004/38:

“Los Estados miembros no podrán establecer un importe fijo correspondiente a lo que consideran «recursos suficientes», sino que tendrán que tener en cuenta la situación personal del interesado”.

²⁰ En este supuesto, los documentos que los Estados de acogida pueden exigir son, entre otros, y además del documento de identidad:

- * Soporte documental que demuestre el parentesco o unión debidamente registrada;
- * Prueba acreditativa de que el ciudadano europeo o británico con el que residen, reside de manera efectiva en el Estado de acogida;
- * Documento acreditativo de que se es descendiente menor de 21 años o ascendientes a cargo.

²¹ En este supuesto, los documentos que los Estados de acogida pueden exigir son, entre otros, y además del documento de identidad:

- * Documento acreditativo del parentesco;
- * Prueba acreditativa de que el ciudadano europeo o británico con el que residen, reside de manera efectiva en el Estado de acogida;
- * En el supuesto de ascendientes a cargo y descendientes menores de 21 años, documento del parentesco con anterioridad al final del período transitorio;

* Para las parejas, prueba de que existía una relación estable antes del final del período transitorio y que dicha relación continúa.

²² Vid. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: Guía con las preguntas más frecuentes sobre la situación de los nacionales de Reino Unido residentes en España y sus familiares con motivo del BREXIT.

²³ En relación con el art. 18 apartado 4, España publicó, en virtud de la Resolución de 2 de julio de 2020, de la Subsecretaría, la Instrucción conjunta de la Dirección General de Migraciones y de la Dirección General de la Policía, por la que se determina el procedimiento para la expedición del documento de residencia previsto en el artículo 18.4 del Acuerdo de Retirada.

²⁴ El art. 1 del mencionado Reglamento 492/2011 señala:

“Todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado”.

²⁵ Para los trabajadores por cuenta ajena destaca, entre otros derechos:

* Derecho a no ser objeto de discriminación por razón de la nacionalidad, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo;

* Derecho a acceder a una actividad económica y ejercerla con arreglo a las normas aplicables a los nacionales del Estado de acogida;

* Derecho a que los hijos sean admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales del Estado de acogida.

²⁶ Mención aparte merecen los catalogados como trabajadores fronterizos. Así, el apartado 3 del art. 24 garantiza, lógicamente, los derechos de entrada y salida del Estado de trabajo y se aclara que mantendrán sus derechos como trabajadores por cuenta ajena, cuando se encuentren en algún supuesto del apartado 3 del art. 7 de la Directiva 2004/38.

²⁷ Por cualificación profesional se ha de entender un título de formación, un certificado de competencia o una experiencia profesional (art. 3 apartado 1 letra b de la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales).

²⁸ A título de ejemplo, en relación con el ejercicio de profesiones reguladas, señala el apartado 2 del art. 13 de la Directiva 2005/36:

“2. El acceso a la profesión y su ejercicio, como se describe en el apartado 1, también se concederán a los solicitantes que hayan ejercido la profesión en cuestión a tiempo completo durante un año o a tiempo parcial durante un período total equivalente en el transcurso de los diez años anteriores en otro Estado miembro que no regule esta profesión, y posean uno o varios certificados de competencia o títulos de formación que haya expedido otro Estado miembro que no regule esta profesión”.

²⁹ Regula el ejercicio de la abogacía cuando el abogado obtuvo el título en su Estado miembro de origen y la pretende ejercer en otro Estado miembro diferente.

³⁰ Cabe aclarar que el acervo comunitario será también de aplicación cuando el ciudadano europeo o ciudadano británico solicite el reconocimiento de su cualificación profesional antes del final del período transitorio.



³¹ Por ejemplo, un ciudadano español que trabaja en Madrid para una empresa con sedes en Madrid y Londres, y es desplazado temporalmente a la sede de Reino Unido, manteniendo el vínculo laboral con la empresa española.

³² En esencia, este precepto del TFUE recoge que se adoptarán las medidas correspondientes sobre seguridad social para una efectiva libre circulación de los trabajadores (ya sean por cuenta ajena o por cuenta propia). Especialmente, estas medidas irán encaminadas a asegurar que los períodos de cotizaciones sociales acaecidos en distintos Estados miembros, se acumulan; y por otra parte, que se puede llevar a cabo el pago de las prestaciones a estas personas.

³³ Siguiendo las directrices políticas del art. 48 TFUE, los considerandos 13 y 15 de este Reglamento van en la misma línea:

“(13) Las normas de la coordinación deben garantizar a las personas que se desplazan dentro de la Comunidad, a las personas a su cargo y a sus supérstites, el mantenimiento de los derechos y ventajas que hayan adquirido o estén adquiriendo.

(14) Estos objetivos deben conseguirse, en particular, mediante la totalización de todos los períodos considerados en las distintas legislaciones nacionales a efectos de la adquisición y la conservación del derecho a prestaciones y del cálculo de éstas...”

Como podemos observar, se trata de velar por que el desplazamiento laboral entre diferentes Estados miembros, no se traduzca a la larga en un perjuicio prestacional para el ciudadano en el orden de la seguridad social.

67

³⁴ De acuerdo con el art. 72 del Reglamento 883/2004, las funciones de este órgano, entre otras, son: resolver cuestiones interpretativas sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, velar por una aplicación uniforme del Derecho de la UE y fomentar la colaboración entre los EEMM en materia de seguridad social.

³⁵ Como, por ejemplo, entre otras, la Decisión S1 de 12 de junio de 2009 relativa a la tarjeta sanitaria europea, donde se aclara: *“La tarjeta sanitaria europea podrá utilizarse en todas las situaciones de estancia temporal en las que una persona asegurada necesite prestaciones en especie, independientemente de que el objeto de la estancia sea el turismo, una actividad profesional o los estudios”*.

³⁶ Art. 7 de la Carta: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”*.

³⁷ Art. 8.1 del CEDH: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”*.

³⁸ Recordemos que el apartado 3 del art. 52 de la Carta señala que si la Carta tiene derechos que también estén contemplados en el CEDH, *“su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”*. No obstante, es posible que el Derecho de la UE *“conceda una protección más extensa”* que la que ofrece el CEDH.

³⁹ Vid. Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Guía sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁴⁰ Ibidem, p. 52.

⁴¹ Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Kroon y otros contra Países Bajos, de 27 de octubre de 1994.

⁴² En Reino Unido, Grecia y Portugal es una práctica regulada.

⁴³ Vid. Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Guía sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, p. 54.

⁴⁴ Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Mennesson contra Francia y Labassee contra Francia, de 26 de junio de 2014.

⁴⁵ Vid. Ficha temática del TEDH – Gestación subrogada y el CEDH, p. 2.

⁴⁶ Entendemos que el plazo de un año resulta suficiente para dar un enfoque más garantista al precepto sin caer en la inseguridad jurídica que supondría el no establecimiento de un plazo o un enfoque *sine die*.

⁴⁷ Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2016, para una administración de la Unión Europea abierta, eficiente e independiente, que adjunta una Propuesta de Reglamento para una administración de la Unión Europea abierta, eficaz e independiente.

⁴⁸ Señala el considerando 12 de la Propuesta de Reglamento para una administración de la UE abierta...:

“Unos procedimientos administrativos correctamente estructurados y coherentes sostienen tanto una administración eficaz como una aplicación adecuada del derecho a una buena administración, garantizado como principio general del Derecho de la Unión y por el artículo 41 de la Carta”.

68

⁴⁹ Señala el considerando 11 de la Propuesta de Reglamento para una administración de la UE abierta: *“Una administración de la Unión eficaz es esencial para el interés público. Tanto un exceso como una falta de normas y procedimientos pueden conducir a una mala administración, la cual puede derivar, a su vez, de normas y procedimientos contradictorios, incoherentes o poco claros”.*

⁵⁰ Vid. Resolución de 2 de julio de 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica la Instrucción conjunta de la Dirección General de Migraciones y de la Dirección General de la Policía, por la que se determina el procedimiento para la expedición del documento de residencia previsto en el artículo 18.4 del Acuerdo de Retirada.

⁵¹ A partir de este punto seguiríamos el esquema contemplado en la Instrucción conjunta de la Dirección General de Migraciones y de la Dirección General de la Policía, por la que se determina el procedimiento para la expedición del documento de residencia previsto en el artículo 18.4 del Acuerdo de Retirada.

⁵² En España se confeccionó el modelo EX23 (solicitud de tarjeta de identidad de extranjero para nacionales del Reino Unido y para los miembros de su familia).

⁵³ En España se confeccionó el modelo EX20 (solicitud documento de residencia del artículo 50 TUE para nacionales del Reino Unido).

⁵⁴ Para el caso español, habrá que acudir, necesariamente, a la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del 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.

⁵⁵ En esencia, se trata de la documentación que se ha venido exigiendo para los familiares europeos que acompañaban o acompañan al solicitante europeo (el caso paradigmático de núcleo familiar donde uno de los progenitores trabaja en otro Estado miembro y el otro cónyuge, junto con los descendientes, le acompañan):

- Certificados que acrediten el parentesco (certificado de matrimonio, certificados de nacimiento...)



Lecciones para el futuro sobre la aplicación del art. 50 del Tratado de la UE: los derechos relacionados con la residencia

- Documentación que acredite la dependencia económica

- Documentación respecto al solicitante principal, demostrando que es trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, o en caso de no trabajar, que dispone de medios económicos para sí mismo y para su familia, así como la contratación de un seguro de enfermedad con las mismas coberturas que la sanidad pública.

Vid. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: Certificado de registro de ciudadano de la Unión.

⁵⁶ En España se confeccionó el modelo EX21 (solicitud documento de residencia del artículo 50 TUE para nacionales de terceros países familiares de nacionales del Reino Unido).

⁵⁷ Vid. Orden PCM/169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania.

⁵⁸ <https://sede.administracionespublicas.gob.es/pagina/index/directorio/mercurio2> [Consulta: 5-04-2023]

⁵⁹ Ministerio del Interior, Tarjeta de identidad de extranjero: “Corresponde a la Dirección General de la Policía, a través de sus servicios correspondientes en las Comisarías de Policía u Oficinas de Extranjeros, en que se hubiese tramitado el expediente administrativo, la expedición y entrega de la Tarjeta de Identidad de Extranjero

[...]

El Real Decreto 734/2020, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, asigna a la División de Documentación, las funciones de organización y gestión de los servicios de documentación de españoles y extranjeros”.

⁶⁰ No obstante, hemos de aclarar que esta toma de huellas no prejuzgaría la decisión que se pueda adoptar sobre el fondo de la solicitud, de tal suerte que de ninguna manera implicaría la seguridad de que la resolución será favorable para el solicitante.

⁶¹ “Las diferentes Administraciones Públicas actúan y se relacionan con otras Administraciones y entidades u organismos vinculados o dependientes de éstas de acuerdo con los siguientes principios:

d) Cooperación, cuando dos o más Administraciones Públicas, de manera voluntaria y en ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos en aras de una acción común”.

⁶² “1. Las Administraciones cooperarán al servicio del interés general y podrán acordar de manera voluntaria la forma de ejercer sus respectivas competencias que mejor sirva a este principio”.

⁶³ “Se podrá dar cumplimiento al principio de cooperación de acuerdo con las técnicas que las Administraciones interesadas estimen más adecuadas, como pueden ser:

e) La cooperación interadministrativa para la aplicación coordinada de la normativa reguladora de una determinada materia”.

⁶⁴ <https://dehu.redsara.es/> [Consulta:5-05-2023]

⁶⁵ Para llevar a cabo esta innovativa solución habría de modificarse y ampliarse el apartado 11 del art. 210 del Reglamento de Extranjería, aprobado por RD 557/2011, de 20 de abril. La redacción que propondríamos sería como sigue:

“Corresponderá a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, conforme a los criterios de coordinación marcados por la Secretaría de Estado de Seguridad, de acuerdo con la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, la organización y gestión de los servicios de expedición de las Tarjetas de Identidad de Extranjero en las Oficinas de Extranjería o la Comisaría de Policía en las que se hubiese tramitado el expediente administrativo o practicado la notificación por la que se reconoce el derecho o se le autoriza a permanecer en España, así como su expedición y entrega al interesado, quien habrá de acreditar ante ellas ser el destinatario del documento y haber realizado el pago de las tasas legalmente establecidas.

Esta entrega o expedición podrá realizarse mediante envío postal a la dirección del interesado, previa acreditación y comprobación de su domicilio en el Padrón del municipio donde resida”.

