

CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y DERECHOS DE PROTECCIÓN SOCIAL. BALANCE Y PERSPECTIVAS DEL MODELO CONDICIONAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL COMUNITARIA ¹

Yolanda Sánchez-Urán Azaña

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

sanuran@ucm.es

Sumario: 1.Libertad de circulación comunitaria y solidaridad. El proceso inacabado hacia la integración social europea. 2. Ciudadanía de la Unión. Un estatuto heterogéneo. 3. Derecho a la protección social. En especial, las prestaciones de subsistencia desde la perspectiva comunitaria. 3.1. *Prestaciones especiales no contributivas. Coordinación y libertad de circulación.* 3.2. *Prestaciones asistenciales y libertad de circulación.* 4. Ciudadano económicamente activo y derecho a las prestaciones asistenciales. 5.Ciudadano económicamente no activo y condicionantes económicos del derecho a acceder a prestaciones asistenciales. 5.1. *Desempleado o parado involuntario.* 5.2. *Demandantes de empleo.* 5.3. *El sólo residente ¿económicamente sostenible?*
Conclusiones

Resumen:

El estatuto de Ciudadanía de la Unión es un concepto abierto, heterogéneo y limitado; los derechos de libertad de circulación y de residencia siguen aún hoy vinculados a la solvencia económica del ciudadano comunitario y se mantiene la diferencia entre los económicamente activos y los económicamente no activos. En especial, en cuanto al acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. La jurisprudencia del TJUE, años atrás restrictiva respecto de las medidas legales nacionales tendentes a limitar el derecho a esas prestaciones de los ciudadanos comunitarios entre otros, de los que cabe identificar como “demandantes de empleo”, se orienta ahora hacia el que puede definirse como “modelo limitado o condicionado de integración social” en la Unión Europea.

Abstract: The Union citizenship is an open, heterogenous and limited concept. The right of freedom to movement and the Right of residence are still linked to the financial solvency of EU citizens; and the difference is maintained between the Economic active and Economic inactive citizens. In particular, in access to Welfare

¹ Este estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2013-45781P, “La jurisprudencia social del TJUE: de las libertades económicas y profesionales a la tutela del trabajador por cuenta ajena”.

Se publicará próximamente en el núm.56 de la REDE (Revista Española de Derecho Europeo). Lo que ha de tenerse en cuenta a efectos de cita

benefits. ECJ case law was restrictive years ago regarding those designed to limit the right to those benefits of EU citizens from other national legal measures, of which can be identified as "jobseekers". It is now oriented toward which can be defined as "limited or conditioned Social Integration Model" in the European Union.

Palabras Clave: Ciudadanía de la Unión; Derecho de libre circulación; Derecho de residencia; prestaciones sociales en la Unión Europea; Ciudadanos comunitarios económicamente activos e inactivos; Demandantes de empleo en la UE.

Key words: European Citizenship; Free movement right; Residence right; Welfare benefits in UE; Economic active european citizens; Economic inactive european citizens

1. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN COMUNITARIA Y SOLIDARIDAD. EL PROCESO INACABADO HACIA LA INTEGRACIÓN SOCIAL EUROPEA.

En la actualidad no parece resuelto definitivamente, sino en gran medida acrecentado, el debate político, social y económico y respuesta jurídico-institucional, comunitaria y nacional, en torno al que pudiera describirse como **MODELO EUROPEO DE PROTECCIÓN SOCIAL DERIVADO DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN.**

El proceso de integración europea, basado inicialmente sólo en la económica y, en consecuencia, limitado al reconocimiento de la libertad de circulación de quienes se trasladan en el ámbito comunitario para realizar una actividad profesional, y aceptando los Estados Miembros una pérdida relativa de su soberanía interna en la configuración del derecho al acceso a sus prestaciones sociales, en particular, en las que desde la perspectiva de nuestro ordenamiento interno, cabe definir como prestaciones económicas en los ámbitos de los sistemas nacionales de Seguridad Social y de Asistencia Social, ha ido evolucionando lenta y restrictivamente hacia la integración social.

Lentamente, porque desde la creación de la CEE había que buscar una solución consensuada en torno a las que pudieran ser las bases comunes que permitieran coordinar desde las normas comunitarias los sistemas de protección social internos, propios de cada uno de los Estados Miembros, que, conforme al Derecho Originario y Derivado comunitario, son a quienes corresponde aplicar en su territorio su propia legislación y reglas internas sobre derechos de protección social (con fundamento en la regla de unicidad normativa), atendiendo a una doble

perspectiva, subjetiva y objetiva (definición de los sujetos beneficiarios y configuración de las prestaciones a las que se aplica las reglas de coordinación social), pero con fundamento en el principio de igualdad de trato por razón de nacionalidad. Desde ambas perspectivas, la evolución ha consistido en ampliar o extender el derecho a la libertad de circulación, calificado desde las normas comunitarias primigenias y por la doctrina del TJUE como “libertad o derecho fundamental”, a través de la configuración más flexible de los que cabe definir como derivados o instrumentales para materializar efectivamente el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad. Así, en primer lugar, la titularidad del derecho de residencia se extiende progresivamente más allá de los sujetos económicos; y, en segundo lugar, no sólo se limitan o incluso se eliminan los posibles obstáculos que pudieran restringir la efectividad de ese derecho, extendiendo los principios derivados de la coordinación de sistemas nacionales de protección social, sino también se amplía el derecho de protección social -derivado de la residencia en los Estados Miembros de quienes son ciudadanos nacionales de otros-, en su contenido (más allá de las prestaciones propias de los Sistemas nacionales de Seguridad Social) y en su titularidad (más allá de quienes generan derecho a las mismas por su contribución económica a través de su actividad profesional, por cuenta ajena o por cuenta propia). Ampliación que progresivamente ha ido avanzando hacia la inclusión, si quiera sea limitadamente, de los ciudadanos económicamente no activos entre los beneficiarios de las prestaciones sociales básicas, las denominadas “de subsistencia”, establecidas por el ordenamiento interno del Estado acogida. Ampliación, no obstante, que choca con el condicionante diríamos absoluto a su derecho de residencia, a saber, que éstos, los económicamente no activos, dispongan para sí mismos y para los miembros de su familia de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos en el Estado miembro de acogida y de recursos o medios económicos suficientes a fin de que no se conviertan, durante su residencia, “en una carga excesiva para la asistencia social” de ese Estado. Condicionante que permite graduar el derecho de residencia en el territorio ese Estado cuando, no obstante en muchos casos, estas prestaciones se basan en el criterio de residencia como uno de los requisitos para su concesión y ésta, la residencia, puede convertirse en elemento fundamental en la determinación de la legislación conforme a la que haya de resolverse los conflictos de normas derivados de la libre circulación (*lex loci domicilii* frente a la *lex loci laboris*).

Los derechos de protección social y, en particular, su configuración y requisitos de acceso, han evolucionado desde su instrumentalización para conseguir un objetivo económico, el de la integración de mercados entre los Estados Miembros, a un tránsito consensuado hacia el principio de *solidaridad social* para, sin perder la primacía de la integración económica, avanzar también en la materialización de ese principio y, en consecuencia, hacia solidaridad financiera entre los Estados, que se proyecta, entre otros, en la configuración más o menos

común en las legislaciones internas nacionales de las prestaciones sociales cuya finalidad es otorgar un mínimo básico o de subsistencia a quienes residen en el territorio de cada Estado Miembro y sufren un estado de necesidad derivado de la ausencia de recursos económicos suficientes para su subsistencia y la de su familia. Se podría afirmar que de una ciudadanía en la UE sólo económica se ha transitado hacia una ciudadanía social europea limitada o restringida y, en consecuencia, limitado también será el modelo de integración o solidaridad social europea derivado de ese status jurídico-formal, el de ciudadanía de la Unión, y de los derechos derivados del mismo, libertad de circulación y libertad de residencia.

Es cierto que la tensión política, social y económica atisbada en el seno de las instituciones comunitarias, entre éstas y los Estados Miembros, y entre éstos entre sí, ha generado un amplio debate sobre el concepto y configuración de la ciudadanía europea o ciudadanía de la Unión hasta el punto que un amplio sector de la doctrina ha negado que ese proceso, iniciado por las normas comunitarias a partir del Tratado de Maastricht en 1992, que lo instituye como estatuto legal, haya culminado en una *ciudadanía europea social plena*; todo lo más, se apunta, cabría definirla como “ciudadanía relacional” porque, pese al esfuerzo por reconocer los derechos sociales de los ciudadanos de la Unión, sigue en manos de los legisladores nacionales la configuración y garantía de la política social en la que aquéllos quedan incluidos, anclados en la ciudadanía basada en la nacionalidad o integración nacional de los ciudadanos en cada uno de los Estados Miembros y en la distribución de competencias Estados-Unión Europea, sin que se haya procedido a ampliar las de las instituciones comunitarias, en particular, la relativa a los derechos fundamentales². Se concluye afirmando que se ha avanzado desde la integración negativa (remoción de obstáculos para la libre circulación económica), basada en la solidaridad competitiva, hacia una muy limitada (para unos, deficiente) integración positiva (reconocimiento de derechos sociales

² Véase MAESTRO BUELGA, G. : “La inhaprensible ciudadanía social europea”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núms. 71-72, 2008, pág.776, 781, entendida, la ciudadanía relacional, como aquella cuyo contenido es la no discriminación en base al origen nacional, presupuesto que permite la relación entre ordenamientos en un espacio económico unitario, pero establece la competencia entre ellos, reduciendo la tutela y dificultando la definición del que pudiera denominarse estatuto social del ciudadano europeo

MONEREO PÉREZ, J.L.: “ Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”, *ReDCE*. Año 11. Núm. 21. Enero-junio/2014, que, entre otras consideraciones y críticas al modelo europeo, afirma: “Lo que se hace prevalecer es la integración europea negativa sobre la integración europea positiva basada en la garantía efectiva de todos los derechos fundamentales en el marco de un proceso de democratización en la construcción de la Unión Europea. Sería necesario superar el desequilibrio todavía existente entre la integración negativa (predominante) y la integración positiva deficiente, lo cual supone tomarse en serio las garantías sociales en el Sistema de los Tratados. La integración positiva exige una dirección política del mercado y un control de los poderes sociales que operan en el espacio de la Unión Europea, pues el mismo constitucionalismo social europeo no puede ser realidad sin contar con una decisión fundamental conjunta y articulada entre las esferas política, económica y social de las sociedades avanzadas”,pág.182

fundamentales comunitarios, entre ellos los de protección social) en la que todavía se mantiene la “nacionalización” de los mecanismos de tutela y de garantía de los derechos sociales

En la configuración de este modelo ha tenido especial relevancia el que se ha convenido en denominar “activismo jurídico” del TJUE, materializado en las diferentes etapas de ese proceso y derivado de la débil configuración jurídica institucional de los derechos sociales en el Derecho Comunitario. Inicialmente, interpretando ampliamente los derechos de protección social de los trabajadores que hacían uso de la libertad de circulación, y, en particular, permitiendo que éstos pudieran disfrutar de las prestaciones “no contributivas” de la Seguridad Social en el Estado de acogida, no incluidas en el originario Reglamento 1408/71, admitiendo también la exportabilidad de estas prestaciones desde su Estado hacia el de destino o de acogida. Para pasar a aplicar restrictivamente, con fundamento en los perfiles del estatuto de la “Ciudadanía de la Unión”, los límites y condicionantes a los derechos de libre circulación y de residencia impuestos por las normas comunitarias a los ciudadanos de los Estados Miembros que hacen uso de esos derechos no como trabajadores sino como “económicamente no activos”. Interpretación basada en el criterio o *principio de proporcionalidad* de las diferencias de trato, esto es, de las limitaciones y condiciones nacionales al ejercicio de esos derechos orientados hacia la consecución de los que pudiera definirse como “intereses legítimos” de los Estados miembros, que ha permitido transitar hacia la expansión de esos derechos (denominados por la doctrina “derechos de comunicación”³) y la ampliación de los sujetos titulares o beneficiarios de esas prestaciones más allá de los sujetos a los que puede calificarse como trabajadores en sentido estricto. Aunque, sólo limitadamente, ha revisado el condicionante económico de la libertad de residencia que mantienen las normas comunitarias sobre libre circulación y, derivado del mismo, algunas legislaciones de los Estados Miembros (en especial la de aquéllos que han sido y siguen siendo Estados de Acogida habituales en el seno de la Unión Europea) a través del criterio del *vínculo o integración* de esas personas en sus territorios.

Lo que en el fondo y en la práctica resulta es la contención de los efectos de la ya limitada ciudadanía social de la Unión porque el TJUE admite la licitud del requisito de suficiencia de recursos económicos como criterio para determinar, en algún caso, y a su vez, la licitud de la residencia y condicionar ésta a la demostración de “un vínculo real y efectivo” en su conexión con los derechos en materia de protección social. De manera que, como bien se ha afirmado⁴, el TJUE “no configura como una libertad fuerte, en la definición de la ciudadanía europea, a la libertad de residencia en conexión con la protección social”.

³ En el sentido de que expresan la interdicción de discriminación con base nacional derivada de la necesidad de comunicar los ordenamientos estatales; MAESTRO BUELGA, G.:op.cit., pág.776

⁴ MAESTRO BUELGA, G.: op.cit., 778

Aún cuando quepa apreciar en la jurisprudencia comunitaria una difícil búsqueda de contención y equilibrio atendiendo a la distribución de competencias Unión Europea-Estados Miembros, debe advertirse que, en general, ha primado una valoración crítica de la doctrina del TJUE, calificándola como “correctora” de las normas comunitarias vigentes en el proceso evolutivo de la configuración normativa de los derechos de libre circulación y de residencia, tal y como se pone de manifiesto por un amplio sector de la doctrina española y foránea y por los propios Estados Miembros (en especial, es obvio, por los que tienen la consideración de Estados de Acogida). De ahí que, en consecuencia, las instituciones comunitarias hayan debido afrontar una difícil tarea de búsqueda de consenso e equilibrio institucional materializada en las normas de Derecho Derivado que, hace ahora una década, afrontaron de nuevo la extensión de los derechos sociales, en especial, de los de protección social vinculados a la libertad de circulación y de residencia en igualdad de condiciones por razón de nacionalidad. Es cierto que tal vez las críticas a la posición “aperturista” del TJUE fueron excesivas porque en ningún caso cabía concluir de las resoluciones dictadas con anterioridad a las normas comunitarias de hace una década que se optara abiertamente por un modelo social ilimitado de ciudadanía de la UE, en particular, por un reconocimiento incondicionado del derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso a prestaciones sociales de todos los ciudadanos europeos que circulan en el seno de la UE, en particular, de aquéllos que pueden ser considerados como económicamente no activos y se desplazan hacia otro/s Estado/s diferente al de su nacionalidad; pero también lo es, desde un punto de vista estrictamente jurídico, que la solución adoptada por el TJUE en numerosos casos resueltos en aplicación “correctora” o “moduladora” de las normas comunitarias renovadas podía contradecir abiertamente su tenor literal.

Indicando aquí como punto de inflexión la modificación legislativa en el Derecho Comunitario Derivado adoptada en 2004, debe recordarse que estas normas intentaron, en un muy difícil equilibrio, incorporar la Jurisprudencia del TJUE, orientada hacia un refuerzo de la ciudadanía europea, atendiendo también a la que era voluntad de los Estados Miembros, más conservadora en tanto que orientada a la sostenibilidad de sus sistemas nacionales de prestaciones sociales. Por un lado, el Reglamento 883/2004/CE, sobre coordinación de las normas de Seguridad Social, consolidó la ampliación de su ámbito material a las prestaciones especiales económicas no contributivas (art.70) conectadas a una “cláusula de residencia”, que limita los principios básicos de coordinación porque declara su no portabilidad y su reconocimiento por el Estado de residencia en atención a sus reglas y principios nacionales. La residencia (no la nacionalidad) se configura en el citado Reglamento como criterio para determinar la legislación nacional aplicable en caso de conflicto (legislación del Estado de residencia) y, como analizaremos, se asume el que el TJUE ha venido utilizando como concepto

comunitario propio ligado a la “residencia habitual y donde se encuentra el centro habitual de los intereses”.

Como quiera que esta norma sólo coordina los sistemas de seguridad social de los Estados Miembros, se ha debatido si y hasta qué extremo éstos pueden establecer las reglas y condiciones para acceder a estas prestaciones en relación con la legislación de la Unión Europea y, en particular, con el principio básico de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad cuando el Estado Miembro vincule el acceso a una condición o requisito nacional de residencia, que puede afectar sobre todo a quienes se desplazan a su territorio como ciudadano económicamente no activo.

Y, respecto de los derechos de libre circulación y de residencia, la Directiva 2004/38/CE, que formalmente se inserta en el contexto político, social y económico de refuerzo del derecho a la libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión en el territorio de los Estados Miembros, establece las condiciones (y, por tanto, las restricciones) en el ejercicio de tales derechos y, en particular, en los derechos derivados de los mismos, entre ellos el acceso a las prestaciones sociales configurando un modelo de solidaridad social heterogéneo y jerarquizado en atención a la clasificación de los ciudadanos de la UE en distintos grupos en función de su condición económica y período de residencia en el país de acogida. Lo que quiere decir que los derechos derivados de la ciudadanía europea y las garantías vinculadas a los mismos quedan condicionados bien a la situación o vinculación del ciudadano con el mercado de trabajo en el país de acogida (trabajadores o no trabajadores); bien a una vinculación real y efectiva con la sociedad del país de acogida (cláusula de residencia), en este caso vinculada a la residencia de larga duración (más de 5 años) o permanente; bien a una cláusula de no dependencia económica o cláusula de solvencia económica individual del ciudadano, que prevista en las normas de Derecho Derivado comunitario de los años noventa que regularon la libre circulación de ciudadanos económicamente no activos (estudiantes, jubilados...), se mantiene como elemento o criterio de consenso entre los Estados Miembros porque a su través se limita o restringe el acceso a la asistencia social del Estado de acogida.

A partir de esta norma, se abría una etapa nueva en la construcción del modelo social de ciudadanía, porque, por un lado, era obligado plantearse si el TJUE pudiera reformular en algún modo esta Directiva, en la medida que, frente a la teoría de que la ciudadanía europea introduce un derecho de residencia más amplio que el derivado de la libertad de circulación de los trabajadores, podría vulnerar el art.20 TFUE ya que supedita el derecho de residencia de los ciudadanos no activos a una cláusula de no dependencia económica o de coste cero para el

sistema nacional de asistencia⁵. Por otro, la reacción de los Estados Miembros a la entrada en la UE de nuevos países social y económicamente menos desarrollados y la asunción de la crisis económica y de empleo en otros⁶, que les pueden convertir en Estados de origen y no de acogida por la necesaria búsqueda de empleo de sus nacionales en otros Estado Miembros.

El análisis de las sentencias del TJUE posteriores a la entrada en vigor de la Directiva 2004/38 y las reformas internas de las legislaciones de los Estados Miembro⁷ es el objeto principal de este estudio para avanzar las que pudieran entenderse perspectivas actuales en la configuración del *modelo social de solidaridad* en la UE. Indagando al respecto, en relación con los ciudadanos económicamente no activos desde la perspectiva del mercado de empleo del Estado de acogida y en relación sólo con el derecho de éstos a acceder a sus prestaciones sociales, si el Derecho Originario exige una cierta solidaridad financiera en los Estados Miembros que permita consolidar ese derecho; si en la actualidad cabe apreciar que el modelo de integración social es sólo limitado; si hay una contención o retroceso en el activismo jurídico del TJUE sobre el efecto directo de la ciudadanía de la Unión en el Derecho Comunitario Originario o, por el contrario, hay posibilidades de reconfiguración del modelo atendiendo a los

⁵ Ampliamente, CAICEDO CAMACHO, N: "La Directiva 2004/38/CE y la jurisprudencia del TJCE sobre el disfrute de las prestaciones sociales: ¿freno al avance en materia social o adecuación a los intereses de los Estados?", *REAF*, núm.19, 2014, pág.126, que estima que el modelo instaurado por la Directiva bien pudiera definirse como "comparability approach", es decir, construido sobre la *lógica de la comparación entre situaciones* que permitan distribuir los beneficios sociales atendiendo a los vínculos en que se encuentran los diferentes ciudadanos con el país de acogida.

⁶ Sobre la fragilidad y vulnerabilidad de la ciudadanía de Unión en la actualidad, sus causas y efectos, puede verse el estudio dirigido por LÓPEZ GARRIDO, D.: *El estado de la Unión Europea. La ciudadanía europea en tiempo de crisis*; Fundación Alternativas-Friedrich Ebert Stiftung, 2014.

⁷ Un balance sobre la adaptación de la Directiva 2004/38 en los Estados miembros en la actualidad y los problemas de trasposición en algunos de ello, en especial, respecto de los demandantes de empleo (job-seekers, en terminología anglosajona) y el acceso a las prestaciones asistenciales, MINDERHOUD, P.: "Directive 2004/38 on the Free Movement of Workers: transposition and Developments in the UE Member States", *RMESS*, núm.110, 2014; número monográfico dedicado a la Directiva 2004/38.

Puede resumirse indicando que las legislaciones nacionales han adoptado un modelo condicional o limitado del derecho de residencia y aquéllas que, como la española, habían inicialmente evitado restricciones a la libertad de circulación y de residencia, han modificado sus previsiones orientándolas hacia ese modelo condicional y limitado. Decía el RD 240/2007 en caso de residencia superior a tres meses que "Todo ciudadano de un Estado miembro.....tiene derecho a la residencia en el territorio del Estado Español..."; ahora, la residencia superior a tres meses de ciudadanos de la Unión se reconocerá a los trabajadores (concepto amplio, añadiendo supuestos de quienes no ejercen actividad pero la han ejercido, conforme al art.7^o Directiva) o a quienes demuestren que poseen medios económicos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en nuestro país durante su período de residencia y un seguro de enfermedad... Véase la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del R.D. 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 («B.O.E.» 10 julio).

principios fundamentales o criterios de interpretación jurídica y, en particular, aplicando con corrección metodológica técnico-jurídica los criterios hermenéuticos. En el contexto social y económico plantea un problema de enorme magnitud, pero no menos cierto es que el Derecho Comunitario Derivado limita, restringe el derecho de los ciudadanos comunitarios a percibir prestaciones sociales en el Estado de acogida; no se ha planteado la nulidad o incompatibilidad de esas normas comunitarias con el Derecho Originario y su interpretación ha transitado desde una más que discutida reformulación del Derecho Comunitario (la que por un sector de la doctrina se ha denominado “interpretación garantizadora” del derecho a la libre circulación) a la interpretación más restrictiva en aras de la salvaguarda de los intereses nacionales de los Estados Miembros.

De modo que, en primer lugar, se ha de plantear el significado de “Ciudadanía de la Unión” que institucionaliza el Derecho Comunitario Originario.

2. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN. UN ESTATUTO HETEROGÉNEO

Desde una perspectiva jurídico-formal la ciudadanía de la Unión refiere al conjunto de derechos que conforman tal Estatuto introducido por el Tratado de Maastricht en 1992, reiterados hoy en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Segunda Parte, “No discriminación y Ciudadanía de la Unión”, art.18 y ss) y enunciados también por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (Título V “Ciudadanía”, arts.39 a 46).

Las normas comunitarias no definen la Ciudadanía de la Unión y pudiera entenderse que el Derecho Originario lo configura como un estatuto que refiere a un derecho esencial, la libertad de circulación, derecho individual inherente a la condición política (no económica) de ciudadano comunitario, y un derecho instrumental, el de residencia, ambos reconocidos como manifestaciones del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad (art.18 TFUE).

No obstante, el TFUE vincula la ciudadanía de la Unión a la nacionalidad de un Estado Miembro, lo que se ha interpretado en el sentido de que aquélla mantiene aún en la actualidad un carácter complementario de (y subordinado a) la ciudadanía nacional⁸, tal y como expresa su artículo 20, y limitado respecto de los derechos que derivan de ese Estatuto, entre otros, el de circular y residir

⁸ Ampliamente CRESPO NAVARRO, E.: “La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al derecho nacional y en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm.28, 2007, pág.886 y ss

libremente en el territorio de los Estados miembros, ya contenidos en el acervo comunitario desde el origen de la Comunidad Económica Europea (véase art.48 TCEE). Derechos que, según el actual Derecho Comunitario, no son totalmente autónomos, como un plus, respecto de la libertad de circulación y de residencia económica.

En efecto, el TFUE incluye la libertad de circulación de trabajadores, Título IV, al margen formalmente de los preceptos que refieren a la Ciudadanía de la Unión, art.45, garantizada también mediante la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Limitada por razones justificadas de orden público, seguridad y salud públicas⁹.Y comprensiva de derechos ligados al mercado de trabajo del Estado de acogida: a) derecho a *buscar* el trabajo (responder a ofertas efectivas de trabajo y desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros); b) derecho a *ejercerlo* efectivamente (residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales); c) derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro *después de haber ejercido* en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión. Libertad de circulación garantizada por las normas comunitarias a través del sistema de coordinación de prestaciones sociales basado en los principios de totalización o acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas y pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros (Reglto 883/2004).

A nuestro juicio, como se ha advertido con acierto, la tendencia a desvincular la ciudadanía europea de la noción de ciudadano-trabajador, es decir, de los derechos vinculados al funcionamiento del mercado, no puede entenderse ni siquiera en la actualidad como un derecho de la unión propio, que se imponga a los Estados Miembros, autónomo, por lo demás, respecto de la ciudadanía nacional. Lo que impone el Derecho Originario comunitario, como manifestación de la dependencia del vínculo de nacionalidad con los Estados Miembros, es la extensión de las condiciones nacionales a todos los ciudadanos de la Unión y, en definitiva, la igualdad de trato por razón de nacionalidad se configura como un derecho reflejo de la libertad de circulación, que es el derecho esencial que realmente reconoce la llamada ciudadanía europea.

⁹ Véase, ELVIRA, A.: "Libertad de circulación y orden público en España", Revista *InDret*, núm.2, 2008; MARTÍN MARTÍNEZ, M.M.: " Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.49, 2014

No hay estándares unitarios en materia de derechos de los ciudadanos de la Unión, aunque el TJUE haya recurrido a los preceptos de las normas comunitarias relativos a la “ciudadanía de la Unión” para reconocer o ampliar *ratione materiae* y *ratione personae* los derechos vinculados a la misma. La expansión progresiva de los derechos sociales y de las personas beneficiarias al margen de un concepto (comunitario) de trabajador y de la libertad de circulación económica no puede derivarse de la configuración de un principio, el de igualdad de trato entre sujetos nacionales y no nacionales en el territorio de cada uno de los Estados Miembros, de modo absoluto; como tampoco, por otro lado, que no haya límites a los obstáculos que pudieran establecerse a la ciudadanía “relacional”.

El estatuto de Ciudadano de la Unión no es incondicionado, único ni homogéneo porque, en primer lugar, el propio Tratado admite límites, los propios contemplados en los Tratados, y los que pudieran establecerse en la normativa comunitaria de desarrollo (art.20 TFUE), en relación con las competencias nacionales en materia de nacionalidad y extranjería. En segundo lugar, no es único, porque aún hoy se establecen diferencias entre los trabajadores y los que no lo son, admitiéndose un régimen específico para la libertad de circulación económica, es decir, la reconocida a los agentes económicos por excelencia, los trabajadores (de ahí que se diga también que es un status jerárquico). En tercer lugar, es heterogéneo porque la extensión del derecho de residencia y, en particular, las “ventajas sociales” asociadas a la misma, tales como los derechos de protección social previstos en el Estado de acogida, se gradúan por las normas comunitarias, atendiendo a la que pudiera denominarse con carácter general “vinculación efectiva y real” del ciudadano de la UE con el Estado de acogida.

Desde la perspectiva de este estudio, la relativa al derecho prestacional, la igualdad de trato por razón de nacionalidad en este ámbito (para quienes hacen uso de su derecho a la libre circulación en el seno de la Unión Europea) admite determinados condicionantes en las normas comunitarias que fijan la extensión del derecho a igualdad en el acceso a las prestaciones sociales. En efecto, atendiendo al Derecho Derivado sobre libre circulación, el general, Directiva 2004/38, y el particular sobre libertad de circulación de los trabajadores, Rglto 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, resulta que:

- 1) Derecho pleno a la igualdad en el ámbito prestacional del Estado de acogida se reconoce al ciudadano europeo que tiene un vínculo efectivo con su mercado de trabajo y, en consecuencia, su libertad de circulación y su derecho de residencia se fundamentan en la realización de una actividad económica, por cuenta ajena o por cuenta propia, de la que deriva la solvencia económica del ciudadano respecto del sistema de

protección social del Estado de acogida. Es la que puede entenderse como plena integración socioeconómica derivada de la lógica conmutativa en atención a la función económica desarrollada por el trabajador.

2) Derecho limitado a la igualdad en el ámbito prestacional del Estado de acogida cuando no hay un vínculo económico o éste se difumina porque se condiciona entonces o bien a un vínculo social, el del período o condiciones de residencia, que a su vez puede utilizarse por las normas internas del Estado de acogida como criterio de atribución de las prestaciones sociales de quienes sufren un estado de necesidad que, derivado de la insuficiencia de recursos, persiguen rentas de subsistencia. O bien se vincula a la solvencia económica del ciudadano que puede demostrar que no será una carga para el Estado de acogida. De una u otra forma la configuración nacional del derecho de residencia en el territorio de los Estados Miembros dificulta, cuando no rompe, la relación de los ordenamientos nacionales en materia social.

En definitiva, habrá que concluir que no hay un derecho “comunitario” prestacional, como derecho universal de ciudadanía, igual para todos porque tampoco hay un derecho pleno o universal, como derecho inherente a la condición humana, a la ciudadanía europea, a sus derechos derivados, entre ellos el de residencia. No hay una equiparación jurídica plena de esos derechos con los derechos y libertades fundamentales proclamados en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que no define su significado y alcance. En efecto, la Carta reitera en su art.21 el mismo principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y, sin perjuicio de sus disposiciones particulares, admite, como manifestación de la Solidaridad”, que “Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. Pero, no establece o fija el contenido de estos Derechos Sociales, que la Carta califica en su Exposición de Motivos como “derechos fundamentales”, quedando condicionados a las reglas previstas en las normas, comunitarias y nacionales. En este sentido, se ha afirmado, que el problema planteado por la vinculación de los derechos del estatuto de ciudadanía de la unión con los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales tiene relación con dos elementos centrales, el primero tiene que ver con la propia naturaleza de estos derechos respecto de los derechos y libertades fundamentales y el segundo con las características propias

del sistema jurídico europeo y su funcionamiento sobre el principio de atribución de competencias¹⁰.

Volviendo al régimen de residencia establecido en las normas comunitarias, al que calificamos como sistema gradual, se determina en función de la duración de la misma (hasta tres meses, más de tres meses y de larga duración o permanente; arts. 6º, 7º y 16, respectivamente, Directiva 2004/38). Así se reconoce un derecho de residencia en el territorio de otros Estados Miembros por un período de menos de tres meses sólo con un documento de identidad o pasaporte válido, condicionado a que no se conviertan en una “carga excesiva” para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Se reconoce un período de residencia superior a tres meses, diferenciando entre ciudadano económicamente activo y ciudadano económicamente no activo (expresiones generalizadas para distinguir, como veremos, los colectivos de ciudadanos de la Unión) con la finalidad de determinar la amplitud o extensión de su derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad (art.24 Directiva 2004/38). Así, para los económicamente no activos la prolongación de su derecho de residencia (más de tres meses) en el Estado diferente al de su nacionalidad se condiciona a un requisito no definido por las normas comunitarias y tradicionalmente exigido por el Derecho Comunitario sobre libre circulación, a saber, que demuestre una solvencia económica o recursos individuales/familiares y disponga de un seguro de enfermedad, permitiéndose (no obligándose) a los Estados Miembros no sólo a que establezcan en sus legislaciones nacionales estas limitaciones sino, además, que los Estados de acogida limiten o excluyan el acceso a sus prestaciones de asistencia social (art.24.2 en relación con el art.14.1 Directiva 2004/38) para evitar que el ciudadano económicamente no activo se convierta en una “carga excesiva” para el Estado de acogida (Art. 14.1 Directiva 2004/38). Por último, para los ciudadanos que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años en el Estado de acogida se le reconoce el derecho a residir permanentemente, con independencia, entonces, que sea ciudadano económicamente activo o inactivo.

Este régimen diferente de residencia influye en el nivel de solidaridad social del Estado de acogida porque así como en caso de ciudadanos con residencia de larga duración o permanente o trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia

¹⁰ LIÑÁN NOGUERAS, D.: “La ciudadanía europea: una cuestión abierta”, UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013,. Expresa al respecto (pág.363): “lo cierto es que los derechos de ciudadanía, aunque conecten con contenidos esenciales de derechos fundamentales, por su naturaleza y su origen se acercan más a «privilegios» derivados de un vínculo especial con el poder (normalmente el de nacionalidad) que a derechos inherentes a la condición humana cuya universalidad es hoy incuestionable...” Guste o no, los derechos de ciudadanía mantienen una «singularidad» frente a los derechos y libertades fundamentales muy acusada y su tratamiento unitario es un esquema conceptual puramente político con nocivos y perturbadores efectos en lo jurídico”(pág.365)

(cuya residencia sea superior a tres meses) la Directiva prevé, art.24.1, igualdad de trato de éstos respecto de los nacionales del Estado de acogida en el acceso a las prestaciones de asistencia social, la norma comunitaria permite que este Estado no conceda esas prestaciones: 1) durante los tres primeros meses de residencia; 2) más allá de los tres primeros meses de residencia a quienes pueden ser considerados solicitantes de empleo (Art. 24.2 Directiva), aunque no puedan ser expulsados mientras demuestren que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados (art.14.4.b Directiva).

La extensión y amplitud de derechos de “ciudadanía” para todos no proviene, por tanto, del Derecho Originario comunitario; éste admite condicionantes y limitaciones del derecho de circulación y de residencia en relación con la situación económica del ciudadano y pudiera decirse que éste ha sido el consenso político necesario entre los Estados Miembros para que se adoptaran progresivamente normas comunitarias sobre libre circulación de ciudadanos económicamente no activos (entre ellos, estudiantes y no jubilados). El debate, por tanto, abierto a lo largo de estos años y en constante replanteamiento es si el Derecho Derivado ha de considerarse como complemento del Derecho Originario y, en consecuencia, son las normas que fijan las reglas de ejercicio o, por el contrario, se interpretan como normas que limitan y condicionan esos derechos para los sujetos económicamente no activos. Con lo que ello tiene de consecuencia en la admisión más o menos amplia de la compatibilidad de la legislación nacional restrictiva con el Derecho Comunitario y, en particular, en la materialización nacional de un concepto jurídico indeterminado previsto en la Directiva 2004/38, a saber, que esos ciudadanos *no resulten una carga excesiva* para la asistencia social de los Estados de acogida, que deberá someterse al escrutinio del test de proporcionalidad

Es cierto, no obstante, que el TJUE, ha venido reiterando estos años, como hizo en los años noventa del siglo pasado, que el estatuto de ciudadanía de la unión refleja un derecho social fundamental de las personas nacionales de los Estados Miembros derivado *ratione materiae* del Derecho Originario europeo, que posteriormente vincula también a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Jurisprudencia que en el fondo ha buscado limitar la competencia de los Estados Miembros en las limitaciones y condiciones para el ejercicio efectivo en sus territorios de los derechos de libre circulación y de residencia manteniendo un equilibrio inestable entre la legitimidad de las acciones legislativas nacionales restrictivas de los mismos y la aplicación del principio de proporcionalidad como cláusula o criterio de legitimación.

Así, el TJUE ha considerado que un ciudadano de la Unión que reside legalmente en el territorio de un Estado miembro del que no es nacional o que se

desplaza a residir desde su propio Estado goza de una libertad fundamental comprendida en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho Comunitario (sentencias *Martínez Sala, Grzelczyk, D’Hoop, Baumbast, Bresol...*¹¹) porque ambos derechos, el de libre circulación y residencia, están previstos en el TFUE bajo la cobertura del derecho a la igualdad y no discriminación (directa o indirecta) por razón de nacionalidad, y por tanto, también respecto de los beneficios sociales y derechos, sociales y económicos, que el Estado de acogida reconoce a sus nacionales. Y ha avanzado en el reconocimiento expreso del efecto directo del Derecho Originario Comunitario (que, por primera vez, utiliza en la sentencia *Baumbast*), en el sentido de que, de forma clara y precisa, garantiza el derecho de todo ciudadano de la Unión a ejercer su derecho de residencia.

En el fondo, está la concepción que desde una perspectiva social, política, económica y jurídica se tenga sobre la ciudadanía de la Unión. Si, como se ha afirmado, es una institución cuyo estatuto queda supeditado a su efectivo ejercicio dentro del ámbito del Derecho comunitario. Si cabe imponer límites a las restricciones que el propio Derecho Comunitario y las legislaciones internas pudieran establecer en ese ejercicio y, en consecuencia, haya que buscar un equilibrio entre los intereses legítimos de los Estados Miembros y el Derecho Comunitario a través del criterio de proporcionalidad; o mucho más allá, si permite el reconocimiento íntegro de los derechos -incluidos los futuros-, directamente derivados del ordenamiento comunitario. Pese a la utilización por el TJUE de la condición de ciudadano de la Unión como instrumento de protección frente, incluso, a una medida estatal que puede imposibilitar el ejercicio futuro de sus derechos como ciudadanos comunitarios, no puede afirmarse que abogue por el carácter absoluto del derecho a la libre circulación porque, como se analizará, el TJUE admite las restricciones a ese derecho y, pese al reconocimiento del efecto útil del TFUE y la proclamación de la ciudadanía de la Unión, no puede concluirse de su doctrina que resulten “proscritas todas las acciones estatales que restrinjan o -lo que resulta más relevante- sean susceptibles de restringir el efectivo disfrute de los derechos de los ciudadanos comunitarios”¹². En especial, como analizaremos posteriormente, el concepto amplio y funcional que ha utilizado el TJUE sólo de forma limitada lo extiende al supuesto concreto de acceso a las prestaciones sociales por los ciudadanos comunitarios que se trasladan a un Estado Miembro distinto al de su nacionalidad.

¹¹ Respectivamente, Sentencias de 12 de mayo de 1998, Asunto C-85/98; de 20 de septiembre de 2001, Asunto C-184/99; de 11 de julio de 2002, Asunto C-224/98; de 17 de septiembre de 2002, Asunto C-413/99; de 13 de abril de 2010, Asunto C-73/08

¹² JUÁREZ PÉREZ, P.: “La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011, Asunto Ruiz Zambrano”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2011), Vol. 3, Nº 2, UC3M, pág.266... que plantea la cuestión relativa a si el avance en el concepto de ciudadanía de la Unión exigiría plantear la posibilidad de vincularla a la residencia (ciudadanía por residencia) y no a la nacionalidad

En definitiva, la ciudadanía de la unión sigue siendo una cuestión abierta, en su proyección en uno de los aspectos de mayor relevancia social y económica en el ejercicio de esos derechos comunitarios. En efecto, en el plano político-institucional se aprecia cómo en los últimos años se ha acrecentado el debate sobre el llamado “turismo social” (también denominado “turismo de pobreza”), es decir, sobre el ejercicio del derecho a la libre circulación y derecho de residencia de los ciudadanos económicamente no activos y la solicitud de prestaciones sociales en el Estado de acogida, su amplitud y extensión, en relación con el principio de atribución de competencias entre la Unión y los Estados Miembros¹³

3. DERECHO A LA PROTECCIÓN SOCIAL. EN ESPECIAL LAS PRESTACIONES DE SUBSISTENCIA DESDE LA PERSPECTIVA COMUNITARIA

Cabe identificar tres conceptos en el Derecho Comunitario Derivado, en concreto en el de coordinación de Sistemas de Seguridad Social y en el de libre circulación, que refieren a los derechos de protección de los ciudadanos en la Unión Europea, a saber, prestaciones de Seguridad Social, ventajas sociales y prestaciones de asistencia social, respecto de las que no hay una definición en las normas comunitarias que precisen su configuración y significado (y, por tanto, las diferencias y similitudes) cuando se trata de determinar quiénes son titulares del derecho a acceder a ellas cuando se ejerce por los ciudadanos de la Unión la libertad de circulación en el seno de la UE y, en concreto, a las que concede el Estado de acogida a los residentes en su territorio, sean nacionales o sean nacionales de otro Estado Miembro, atendiendo a su legislación nacional.

Tampoco el TJUE, aun cuando haya que remitirse a su jurisprudencia a estos efectos, ha establecido una nítida separación entre ellas.

Y es una cuestión de enorme trascendencia a efectos de libre circulación y de residencia en el seno de la UE, ya que el sistema comunitario de coordinación sólo alcanza materialmente a las prestaciones que determina el Reglamento 883/2004, entre ellas las prestaciones del Sistema de Seguridad y las que denomina prestaciones especiales en metálico no contributivas (art.3º y 70 Rglt) porque a ellas se aplican las reglas previstas en esa norma para quienes son

¹³ Véase “Respeto del derecho fundamental a la libre circulación en la UE” , Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2014- 2013/2960(RSP); COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES : “Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave Bruselas, 25.11.2013 COM(2013) 837 final

nacionales de los Estados Miembros e integran el ámbito subjetivo de aplicación bajo el principio de igualdad, en el sentido de su artículo 4º, que reconoce a quienes hacen uso de la libertad de circulación los beneficios previstos por las legislaciones nacionales de Seguridad Social en las mismas condiciones que los nacionales de ese Estado.

Excluida del sistema de coordinación del Reglto queda (art.3º.5) la “asistencia social”; exclusión que desde las primeras normas comunitarias tiene su origen en la consideración de que ésta, la asistencia social, quedaba vinculada a la beneficencia y, en consecuencia, sus destinatarios no eran los trabajadores a los que, por el contrario, iban dirigidas inicialmente y en exclusividad las normas sobre coordinación comunitarias en materia de protección social para facilitarles su derecho a la libre circulación.

3.1. *Prestaciones especiales no contributivas . Coordinación y libertad de circulación*

La tendencia inicial en la jurisprudencia del TJUE fue la de ampliación del concepto de prestación de Seguridad Social (a las que cabe aplicar todas las reglas de coordinación) y, por el contrario, la limitación o restricción del concepto de asistencia social, que, excluida del Derecho Comunitario de coordinación, quedaba al margen de esas reglas, en especial, de las de exportabilidad e igualdad de trato y, por tanto, de la equiparación entre personas activas y no activas que según el Derecho nacional estén incluidas en el sistema de Seguridad Social¹⁴. En este sentido, cabe identificar esa etapa como de ampliación del concepto de prestación de Seguridad Social, a efectos del sistema de coordinación comunitario hacia las que originariamente el Rglto 1408/71 eludía, esto es a las *prestaciones no contributivas*, de naturaleza cercana o próxima a la de asistencia social, utilizando para ello varios criterios, progresivamente replanteados, para distinguir unas de otras desde esa vertiente del Derecho Comunitario; así, entre otros, se podía identificar los de finalidad, condiciones de concesión, criterio de referencia o conexión con alguna de las prestaciones que incluía el ámbito de aplicación del Reglto de Coordinación o, en fin, el test de recursos¹⁵. Criterios que, en el fondo,

¹⁴ -Ampliamente sobre esta Jurisprudencia, su evolución, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO ,C.: “Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004”, RMTAS, núm.64. Véase en este sentido, entre otras, sentencias del TJUE declarando la exportabilidad de las prestaciones no contributivas en Asunto C-1/72, Frilli [1972] ECR I-69; Asunto C-24/74, BIASON [1974] ECR I-100; Asunto C-139/82, Piscitello [1983] ECR I-1428; Asunto C-356/89, Newton, ECR I-3035; Asunto C-379/85, Giletti [1986] ECR I-971

¹⁵ -Así, por ejemplo, utilizando el criterio de la finalidad perseguida con la prestación, se decía que la garantía de un mínimo de medios de existencia se consideraba característico de la asistencia social, mientras que el carácter suplementario o subsidiario de la prestación en relación con las contingencias enumeradas en el entonces artículo 4.1 Regl. 1408/71, es decir, que la prestación se

tenían como objetivo limitar o restringir el concepto de prestaciones de asistencia social y, por tanto, restringir la competencia de los Estados Miembros en la definición y configuración de las mismas y, en concreto, en lo que hacía a su titularidad respecto de quienes en el ámbito de la UE hacían y hacen uso de su derecho a la libre circulación.

Las fronteras difusas entre ambos tipos de prestaciones y, en consecuencia, la Jurisprudencia del TJUE expansiva del concepto “prestación de Seguridad Social”, provocó el malestar de los Estados Miembros y, por ello, en 1992 se produjo la reforma del Regl. 1408/71 a través del Rglto 1247/92, que introdujo el artículo 4.2 bis (reformado en 2005) y la categoría de las *prestaciones especiales en metálico no contributivas*. Prestaciones que, por su alcance personal, objetivos y/o condiciones para su concesión presentaban y presentan características tanto de prestaciones de Seguridad Social como de asistencia social (art.70 del actual Reglto 883/2004), y que, si aparecen listadas en el Anexo del Reglto, en el actual Anexo X¹⁶, no son exportables; se abonan exclusivamente por las instituciones competentes del Estado de residencia con arreglo a la legislación de ese mismo Estado (art.70.4); respecto de ellas se mantiene la cláusula de residencia, aun cuando la regla sea la supresión, conforme al art.7^o¹⁷; admiten, según las

destinara a aumentar el importe de la prestación básica era, en general, característico de la Seguridad Social; o utilizando los requisitos para obtenerla, se expresaba que si su concesión se sometía a un test de recursos se consideraba característico de la asistencia social, y la naturaleza contributiva de la prestación característico de la Seguridad Social. Definiciones que, como se analizará posteriormente, han ido quedado superadas.

¹⁶ Conviene recordar que en el caso de **España**, las prestaciones incluidas en el Anexo son las que refieren a las prestaciones no contributivas de invalidez y jubilación y las prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según dispone la legislación de las Comunidades Autónomas, en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en las correspondientes Comunidades Autónomas, entre otras. Y es conveniente que hagamos mención a algunas otras de otros países de la UE que han sido objeto de controversia y respecto de las que se han planteado cuestiones prejudiciales al TJUE; así, por ejemplo, en caso de **Alemania**, se incluye a) Ingresos básicos de subsistencia para las personas de edad y las personas con incapacidad laboral parcial, con arreglo al capítulo 4 del libro XII del Código Social. b) Prestaciones del seguro básico para demandantes de empleo encaminadas a garantizar la subsistencia, excepto si, en relación con estas prestaciones, se cumplen los requisitos de admisibilidad para percibir un suplemento temporal a raíz de la prestación por desempleo (apartado 1 del artículo 24 del libro II del Código Social. En caso de **Bélgica**: a) Prestación de compensación de ingresos (Ley de 27 de febrero de 1987). b) Ingreso garantizado para personas de avanzada edad (Ley de 22 de marzo de 2001). Y también, por poner algún ejemplo más de las que han suscitado dudas al TJUE, **Austria** incluye en ese Anexo el “suplemento compensatorio” para quienes, de acuerdo con la legislación interna, son beneficiarios de una pensión de vejez y en caso de esa pensión mas otros ingresos netos de otras fuentes no alcance un determinado importe

¹⁷ Artículo 7, Supresión de las cláusulas de residencia: “... las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”. Esta supresión se condiciona a disposición en contrario del presente Reglamento; disposición en contrario que establece el art.70 para las prestaciones especiales en metálico no contributivas

necesidades, totalizar los períodos de residencia cumplidos en el territorio de cualquier Estado miembro; y quedan garantizadas por el derecho de igualdad en los términos del art.4º, esto es, igualdad en el acceso a las prestaciones en las mismas condiciones y requisitos que los nacionales del Estado miembro¹⁸.

Las define actualmente el Rglto en base a tres criterios, acumulativos, por un lado, su finalidad, en tanto tienen por objeto proporcionar: i) cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de Seguridad Social mencionadas en el apartado 1 del artículo 3, que garantice a las personas en cuestión unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate; o ii) únicamente la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate. En segundo lugar, su financiación, en tanto procedan exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones, no dependan de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para completar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo. Y, por último, aspecto formal, figuren en el anexo X, es decir, se incluyan en el listado que han de proporcionar los Estados Miembros.

La limitación de las reglas de coordinación para estas prestaciones sociales provocó que el TJUE comenzara también a interpretar restrictivamente el concepto de prestación especial no contributiva si relacionado con el de prestaciones de Sistema de Seguridad a las que, por el contrario, cabe aplicar todos los principios de coordinación. Pero, dado el carácter de prestaciones incluidas en el sistema limitado de coordinación, y por tanto también aplicable a ellas el principio de igualdad del art.4º Rglto 883/2004, se planteaba si el Rglto tenía como finalidad facilitar el derecho a la libre circulación y de residencia previsto en el Derecho Originario Comunitario puesto que el acceso a las prestaciones no contributivas en el Estado de residencia podría quedar limitado por las normas comunitarias sobre libre circulación, que de forma más restrictiva configuran ese derecho (y su derivado, el de residencia), ya que admiten limitaciones al derecho de igualdad en el acceso a ventajas sociales y a las prestaciones de asistencia social. En concreto, y como veremos en apartados posteriores, la cuestión es si, admitida en el Rglto la totalización de períodos de residencia por el Estado Miembro de residencia (art.6º Rglto), éste podía exigir además un vínculo razonable con su mercado de trabajo y un período de residencia previo, más o menos extenso, en su territorio, ya que

¹⁸ En este sentido, se confirma actualmente por la Sentencia TJUE de 11 de noviembre de 2014, Asunto C-333/13, *Dano*, apdo 55.

podría no ser compatible con el derecho a la libre circulación previsto en el Derecho comunitario originario (actualmente, art.18 y ss TFUE).

3.2. Prestaciones asistenciales y libertad de circulación

Enlazamos así con la cuestión relativa a la configuración de estas prestaciones sociales desde la perspectiva del derecho a la libre circulación. Desde el origen, es decir, desde el Rglto de 1968, se utilizaron por las normas comunitarias el de “*ventajas sociales*” (art.7º.2 del actual Rglto 492/2011, que reconoce el derecho por los trabajadores que hacen uso de su derecho a la libre circulación a las mismas ventajas sociales que los trabajadores nacionales) para, sin definirlo (y, en consecuencia, considerado como concepto jurídico indeterminado), referirse a un derecho reconocido a quienes como “trabajador” comunitario están incluidos en el campo de aplicación de esas normas. El TJUE las define como: «todas las ventajas que, vinculadas o no a un contrato de trabajo, se reconocen generalmente a los trabajadores nacionales por razón principalmente de su condición objetiva de trabajadores o por el mero hecho de su residencia habitual en territorio nacional y cuya extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros permite, por tanto, facilitar su movilidad en el interior de la Comunidad»¹⁹. Como bien se ha expresado, es una “macrocategoría”²⁰, que comprende tanto las prestaciones expresamente incluidas en el ámbito material del Rglto de Coordinación, entre ellas, por tanto, las que, como las prestaciones especiales en metálico no contributivas, se asocian a la situación de necesidad, como las de asistencia social, que, con la misma finalidad, están excluidas del ámbito material del Rglto 883/2004.

¹⁹ Entre otras, STJUE de 12 de mayo de 1998, Asunto C-85/98, *Martínez Sala*, respecto de la denominada *prestación de crianza* alemana, que el TJUE estima que es una prestación asimilada a prestación familiar conforme al Derecho Comunitario de Coordinación y una ventaja social en el sentido del Derecho Comunitario sobre libre circulación (entonces art.7º.2 Rglto 1612/68) y, por tanto, están incluida en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho Comunitario. Lo que quiere decir que como asimilada a tal prestación del Rglto de Coordinación gozaba de una garantía de igualdad de trato en el acceso a las mismas si la persona residía legalmente en el territorio del país de acogida aún cuando no ejerciera actividades en el momento de la solicitud. Esta solución proviene de la sentencia de 10 de octubre de 1996, *Hoever y Zachow* (asuntos acumulados C-245/94 y C-312/94, Rec. p. I-4895), en la que el TJUE declaró que una prestación de las características de la prestación por crianza, que se concede automáticamente a quienes cumplen determinados requisitos objetivos al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, y que está destinada a compensar las cargas familiares, debe asimilarse a una prestación familiar en el sentido de la letra h) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento nº 1408/71.

²⁰ MARTÍN VIDA, M^a A. : “La dimensión social de la ciudadanía europea con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social”, *ReDCE*, nº 8, Julio-Diciembre de 2007pág.105-106

De ahí que recurrentemente se haya planteado si, a efectos de la libertad de circulación y de residencia, habría que atender a un concepto propio de derecho de protección social cuando quienes hacen uso de esas libertades no son trabajadores en sentido comunitario pero son nacionales de países de la UE a los que cabe entender comprendidos en la Ciudadanía de la Unión conforme al Tratado Originario.

En este sentido, el Derecho Originario ni menciona ni define la “asistencia social” pero sí las normas comunitarias sobre libre circulación que lo desarrollan (actualmente Rglto 492/2011 y Directiva 2004/38), que refieren a ese término con una doble finalidad. En primer lugar, para entenderlo comprendido en el de ventaja social y, en consecuencia, limitada a quienes pueden ser definidos como trabajador en el sentido del derecho de libre circulación, concepto menos amplio o extensivo que el que proporciona el Derecho Comunitario de coordinación, tal y como veremos a continuación. En segundo lugar, para entenderlo comprendido en el de prestación asistencial a los efectos del derecho de residencia y su limitación conforme a la Directiva 2004/38²¹, que la utiliza como criterio indirecto, derivado, para medir la solvencia económica del solicitante de residencia cuando es económicamente no activo y la considera prestación de la que pueden quedar excluidos ciudadanos de la UE en los supuestos previstos en el art.24.2 de la Directiva. Precepto éste que, como expresó reiteradamente la jurisprudencia comunitaria, se configura como excepción al principio de no discriminación por razón de nacionalidad (art.24.1 Directiva 2004/38), y que el TJUE justifica en la actualidad (y, por tanto, la estima compatible con el reconocimiento de la Ciudadanía de la Unión por el TFUE) con carácter general en el sentido de que “es una *consecuencia inevitable* de la Directiva 2004/38 debido a la relación que estableció el legislador de la Unión en el art.7º de dicha Directiva entre la exigencia de recursos suficientes como requisito de residencia, por un lado, y la preocupación por no crear una carga para la asistencia social de los Estados Miembros, por otro” (Sentencia *Dano*,²²)

Comienza así una difusa jurisprudencia del TJUE que, en gran medida, replantea la que había utilizado en períodos anteriores. En efecto, en una primera etapa se orienta hacia la extensión del concepto de prestaciones especiales en metálico no contributivas limitando el de asistencia social. Posteriormente, incide

²¹ Recuérdese que las directivas de los años noventa del SXX condicionaban ya el derecho de residencia a los que no pueden ser considerados trabajadores a efectos del derecho de libre circulación, esto es, lo que genéricamente caben entender como económicamente no activos (Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia; Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, y Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes), a que no implicaran una carga para la asistencia social de los Estados de acogida

²² Sentencia de 11 de noviembre de 2014, Asunto C-333/13, apdo 77

en dotar a aquéllas de un significado amplio o extensivo con la finalidad de ampliar también los beneficiarios conforme al criterio amplio subjetivo del campo de aplicación de los REgltos de Coordinación y, en consecuencia, facilitar o garantizar el derecho a la libre circulación y de residencia de todos los ciudadanos nacionales de los Estados Miembros o, mejor expresado, limitar las legislaciones nacionales excluyentes del derecho a la protección social respecto de aquellas prestaciones que cabe entender incluidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho Comunitario. Lo que condujo a restringir la utilización por las legislaciones nacionales de un criterio nacional de residencia y apostando, tal y como ahora aparece configurado por las normas comunitarias, por un concepto comunitario de residencia “habitual” en el sentido del Reglto 883/2004²³ y, lo que es más importante a limitar (aunque no a excluir) el condicionante de residencia habitual nacional (normalmente ligada a un período de tiempo considerable) para causar derecho a este tipo de prestaciones en los Estados de acogida. Téngase en

²³ El Reglamento, tras su modificación por el Reglamento 987/2009, de 16 de septiembre, incluye una lista de criterios para determinar cuál es el Estado de residencia. Lista que, conformada a partir de la jurisprudencia del TJUE (por ejemplo, Sentencia de 25 de febrero de 1999, Asunto C-90/97, *Swaddling*), se advierte que es ejemplificativa o no exhaustiva y distingue entre los elementos relacionados con las características objetivas de la residencia habitual, tales como la duración y la continuidad de la presencia en el territorio de un Estado miembro, y los elementos que se aplican a la situación de la persona. Así, se listan: la situación de la familia (su situación familiar y los lazos familiares); la duración y continuidad de su presencia en el Estado miembro afectado; la situación en materia de empleo (la naturaleza y las condiciones específicas de la actividad ejercida, si la hay, en particular el lugar donde se ejerce habitualmente la actividad, la estabilidad de la actividad y la duración del contrato de trabajo); el ejercicio de una actividad no remunerada; en el caso de los estudiantes, su fuente de ingresos; el alojamiento, en particular su grado de permanencia; el Estado miembro en el que se considere que la persona tiene su residencia fiscal; las razones para el traslado; la voluntad de la persona, según se desprenda de todas las circunstancias.

Recuérdese que en la Sentencia *Swaddling*, se preguntaba: Cuando una persona ha trabajado y residido habitualmente en un Estado miembro, ha ejercido posteriormente el derecho a la libre circulación de los trabajadores para establecerse en otro Estado miembro en el que ha trabajado y fijado su residencia habitual, y, finalmente, regresa al primer Estado miembro para buscar trabajo, ¿es compatible con las exigencias del artículo 48 del Tratado de Roma el hecho de que el primer Estado miembro imponga un requisito de residencia habitual en ese Estado (que implica la existencia de un período considerable de residencia en el mismo Estado) para la concesión de una prestación estatal general no contributiva, sujeta a un requisito relacionado con los recursos económicos, y que tenga las características del complemento de ingresos (“income support”) británico?»

Sobre la duración del período de presencia, téngase en cuenta que el TJUE ha dicho que: “cuando un nacional de la Unión que residía en un primer Estado miembro contrae una enfermedad grave y repentina durante sus vacaciones en un segundo Estado miembro y se ve obligado a permanecer durante once años en ese Estado, como consecuencia de dicha enfermedad y de la disponibilidad de cuidados médicos especializados próximos al lugar en el que vive, debe considerarse que se encuentra en situación de «estancia» en ese segundo Estado miembro, ya que el centro habitual de sus intereses se sitúa en el primer Estado miembro. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar el centro habitual de los intereses de ese nacional apreciando todos los hechos pertinentes y teniendo en cuenta la voluntad de éste, tal como resulta de tales hechos, toda vez que la mera circunstancia de que dicho nacional haya permanecido en el segundo Estado miembro durante un largo período de tiempo no es suficiente, como tal y en sí misma, para considerar que reside en ese Estado”, Sentencia de 5 de junio de 2014, Asunto C-255/13.

cuenta que los criterios para determinar la residencia habitual son decisivos en el supuesto de los ciudadanos económicamente no activos que se desplazan desde su Estado de origen hacia otro Estado de acogida ²⁴

Prosigue el TJUE estimando que hay prestaciones *mixtas* que pueden ser prestaciones especiales no contributivas y asistencia social (sentencia *Skalka* ²⁵).

Y concluye la Jurisprudencia más actual utilizando un concepto de asistencia social no unitario o único, distinguiendo el que cabe atender en materia de Seguridad Social (a efectos de coordinación) y el que, por el contrario, deriva del Derecho Comunitario a efectos del derecho de libre circulación y de residencia. Diferencia en los conceptos que tiene como objetivo o finalidad dotarlo de un significado amplio y extensivo frente al que deriva de las normas comunitarias de coordinación en relación con la posibilidad de condicionar el acceso a estas prestaciones al cumplimiento de requisitos de residencia “legal” en el Estado Miembro; concepto o término, el de residencia legal, que ha de analizarse en los términos previstos en el Derecho Comunitario sobre libre circulación.

Se afirma así, en la actualidad (Sentencia *Brey*²⁶), por un lado, que el Reglamento 883/2004 no tiene por finalidad determinar los requisitos de fondo para causar derecho a las prestaciones no contributivas en metálico, correspondiendo al Estado Miembro establecerlos y, por otro, que son compatibles con el Derecho Comunitario las exigencias impuestas por las legislaciones nacionales de los Estados Miembros, en concreto, por los Estados de acogida, relativas a que los solicitantes de esas prestaciones (cuando no ejercen actividades económicas en su territorio) cumplan con el requisito de residencia *legal* en ese Estado conforme a

²⁴ Ver los ejemplos incluidos en la *Guía práctica sobre legislación aplicable en la Unión Europea* (también denominada de prueba de la residencia habitual), adoptada por la Comisión Europea en 2013, derivada de la Comunicación de la Comisión sobre "Libre circulación de los ciudadanos de la UE y sus familias" de 25 de noviembre de 2013, que la incluía entre las cinco acciones propuestas. Se puede acceder a la Guía en <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?type=0&policyArea=0&subCategory=0&country=0&year=0&advSearchKey=4944&mode=advancedSubmit&langId=es>

²⁵ Sentencia de 29 de abril de 2004, Asunto C-160/02. Se plantea en esta sentencia si el sr. Skalka nacional austriaco, beneficiario de pensión de vejez austriaca, y residente en Tenerife puede solicitar el “suplemento compensatorio” previsto por la legislación austriaca. Se le deniega porque el Sr. Skalka no reside en Austria y esa prestación no es exportable (recuérdese, como se dijo, que está prevista en el ANEXO X del Reglamento como prestación especial en metálico no contributiva). El TJUE estima que en tanto la función de esa prestación es “reconocer ingresos complementarios a los beneficiarios de prestaciones de seguridad social insuficientes, garantizando a quienes perciben ingresos totales por debajo del límite legal un mínimo de medios de vida”, tiene carácter de ayuda social. Por tanto, advierte el TJUE “dicha prestación se halla estrechamente relacionada con la situación económica y social del país de que se trate y su importe, fijado por la ley, tiene en cuenta el nivel de vida en dicho país. En consecuencia, su finalidad se vería frustrada si se concediera fuera del Estado de residencia”. Y, por otro lado, en cuanto su concesión se basa en criterios objetivos definidos por la ley, ha de calificarse como «prestación especial» en el sentido del Reglamento n° 1408/71

²⁶ Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Asunto C-140/12, apdo 41

las reglas nacionales sobre residencia derivadas del Derecho Comunitario de libre circulación²⁷.

En definitiva, el concepto de asistencia social a efectos de libre circulación no puede, concluye el TJUE, reducirse a las prestaciones sociales asistenciales excluidas del Reglamento 883/2004 puesto que ambas, estas prestaciones y las de asistencia social tienen la misma finalidad y éstas, las de asistencia social, se definen desde el Derecho Comunitario sobre libre circulación como “todos los regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, *puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas Públicas del Estado miembro de acogida*, que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado...” (Sentencia *Brey*, apdo61 y Sentencia *Dano*, apdo 63).

Es así como, asimilados ambos tipos de prestaciones y definidas en función del objetivo perseguido, la cobertura de una situación de necesidad, se opta por un concepto amplio de asistencia social, se configuran las prestaciones especiales no contributivas como una especie de la misma, de modo que quedan incluidas en el sistema de ayudas sociales o de asistencia social del Estado Miembro de que se trate, en concreto, del Estado de acogida y, en definitiva, permiten que las restricciones o limitaciones impuestas a los nacionales de otros países residentes en el Estado de acogida puedan analizarse desde la perspectiva de la Directiva 2004/38.

Si, como parece derivarse de la jurisprudencia actual del TJUE, una prestación especial no contributiva (como por ejemplo, el seguro básico alemán, incluido por Alemania en el Anexo X del Reglto de Coordinación) en el sentido del Reglto 883/2004 puede estar comprendida también en el concepto de asistencia social de la Directiva 2004/38, resulta que habrá que analizar si las restricciones impuestas por el Estado de acogida en el acceso a las prestaciones de asistencia social son compatibles con el Derecho Comunitario cuando aquél aduce o justifica

²⁷ Es criticable la utilización en esta sentencia del criterio de residencia legal en el Estado Miembro de acogida como requisito que, si utilizado, es compatible con el Reglto 883/2004 cuando quien solicita prestaciones sociales es un ciudadano de la Unión que no ejerza actividades económicas ; y, más aún, que se apoye en la doctrina tradicional (sentencias *Martinez Sala*, *Grzelczyk*, *Trojani*...), cuando en estas sentencias el concepto de “residencial legal” en ese Estado se analiza desde su compatibilidad con el Tratado Originario que reconoce un derecho a residir en los Estados Miembros. Y, lo que es más importante, se expresa que si analizado el caso concreto el sujeto no cumple el requisito previsto en la Directiva 2004/38 para disponer del derecho de residencia legal en el sentido de esta norma (en especial, para los sujetos económicamente no activos, a los que se exige suficiencia de recursos), el Estado de acogida podría iniciar un procedimiento de expulsión pero ello no implica automáticamente la exclusión de esas prestaciones sociales de subsistencia, que queda sometida al test o criterio de proporcionalidad.

que el ciudadano de la UE representa una carga excesiva para su sistema de asistencia social por el solo hecho de solicitar esa prestación porque se condiciona el derecho de residencia al requisito consistente en disponer de recursos suficientes “para no solicitar” la prestación asistencial. En este sentido, adviértase, aun cuando volvamos más adelante sobre esta cuestión, que el TJUE en la Sentencia *Brey* estima que un Estado miembro no puede excluir automáticamente de esta prestación a los ciudadanos económicamente no activos puesto que la solicitud no es demostración efectiva de que es una carga excesiva; podría ser un indicio, en efecto, pero las autoridades nacionales no pueden deducir tal conclusión sin haber procedido a una apreciación global de la carga que supondría concretamente la concesión de dicha prestación sobre todo el sistema nacional de asistencia social en función de las circunstancias individuales que caracterizan la situación del interesado

Pero, como analizamos a continuación, de la Jurisprudencia actual del TJUE no se deduce una solución global, general, para todos los casos planteados en relación con la denegación por Estados miembros de acogida de prestaciones asistenciales a quienes son ciudadanos de la UE residentes en su territorio porque desde la perspectiva del derecho a la libre circulación y residencia se han utilizado hasta el momento dos conceptos de asistencia social que definen cuando menos dos conceptos de ciudadano de la UE económicamente no activo. Por un lado, el que identifica la asistencia social con una prestación de garantía de subsistencia y, en este caso, ligada a la situación de quien reside en un Estado Miembro y no demuestra ninguna intención de trabajar (incluidas por tanto en la excepción del derecho a la igualdad en los términos del art.24.2 Directiva 2004/38); por otro, el que la concibe como una prestación de naturaleza financiera orientada a facilitar el acceso al mercado laboral de un Estado miembro (Sentencia *Vatsouras y Koupatantze*²⁸) y que, en consecuencia, se une o relaciona con la situación de aquellos ciudadanos que tampoco son económicamente activos pero buscan activamente empleo en el Estado miembro de acogida, conforme a la interpretación que quepa respecto del concepto de trabajador a efectos del Reglamento 492/2011 y, en consecuencia, del art.45 y ss del TFUE.

Esta situación que limita el margen de los Estados miembros en la configuración de los requisitos de acceso a las prestaciones asistenciales se intenta solventar a través de la propuesta al TJUE de una solución definitiva que resuelva sobre la naturaleza de esas *prestaciones asistenciales orientadas a facilitar el acceso al empleo*.

²⁸ -Sentencia de 4 de junio de 2009, asuntos acumulados C-22/08 y 23/08, en la que el TJUE estima que no pueden considerarse prestaciones de asistencia social en el sentido del art.24.2 de la Directiva 2004/38 y, por tanto, no pueden excluirse de ellas, las que son económicas y que, *independientemente su calificación en la normativa nacional*, “están destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo”.

Esta doble perspectiva es la que por ahora cabe entender que es la situación compleja que hay en el contexto comunitario y es el punto de partida para analizar si las prestaciones básicas orientadas a la cobertura de situaciones de necesidad pueden ser limitadas (y hasta qué extremo) por la legislación nacional interna del Estado de acogida. Esta cuestión se ha presentado reiteradamente al TJUE y en concreto, en relación con las prestaciones del seguro básico alemán (que, recuérdese, están incluidas en el Anexo X del Rglto 883/2004), se ha solicitado por Alemania en el Asunto C-67/2014, *Alimanovic*, que se pronuncie sobre el carácter de esa prestación concreta en relación con el Derecho Comunitario porque, en función de la solución que adopte el Tribunal, este país procederá a regular esas prestaciones de modo más o menos restrictivo en función de la situación concreta que tenga el ciudadano de la UE y su vinculación más o menos directa, pasada o futura, con su mercado de trabajo. El Abogado General, en sus conclusiones presentadas el 26 de marzo de 2015 propone una solución al TJUE en torno al objetivo perseguido por esa prestación, y no en relación con los criterios de atribución (calificando como tales, entre otros, los que impone la legislación nacional alemana relativos a la aptitud para trabajar, la edad y la necesidad); lo que le lleva a concluir que en el supuesto hay que concluir que, en caso de que se considerara que esas prestaciones persiguen un doble objetivo, garantizar la cobertura de necesidades elementales, por un lado, y facilitar el acceso al mercado de trabajo), ha de centrarse en su *función preponderante*, que, a su juicio, afirma “es indiscutiblemente, garantizar los medios de subsistencia necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana” (apdo 72 de las Conclusiones Generales)

Lo que, a la postre, exige analizar el concepto de ciudadano de la UE, económicamente activo y no activo, desde la perspectiva del derecho de acceso a estas prestaciones porque en función de cuál sea el significado que quepa otorgar a esos términos se justificará de forma más o menos restrictiva la exclusión de las prestaciones de asistencia social en relación con las normas comunitarias sobre libre circulación.

4. CIUDADANO ECONÓMICAMENTE ACTIVO Y DERECHO A LAS PRESTACIONES ASISTENCIALES

Como quiera que, según avanzamos en páginas anteriores, el derecho de residencia derivado del estatuto jurídico-formal de Ciudadanía de la Unión no es absoluto ni homogéneo, sino que su extensión deriva de la solvencia económica del sujeto nacional de un Estado que desea hacer uso de ese derecho en otro Estado Miembro, se ha planteado reiteradamente cuál es el concepto de trabajador como sujeto a quien alcanza la dimensión económica del derecho de libre circulación y con él la instrumentalización del derecho a la protección social

como mecanismo de remoción de obstáculos que pudieran limitar o restringir el ejercicio efectivo de ese derecho.

Pero resulta que el concepto de trabajador adquiere una doble dimensión en el ámbito de la Unión Europea (es un concepto, como dice el TJUE no unívoco; así en la Sentencia *Martínez Sala*²⁹), una a efectos de la coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, prevista inicialmente en el Reglamento 1408/71 y en sus posteriores modificaciones hasta el actual texto consolidado del Reglamento 883/2004. Otra, a efectos del derecho de libre circulación y de residencia conforme al Reglto inicial 1612/68 y posteriores, en concreto, en relación con el actual Rglto 492/2011.

Desde la primera vertiente, pudiera decirse que en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social se ha avanzado hasta el punto de que es un concepto relacionado con el ámbito de aplicación personal del Reglamento comunitario, a saber, “a los que se apliquen las normas jurídicas sobre Seguridad Social de un Estado miembro”, sin que se limite a las personas que realizan una actividad económica. Dicho de otro modo, trabajador a estos efectos es toda persona que esté asegurada en un sistema de seguridad social, con independencia de que sea parte o no de una relación laboral, extendiéndose hoy a todos los nacionales de los Estados miembros a los que se apliquen las normas jurídicas sobre Seguridad Social de un Estado Miembro. Lo que, como dijimos en el epígrafe anterior, influyó en el concepto de prestaciones de Seguridad Social a efectos de coordinación de los diferentes sistemas, que el TJUE ha ido analizando desde la perspectiva de si la legislación interna de cada uno de los Estados Miembros puede imponer cláusulas de residencia o requisito de residencia para la concesión de aquéllas que tienen un carácter mixto, de Seguridad Social y de asistencia social; requisito avalado por el TJUE, es cierto, pero desde el sistema de coordinación impone un requisito de residencia comunitario en relación con el vínculo real y efectivo (y razonable) con el Estado de acogida

Por lo que refiere al concepto de trabajador a efectos de derechos a la libre circulación y residencia y reconocimiento del derecho a las ventajas sociales a las que, como ya refiriera el Reglamento de 1968 (art. 7, apartado 2), recuérdese que las normas comunitarias reconocen un derecho pleno a la igualdad respecto de los trabajadores nacionales del Estado de acogida.

Desde esta perspectiva, el TJUE amplía el concepto a efectos de reconocimiento de las prestaciones asistenciales que, como acabamos de ver en el apartado anterior, se considera que están incardinadas en el de “ventajas sociales”.

Es cierto que en su primera jurisprudencia el TJUE utilizó un criterio estricto de trabajador en materia de igualdad de trato en el acceso a las prestaciones

²⁹ STJUE de 12 de mayo de 1998, Asunto C-85/96

sociales y, por tanto, refería sólo a quienes cabe calificar como tales, es decir, a quien se desplazan para realizar una actividad económica a otro Estado Miembro. En este sentido, en la Sentencia *Lebon*³⁰ declaró que la igualdad de trato en lo que se refiere a las ventajas sociales (art.7º.2 Rglto) beneficia sólo a los trabajadores, es decir, a los que ocupan un empleo en el territorio de otro Estado Miembro, porque ello “contribuye a la integración de los trabajadores migrantes en el medio laboral del país de acogida de conformidad con los objetivos de la libre circulación de los trabajadores”. Quedaban, por tanto, excluidos del concepto de trabajador a efectos de libre circulación y derecho a la igualdad en el acceso a las prestaciones sociales, ventajas sociales, quienes se desplazan para buscar empleo, expresando el TJUE entonces que éstos, los demandantes de empleo, sólo se beneficiarían de la igualdad de trato para acceder al mismo.

Varias cuestiones derivadas de las apreciaciones anteriores surgen inmediatamente y que requieren nuestra atención.

Al margen ahora del concepto de “demandante de empleo” a estos efectos, debe advertirse que el término trabajador desde la perspectiva del derecho a la libre circulación y de residencia se amplía progresivamente por el TJUE, atendiendo también a quienes realizan trabajos marginales o a tiempo parcial, es decir, a quienes con carácter general cupiera definir como trabajadores precarios.

Es sumamente ilustrativa la Sentencia *Vatsouras y Kouptantze*³¹, en la que, con cita de otras resoluciones del TJUE, confirma que el concepto de trabajador a efectos de libre circulación en la UE tiene un alcance comunitario y ha de interpretarse ampliamente. De modo que 1) ha de ejercer actividades reales y efectivas, con exclusión de actividades a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio³², aunque una actividad de corta duración no puede por sí sola excluirla del ámbito de aplicación del Derecho comunitario; 2) A cambio de esa actividad ha de recibir una retribución, si bien ni el nivel limitado de

³⁰ -Sentencia TJUE de 18 de junio de 1987, Asunto C-316/85.

³¹ -Sentencia TJUE de 4 de junio de 2009 Asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08. Se trata del supuesto de dos ciudadanos de nacionalidad griega que realizan en Alemania trabajos breves; mientras realizan esas actividades solicitan una prestación en favor de demandantes de empleo; se les deniegan porque las autoridades alemanas consideran que no tenían la categoría de trabajador en el sentido del hoy art.45 TFUE.

³² Veáse por ejemplo, Sentencia *Trojani*, de 7 de septiembre de 2004, Asunto C-456/02, en un supuesto de persona que solicita la ayuda social “minimex” en Bélgica cuando no había trabajado nunca en ese país, si bien había estado residiendo en un albergue del Ejército de Salvación a cambio de prestar servicios diversos en el mismo en el marco de un proyecto individual de reinserción socioprofesional, por los que recibía además una pequeña remuneración para sus gastos. A los efectos aquí analizados en estos momentos, adviértase que el TJUE efectivamente declara que el ciudadano de la UE no es trabajador porque su actividad no es económica real y efectiva. Eso no quiere decir, como se verá posteriormente, que no haya que estimar que ese ciudadano tiene un derecho de residencia derivado directamente del TFUE.

la retribución ni el origen de los recursos para esta última pueden tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de «trabajador» a efectos del Derecho comunitario, añadiendo que el hecho de que los ingresos de una actividad por cuenta ajena sean inferiores al mínimo vital no impide considerar a la persona que la ejerza como trabajador con arreglo al artículo 45 TFUE, aunque esta persona trate de completar la remuneración percibida con otros medios de vida, como una ayuda económica procedente de fondos públicos del Estado de residencia. Siendo ello así, concluye el TJUE, esos ciudadanos han de entenderse también comprendidos en el concepto de trabajador a efectos de acceso a prestaciones sociales en caso de que hagan uso de su derecho a la libertad de circulación y residencia en otro Estado diferente al de su nacionalidad³³.

Son muchas las cuestiones que se plantean en el ámbito del Derecho Comunitario (entre otras, por citar algunas, las relativas a los derechos de los hijos de inmigrantes trabajadores o la posible distinción entre trabajadores migrantes y transfronterizos³⁴) y es cierto que el TJUE amplía el concepto de trabajador (ciudadano económicamente activo) a efectos del derecho a acceder a las prestaciones sociales en caso de uso de su derecho a la libre circulación y residencia a partir de un concepto, el de *vínculo real y efectivo* con el Estado de acogida, que es el que define el marco o contexto social y económico de las legislaciones nacionales a estos efectos. Vínculo que podríamos definir como “económico inmediato” cuando el desplazamiento a ese Estado tiene como motivo ejercer una actividad económica y se ejerce efectivamente, es decir, cuando se desarrolla un trabajo real y efectivo, en el sentido utilizado por el TJUE, en el territorio del Estado de acogida.

Pero de forma inmediata conecta con la valoración que haya que hacer desde el Derecho Comunitario cuando quien ha sido trabajador comunitario deja de prestar actividad, ese trabajo, en el Estado de residencia y, en consecuencia, si a efectos de libre circulación y de residencia y, por tanto, a efectos de acceso a las prestaciones sociales, pueden considerarse que mantienen o no la condición de

³³ Lo que, por el contrario, contradicen las medidas legales nacionales que restringen el concepto de trabajador (en particular, condicionando económicamente el concepto de actividad real y efectiva) con el objetivo de limitar el acceso a las prestaciones sociales. Véase, ANDERSON, B., SHUTES, I., WALKER, S.: Report on the rights and obligations of citizens and non-citizens in selected countries Principles of eligibility underpinning access to state territory, citizenship and welfare, <http://beucitizen.eu/wp-content/uploads/D10.1-Report-on-the-rights-and-obligations-of-citizens-and-non-citizens-in-selected-countries.pdf>, pág. 43 y ss

³⁴ Véase LIROLA DELGADO, I.: “Derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y prestaciones sociales en tiempo de crisis: ¿Hacia un planteamiento casuístico y ambiguo de la solidaridad entre Estados Miembros”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.49, 2014, pág. 747, que analiza alguna sentencia del TJUE sobre trabajadores transfronterizos, en la que se indica que un trabajador fronterizo no siempre está integrado en el Estado de empleo de la misma manera que lo está un trabajador residente en tal Estado, rompiendo por tanto la igualdad de tratamiento entre trabajadores y aproximando la situación de los trabajadores transfronterizos a la de los inactivos económicamente

“trabajador”. A partir de esta situación se requiere una mayor concreción y valoración de los condicionantes y requisitos que pudiera imponer el Derecho Derivado comunitario y la legislación nacional del Estado de acogida para exigir un vínculo con ese Estado y, en consecuencia, valorar si esos condicionantes son compatibles con el Derecho Comunitario y, más en concreto, con el estatus de ciudadanía de la Unión previsto en el Tratado Originario.

La pregunta relacionada con el vínculo económico, con el que pudiera entenderse como vínculo real con el mercado de trabajo, se resuelve en parte por el Derecho Comunitario en la Directiva 2004/38, cuyo artículo 7º.3 amplía el derecho de residencia y, por tanto, el de igualdad por razón de nacionalidad a efectos de solicitud de las prestaciones sociales, a quienes han sido trabajadores en activo y ya no prestan actividad por alguna de las situaciones previstas en el precepto citado: incapacidad temporal o paro involuntario, entre otras ³⁵.

Es esta situación, la de *desempleado involuntario* (referido, ante la ausencia de un concepto comunitario, a quien presta servicios en el Estado de acogida, pierde involuntariamente un empleo, es apto para trabajar y busca activamente otro como demandante de empleo), la que nos permite enlazar con un concepto más amplio, el de “ciudadano económicamente no activo”, y describir la situación compleja, y no exenta de dificultad comprensiva, de las muchos y variados casos que pueden quedar comprendidos en esa expresión y a los que, como a continuación se indica, no cabe otorgar una solución única y global desde la vertiente del Derecho Comunitario, y desde su interpretación y aplicación por el TJUE, a partir de la inclusión en el Derecho Originario del estatuto de Ciudadanía

³⁵ Art.7º.3 Directiva 2004/38/CEE, el ciudadano de la Unión que ya no ejerza ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia mantendrá la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en los siguientes casos: a) si sufre una incapacidad laboral temporal resultante de una enfermedad o accidente; b) si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo; c) si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. En este caso, la condición de trabajador **se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses**; d) si sigue una formación profesional. Salvo que se encuentre en situación de paro involuntario, el mantenimiento de la condición de trabajador exigirá que la formación guarde relación con el empleo previo.

En definitiva, si se mantiene la situación de trabajador, se reconoce el derecho a mantener la residencia por más de tres meses y durante ese tiempo también su derecho a acceder a las prestaciones asistenciales del Estado de acogida.

Precepto transcrito en nuestra legislación, vid. Art.7º RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE (en la redacción dada por el R.D-Ley 16/20012, de 20 de abril); la norma reglamentaria se desarrolla por Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2004, 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.

de la Unión y la compatibilidad con el Tratado de Funcionamiento de la UE (art.18 y ss) del Derecho Derivado sobre libre circulación y residencia de los requisitos impuestos por las legislaciones nacionales en lo que refiere al acceso a las prestaciones sociales de los ciudadanos de la UE en los Estados Miembros de acogida.

5. CIUDADANO ECONÓMICAMENTE NO ACTIVO Y CONDICIONANTES ECONÓMICOS DEL DERECHO A ACCEDER A PRESTACIONES ASISTENCIALES

En relación con los ciudadanos económicamente no activos y su derecho a las prestaciones sociales entendidas, en sentido amplio, como garantía de medios de subsistencia necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana, debe partirse de la jurisprudencia del TJUE en torno al efecto directo del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión previsto en el art.21 TFUE, de la que se dio cuenta en páginas anteriores, entre otras Sentencias *Baumbast, Trojani.*, en las que se afirma que el derecho de residencia y, en su caso, el principio de igualdad de trato por razón de nacionalidad deriva del estatuto de ciudadanía de la unión. Lo que cabe entenderse en el sentido de que el TFUE no exige que los ciudadanos de la unión ejerzan una actividad profesional para poder disfrutar de ese derecho.

No obstante ese efecto directo, el TJUE no declara incompatibles con el Tratado las limitaciones o restricciones que puedan imponerse al derecho de residencia y, en consecuencia, al acceso de las prestaciones sociales para quienes no pueden justificar un vínculo económico directo con el Estado de acogida que garantizan o salvaguardan el interés legítimo de los Estados miembros. Restricciones o limitaciones admitidas por el Derecho Derivado comunitario y llevadas a la práctica por las legislaciones nacionales que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, quedan sometidas a un estricto escrutinio a través del criterio de *proporcionalidad*. Lo que requiere analizar progresivamente, primero, si la medida legal (limitación o restricción en el acceso a esas prestaciones) es un objetivo legítimo; legitimidad que el TJUE deriva de la propia Directiva 2004/38, a saber, la sostenibilidad de los sistemas estatales de protección social. Segundo, si la medida adoptada es adecuada para conseguir el objetivo que se pretende, lo que llevaría a analizar el impacto real sobre esos sistemas de la concesión de tales prestaciones. Tercero, si la medida es proporcional en sentido estricto, es decir si no hay una medida alternativa menos restrictiva del derecho de residencia que pudiera garantizar el objetivo perseguido con la misma o similar efectividad ³⁶.

³⁶ DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI, T.: “El derecho de residencia como derecho a tener derechos en los sistemas políticos compuestos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.87, 2009, pág.12, que, entre otras posibilidades, plantea la de que se pudiera garantizar la sostenibilidad del

Criterio o principio de proporcionalidad que ha de ser utilizado porque la restricción permitida en la Directiva 2204/38 (art.24.2) y, en su caso, la que pudiera imponer la legislación nacional es una excepción al (no concreciones del) derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso a esas prestaciones entre nacionales del Estado y no nacionales de ese Estado pero a los que cabe conferir el estatuto de Ciudadano de la Unión y, en consecuencia, ha de ser interpretada restrictivamente. Interpretación que hay que extender a los supuestos legales nacionales en los que no se excluye automáticamente a los ciudadanos económicamente inactivos de esas prestaciones pero se les exige una residencia continuada en el Estado de acogida aun cuando, recordemos, el TJUE haya dicho que (Sentencia *Collins*³⁷) el derecho a la igualdad de trato en el acceso a las prestaciones sociales no se opone a una normativa nacional que supedita la concesión de una prestación económica de subsistencia a un requisito de residencia, siempre que este requisito se justifique sobre la base de *consideraciones objetivas*, independientes de la nacionalidad de las personas interesadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional. Argumentación del TJUE que le permite diferenciar, aunque sólo sea aparentemente, entre el establecimiento de diferencias de trato por razón de nacionalidad y las diferencias vinculadas a la residencia también en este caso justificadas en torno al objetivo de que el nacional de otro Estado que se desplaza a otro no se convierta en una carga excesiva para el sistema nacional de asistencia social; en el fondo los requisitos sobre la residencia no parece que sean otra cosa que una diferencia basada en la nacionalidad y, en consecuencia, ello haya exigido al TJUE en los últimos razonar sobre la discriminación indirecta por razón de nacionalidad en los casos en los que se imponga requisitos que pudieran considerarse excesivos en el régimen de residencia (Sentencia *Prete*³⁸)

La consideración objetiva que justifica el requisito de residencia es la demostración de que hay un vínculo suficiente y efectivo, aun cuando ése no sea económico directo, entendiendo por tal el de quien se traslada a otro país de la Unión para prestar efectivamente trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. Es así como la jurisprudencia del TJUE permite distinguir un vínculo económico, directo o indirecto o mediato (en cualquier caso un vínculo con el mercado laboral) y un vínculo que pudiera entenderse social derivado de la integración en la sociedad del Estado de acogida.

sistema disminuyendo las prestaciones para todos en lugar de excluir totalmente de las mismas a unos pocos.

³⁷ Sentencia de 23 de marzo de 2004, Asunto C-138/02

³⁸ Sentencia de 25 de octubre de 2011, Asunto C-367/2011. Véase SERRANO GARCÍA, M^a.J.: “La libre circulación de ciudadanos de la UE y derechos que la acompañan”, *Revista Derecho Social*, núm.61, 2013

En relación con el vínculo económico indirecto o mediato, habría que distinguir varias situaciones.

5.1. *Desempleado o parado involuntario*

Asimilados por la propia legislación comunitaria en materia de libre circulación y de residencia quedan aquellos trabajadores que, entre otras situaciones, quedan en situación de desempleo o paro involuntario, puesto que la Directiva 2004/38, art.7º, como vimos, exige de ellos que se inscriban en el servicio de empleo competente “con el fin de encontrar un trabajo”, es decir, con la voluntad manifiesta de búsqueda activa de empleo.

En relación con la situación de paro involuntario, podríamos referir la de quien ha sido trabajador en sentido comunitario en el Estado de acogida, reside desde hace más de tres meses en el territorio de ese Estado pero ha transcurrido un tiempo excesivo para considerar que pueda estar incluido en la de parado o desempleo involuntario a los efectos del art.7º Directiva 2004/83, es decir, cuando pierde la condición de trabajador a estos efectos porque ha transcurrido el período previsto en el precepto en el que puede mantenerla (al menos 6 meses cuando concluye un trabajo de duración determinada inferior a 1 año o queda en paro involuntario durante los primeros 12 meses). El Estado de acogida puede haber traspuesto literalmente este precepto de la Directiva y, por tanto, estimar que en ese caso pierde el ciudadano europeo su derecho de residencia como “trabajador” y su derecho a acceder a las prestaciones de asistencia social desde esa condición. Es éste el supuesto que se plantea en el asunto C-67/14 *Alimanovic*, que refiere a una nacional sueca que vivía en Alemania; abandona ella y sus hijos (que habían nacido en Alemania) el territorio alemán entre 1999 y 2010; se desplazan de nuevo en junio de 2010 a Alemania, realiza allí trabajos de duración inferior a 1 año en el ámbito de empleos de corta duración o de medidas de promoción de empleo y desde mayo de 2011 no ejerce ninguna actividad. De acuerdo con la legislación alemana (coincidente con la Directiva 2004/38, art.7º), mantiene la condición de trabajadora a estos efectos durante seis meses y en ese período percibe las prestaciones de subsistencia para beneficiarios aptos para trabajador. Transcurridos esos seis meses (31 de mayo de 2012), se suspende la concesión de las prestaciones porque desde ese momento cabe entender que perdió la condición de trabajadora en el sentido de la legislación nacional alemana, sólo puede ser considerada demandante de empleo y, en consecuencia, exclusivamente puede justificar su residencia en Alemania por el hecho de buscar empleo, lo que, según la norma alemana, permite su exclusión automática del derecho a las prestaciones de subsistencia.

¿En qué situación se encuentra la Sra. Alimanovic en relación con el derecho a acceder a una prestación que, como la alemana, persigue un doble objetivo, garantizar la cobertura de necesidades elementales y facilitar el acceso al mercado de trabajo?. ¿Es posible entender que aún en esa situación, de demandante de empleo, cabe un examen personalizado que permita valorar si la solicitud de la prestación es sostenible para el sistema de asistencia social del Estado de acogida?. ¿Cabría en esta situación aplicar también el criterio de proporcionalidad de la medida adoptada en relación con la demostración de la existencia de un vínculo real con el Estado miembro de acogida?

Para dar respuesta a ese supuesto, analizamos a continuación la situación general de quienes pueden ser considerados demandantes de empleo y, en su caso encajar, este supuesto concreto.

5.2. *Demandante de empleo*

La situación de quien accede al Estado de acogida con la voluntad de buscar activamente empleo exige, a nuestro juicio, una valoración equilibrada entre los ciudadanos económicamente activos y no lo activos, que requiere analizar en primer lugar si hay un concepto comunitario de solicitante o demandante de empleo a estos efectos.

Resulta que las normas comunitarias y la mayoría de las legislaciones nacionales³⁹ (en este sentido, España es un ejemplo) no formulan en sentido positivo un derecho de residencia específico en relación con los demandantes de empleo, ni su alcance ni su contenido. Así, el Reglamento de libre circulación 492/11 ninguna mención hace a ellos, salvo que entre los derechos que reconoce a los trabajadores comunitarios está el de acceso al empleo y, en consecuencia, podría incluirse el relativo a la búsqueda activa de trabajo en el país de acogida. Y la Directiva 2004/38 tiene una referencia episódica en dos preceptos, en su artículo 7º.3.b) y c) para referirlo al supuesto concreto de quienes se inscriben en el servicio público de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo cuando el trabajador queda en paro involuntario debidamente acreditado (por tanto, como situación derivada de la previa de haber realizado un trabajo en el Estado de acogida); y en su artículo 24.2 para, sin referencia expresa, y en relación con su artículo 14, determinar que pueden excluirse las prestaciones sociales asistenciales durante el tiempo que dure la situación de desempleado, aun cuando no puedan ser expulsados del territorio del Estado de acogida si pueden

³⁹ Ver algún ejemplo de la trasposición de la Directiva en el número monográfico de la RMESS, 2014; en especial, Gran Bretaña y España

demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados.

En la actualidad, por tanto, el concepto de demandante de empleo queda a la determinación de los Estados Miembros pero del Derecho Comunitario cabe inferir un rasgo común a efectos de libre circulación y residencia y acceso a prestaciones sociales de subsistencia. A saber, podríamos entender por tal el que se desplaza al territorio de los Estados miembros para *buscar real y efectivamente empleo* en el país de acogida.

Esa condición, la de búsqueda activa de empleo, se revela trascendental para solucionar los muchos supuestos y ha permitido hasta la fecha al TJUE concederles un estatus intermedio (entre ciudadanos económicamente activo y ciudadanos económicamente inactivos), declarando que los solicitantes de empleo quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del art.45 TFUE (relativo a la libre circulación de trabajadores) y, por tanto, a ellos se extiende también el derecho a la igualdad de trato en todos los aspectos relativos al acceso al empleo⁴⁰ cuando la prestación que solicita en el Estado de acogida puede entenderse que es financiera destinada a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de ese Estado Miembro; prestaciones que, como se indicó más arriba, quedan excluidas del concepto de asistencia social a los efectos del art.24.2 Directiva 2004/38 y, por tanto, también quedarían al margen de las que puede denegar el Estado de acogida a los demandantes activos de empleo. Esta jurisprudencia del TJUE que, conviene resaltarlo, refiere a la finalidad de la prestación concreta con independencia de la calificación que sobre ella haga la normativa nacional, esto es, orientada sobre un criterio teleológico⁴¹, pudiera ser replanteada en breve, en función de lo que resuelva el TJUE en el Asunto *Alimanovic* (Asunto C-67/14), al que ya nos hemos referido más arriba.

En el fondo está la cuestión relativa a si en el supuesto de demandantes de empleo cabe apreciar que hay vínculo real con el Estado Miembro de acogida, y si este vínculo puede calificarse como económico, aunque sea mediato o indirecto,

⁴⁰ Véase, entre otras, Sentencia *Vatsouras y Koupatantze*, sentencia de 4 de junio de 2009, Asunto C-22/08 y 23/08; Sentencia *Prete* (sentencia de 25 de octubre de 2012, Asunto C-367/11), en la que se analiza la compatibilidad con el Derecho Comunitario de la normativa belga que regula la concesión de un subsidio a favor de los jóvenes que hayan finalizado sus estudios y estén buscando su primer empleo, destinado a facilitar el paso de éstos de la enseñanza al mercado laboral y denominado «subsidio de espera». Se trata en el caso de nacional francesa que estudia, se casa en Bélgica y establece su residencia en ese país. Bélgica le deniega la prestación porque la solicitante no ha cursado en Bélgica los estudios durante el tiempo solicitado (6 años) y el TJUE estima que hay una *discriminación indirecta* porque se valora mucho un elemento (el de los estudios) que no es necesariamente representativo de la vinculación real y efectiva de la solicitante con el mercado geográfico nacional.

⁴¹ LIROLA DELGADO, I. : “El derecho de residencia....” cit., pág.749

para determinar si la exclusión de la prestación responde a una razón objetiva, legítima, razonable y proporcional.

No se trata, por tanto, y esto es sumamente importante, que haya que reconocer siempre y en cualquier situación a los demandantes de empleo el acceso a las prestaciones sociales que tienen como finalidad la inserción en el mercado de trabajo del Estado de acogida (y a su vez pudieran considerarse que tienen como objetivo la garantía de subsistencia para quien tiene o sufre una situación de necesidad), sino, bien diferente, que se pueda exigir por ese Estado que exista un vínculo real entre el ciudadano demandante de empleo y su mercado laboral o su entorno geográfico laboral, pero, a su vez, condicionándolo desde el Derecho Comunitario a la constatación, entre otras circunstancias, de que la persona ha buscado empleo de manera efectiva y real durante un período razonable⁴²; o que ha residido en un Estado de miembro, precisando al respecto que si se exige un período de residencia para que se cumpla el requisito del vínculo, dicho período no debe ir más allá de lo necesario para que las autoridades nacionales puedan asegurarse de que el interesado busca realmente empleo en el mercado laboral del Estado miembro de acogida; o, en fin, el contexto familiar en el que se encuentre el solicitante de la prestación, es decir, la existencia de vínculos estrechos, especialmente de naturaleza personal, con el Estado miembro de acogida, en concreto cuando se desplaza a su territorio del Estado de acogida para establecer en él su residencia conyugal tras haberse casado con un nacional de ese Estado⁴³, o cuando se constata que los hijos están escolarizados en el Estado de acogida, lo que contribuye, expresa el TJUE, a generar un *vínculo durable* entre el solicitante y su nuevo Estado miembro de establecimiento, incluido el mercado laboral de éste; o, en fin, el desempeño de un trabajo en el pasado en el Estado de acogida o el hecho de haber encontrado un nuevo trabajo con posterioridad a la presentación de la solicitud para obtener prestaciones sociales. Datos, todos ellos, que “neutralizan” otros posibles requisitos solicitados por los Estados miembros para conceder esas prestaciones asistenciales que, a juicio del TJUE, puedan entenderse que tienen un carácter demasiado general y exclusivo, “en la medida en que pudiera sobrevalorar indebidamente un elemento que no es necesariamente representativo del grado real y efectivo de vinculación entre el solicitante de los subsidios y el mercado geográfico de que se trate” y, por tanto, vayan más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido. (Sentencia *Prete*, citada por el Abogado General en el asunto *Alimanovic*)

¿Qué período de residencia se puede exigir para que no vaya más allá del necesario para que las autoridades nacionales puedan asegurarse de que el interesado busca realmente empleo en el mercado laboral del Estado de acogida?-

⁴² Así lo expresan, entre otras, las Sentencias *Vatsouras* (apdo 40), *Collins* (apdo 70)

⁴³ Sentencia *Prete*, apdos 46-48, 50

¿Cómo se puede comprobar ese vínculo?. ¿Hay algún criterio general al respecto o, por el contrario, queda a la valoración individual del caso concreto planteado ante el TJUE?.

Decíamos que la cuestión no está cerrada porque siguen planteándose supuestos al TJUE en relación a legislaciones nacionales que limitan o restringen el acceso a las prestaciones asistenciales a quienes se desplazan al territorio del Estado de acogida y sólo pueden justificar su residencia como demandantes de empleo; cuestiones abiertas que penden sobre asuntos actuales que pudieran ser retroceso o contención de la jurisprudencia expansiva del TJUE⁴⁴, que en el fondo plantean de nuevo la cuestión abierta sobre el modelo de solidaridad transnacional europeo, que no se basa en un derecho universal a la protección social derivada de la ciudadanía europea sino en un derecho de residencia limitado por las restricciones que imponen los Estados Miembros a las prestaciones asistenciales cuando el ciudadano europeo no es económicamente sostenible para el erario público del Estado de Acogida.

En este sentido, en el Asunto C-67/14, Caso *Alimanovic*, el Abogado General⁴⁵ razona sobre la que denomina *diferencia objetiva* de situación entre sujetos que podrían entenderse comprendidos en el término “demandantes de empleo”, los nacionales que buscan un primer empleo (demandantes de primer empleo) en el territorio del Estado miembro de acogida y quienes ya accedieron a ese mercado y lo perdieron hace tiempo (desempleados de larga duración); diferencia que tiene como finalidad convencer al TJUE para que replantee su jurisprudencia favorable a la inclusión de los demandantes de empleo (desplazados en busca de primer empleo) entre los sujetos a los que cabe reconocer el derecho de residencia y el acceso a prestaciones asistenciales del Estado de acogida. El Abogado General se basa en la Sentencia *Collins* para establecer la diferencia cuando, a nuestro juicio, en esta resolución el TJUE no dijo que era admisible la exclusión automática por parte del Estado de acogida (en el supuesto, Reino Unido) del subsidio para los demandantes de empleo, sino que, aspecto bien diferente, el Estado tenía derecho a indagar si había vínculo real entre las personas que solicitan su subsidio y su mercado de trabajo (apdo 71) y, aún más, que si bien “un requisito de residencia es adecuado, en principio, para garantizar el citado vínculo, para ser proporcionado no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo. Más concretamente, su aplicación por parte de las autoridades nacionales debe basarse en criterios claros y conocidos de

⁴⁴ En la actualidad la Comisión ha interpuesto (el 27 de junio de 2014) un recurso contra Gran Bretaña por imponer en su legislación a quienes se desplazan a su territorio el requisito de que tenga derecho a residir en el Reino Unido para ser residente a efectos de solicitud de prestaciones no contributivas especiales para demandantes de empleo, entre ellas las ayuda por hijos. Asunto C-308/14 (pendiente)

⁴⁵ Conclusiones del Abogado General Whathelet (que también presentó las Conclusiones en el caso Dano) de 26 de marzo de 2015

antemano y debe existir un medio de impugnación jurisdiccional. En cualquier caso, si se exige un período de residencia para que se cumpla dicho requisito, no debe ir más allá de lo necesario para que las autoridades nacionales puedan asegurarse de que el interesado busca realmente empleo en el mercado laboral del Estado miembro de acogida” (Sentencia *Collins*, apdo 72)

5.3 El sólo residente ¿económicamente sostenible?

La opción del TJUE, alejada de una valoración general, exige continuar con posibles supuestos. Mayor dificultad se plantea para quienes pueden quedar muy alejados de vínculo económico alguno con el Estado de Acogida, bien porque el ciudadano de la UE que reside en Estado diferente al de su nacionalidad ni es ni ha sido trabajador en ese Estado, ni cabe identificarle como demandante de empleo, en el sentido de quien busca activamente empleo siguiendo los procedimientos previstos en la legislación nacional al respecto.

En estos casos, ¿qué condicionante podría imponerse al ciudadano para justificar vínculo con el Estado?; si no hubiera ningún vínculo positivo, ¿habría que aplicar aquí siempre, de forma automática, la exclusión del derecho a las prestaciones asistenciales alegando que el ciudadano se convierte *en una carga excesiva* para el Estado por tener que acudir a la asistencia social del mismo?. Si así fuera, la libertad de circulación quedaría limitada o restringida a los supuestos en que el ciudadano pueda demostrar suficiencia o solvencia económica individual, personal o familiar, de modo que los Estados miembros pueden denegar automáticamente las prestaciones sociales en caso de ciudadanos sin recursos suficientes.

En esta situación podríamos entender comprendidos los casos en que el nacional de un Estado Miembro que se desplaza al territorio de otro Estado miembro y que reside allí desde hace menos de tres meses o desde más de tres meses pero sin perseguir el objetivo de buscar empleo, condición ésta que permite diferenciar dos conceptos de demandante de empleo a efectos del derecho a la libre circulación y acceso a las prestaciones sociales, uno restringido y otro, si fuera el caso, flexible o amplio. La ausencia de búsqueda activa de empleo puede provenir de varias circunstancias, que obligan a diferenciar los supuestos.

Por un lado, el de quien es apto para trabajar pero *voluntariamente* opta por no buscar activamente empleo o, al menos, no hay evidencia por las autoridades del Estado de que lo haya buscado, con lo que cabría presumir que su derecho de residencia podría basarse en el hecho sólo de conseguir la ayuda social de ese Estado y, si ésta se concediera, ya conseguiría justificar que dispone de “recursos suficientes” y, por tanto, justificar también su derecho de residencia conforme al art.7º Directiva 2004/38. Es éste el caso de la Sentencia *Dano* (identificado en todos los ámbitos como de “turismo social” o “turismo de

pobreza”)⁴⁶ que plantea el extremo de una ciudadana de la Unión, en el caso de nacionalidad rumana, que solicita las prestaciones del seguro básico alemán sin que conste que sea demandante de empleo, es decir, que se haya desplazado a Alemania para buscar efectivamente empleo, y que reside durante más de tres meses en el territorio de ese país. Alemania deniega la prestación porque no es trabajadora y la norma alemana excluye de esa prestación a quienes sólo pueden justificar su derecho de residencia en la búsqueda de empleo.

Por otro lado, la situación de quien ya no es activo porque ha pasado a la situación de inactivo por edad (jubilado). Supuesto de la Sentencia *Brey*,⁴⁷ que analiza si es compatible con el Derecho Comunitario la medida legislativa nacional austriaca que deniega a un pensionista de vejez alemán, que vive en Austria desde hace 1 mes, el suplemento compensatorio porque no puede entenderse que reside legalmente en Austria a efectos de la Ley de SS ya que el Sr. Brey no era residente permanente en Austria (sólo llevaba 1 mes) y la Ley sobre libertad de circulación austriaca exige para residir por un periodo superior a tres meses que el interesado disponga para sí de suficientes recursos “de modo que no necesiten solicitar prestaciones de asistencia social ni un suplemento compensatorio durante su período de residencia”.

La sentencia *Dano* abre una línea restrictiva en la jurisprudencia del TJUE. En ambos supuestos, *Dano* y *Brey*, cabría preguntar si podría también plantearse si hay un vínculo con el Estado de acogida (integración o voluntad de integración en su territorio); si también sería posible analizar estos casos desde el criterio de proporcionalidad de la medida adoptada en relación con el parámetro de la sostenibilidad o no por el sistema de asistencia social alemán de una prestación de esta naturaleza; o, por el contrario, ¿se admite una exclusión de esas prestaciones sin el test del examen individual y, en consecuencia, con fundamento en una presunción de insostenibilidad para el sistema de acogida de una situación como la de la Sra. Dano?

La Sentencia *Dano* admite la exclusión directa y automática del acceso a prestaciones sociales a ciudadanos económicamente no activos que no busquen empleo de forma efectiva y residan en el territorio de un Estado durante un periodo superior a tres meses sin haber llegado al previsto para la residencia de

⁴⁶ Sobre esta sentencia, ampliamente, JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Derecho de residencia en la Unión Europea y turismo social”, *Revista de actualidad jurídica de la Unión Europea*, La Ley, núm.22, 2015, LIROLA DELGADO, I.: “La sentencia Dano: ¿el punto final de los “malabarismos” del TJUE en material de libre circulación de los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente”, *Revista General de Derecho Europeo* 36, 2015; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Libertad de circulación comunitaria, situación de necesidad y protección social básica. Extensión y límites de la igualdad por razón de nacionalidad”, *Revista Foro, Nueva Época*, vol.17, núm.2, 2014

⁴⁷ Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Asunto C-140/12

larga duración o permanente (cinco años) y, en consecuencia, renuncia en este caso el TJUE a utilizar el criterio del vínculo real con el Estado de acogida (integración o voluntad de integración) y el parámetro de la carga social en Alemania para valorar la denegación a las prestaciones a la ciudadana rumana, sin plantearse, por tanto, la proporcionalidad de la decisión adoptada y, en definitiva, si la prestación social solicitada es o no sostenible para el erario público del Estado de acogida. Aspecto, por el contrario que sí utiliza en la Sentencia Brey y que le permite reconocer el derecho a la igualdad en el acceso a la prestación solicitada en el Estado de acogida; en este caso, a diferencia de la Sentencia Dano, sí utiliza ambos criterios, el de vínculo y el de carga excesiva, para desde el principio de proporcionalidad analizar si la concesión de esa prestación pueda ser sostenible para el erario público del Estado de acogida y, en consecuencia, no derive perjuicio o desequilibrio financiero alguno.

Es importante resaltar que en la Sentencia Brey hay un esfuerzo del TJUE por encontrar elementos que, derivados de la propia Directiva 2004/38, permitan que el Estado Miembro conceda esas prestaciones asistenciales porque la norma de Derecho Comunitario derivado no excluye en absoluto cualquier posibilidad de conceder en el Estado de acogida prestaciones sociales a los nacionales de otros Estados Miembros (así lo dice con referencia a la sentencia *Grzelczyk*) y apunta posibilidades que deduce de la propia Directiva para que se puedan conceder (apdos 66 a 72). Cuando pudiera pensarse que no hay vínculo real y efectivo de conexión con el Estado de acogida, el TJUE estima que para que ese Estado pueda demostrar que el acceso por el ciudadano de la Unión a una prestación social representa una carga excesiva para su sistema de asistencia social tiene que proceder a una apreciación global de la carga que representaría concretamente la concesión de dicha prestación sobre el sistema de asistencia social en función de las circunstancias individuales propias de la situación del interesado, proporcionando al respecto algunos criterios para su determinación: la importancia y la regularidad de los ingresos de los que dispone éste, el hecho de que éstos hayan llevado a las citadas autoridades a expedirle un certificado de registro, así como el período durante el que la prestación solicitada puede abonársele; y para la apreciación global, el TJUE considera como posible la proporción de beneficiarios de dicha prestación que tienen la condición de ciudadanos de la Unión titulares de una pensión de vejez en otro Estado miembro⁴⁸

⁴⁸ Otra cosa bien diferente es que la sentencia Brey se inserte en la Jurisprudencia del TJUE favorable a la absorción del concepto de prestaciones especiales no contributivas por el de asistencia social. Porque en esta sentencia, a diferencia de lo que dispone el Rgto 883/2004, parece consolidar la tendencia a condicionar estas prestaciones no sólo a un requisito de residencia, sino a un requisitos de residencia legal unido al de no ser una carga excesiva para el sistema nacional de asistencia social.

Se plantea así de forma inmediata una cuestión: ¿Hay alguna diferencia entre esta situación y la de demandante de empleo a efectos de acceso a las prestaciones de asistencia social, en los términos planteados en el Asunto *Alimanovic*? . El Abogado General en sus conclusiones analiza este supuesto como asimilado al de la Sentencia *Brey* y afirma que, conforme a esa sentencia, se requiere un examen personalizado de la situación de desaparición de la condición de trabajador y sus consecuencias, no solo respecto del derecho de residencia sino también respecto del derecho a las prestaciones de subsistencia. Considera también en este caso que el Estado miembro tiene que proceder a una apreciación global de la carga que representaría concretamente la concesión de dicha prestación sobre el sistema de asistencia social en función de las circunstancias individuales propias de la situación del interesado y que dicha exclusión automática es contraria al Derecho de la Unión porque no permite al ciudadano de la Unión demostrar la existencia de un vínculo con el Estado miembro de acogida . Y concluye afirmando que “es necesario que las autoridades competentes del Estado miembro de acogida, cuando examinen la solicitud de un ciudadano de la Unión que no ejerza una actividad económica y que se encuentre en una situación como la de la Sra Alimanovic ..., tengan en cuenta, en particular, la importancia y la regularidad de los ingresos de los que dispone el ciudadano de la Unión en cuestión, pero también el período durante el que pueda abonársele la prestación solicitada” , lo que le lleva a afirmar que también en este caso se ha de permitir que, si se demuestra la existencia de un vínculo real con el Estado de acogida, se impida la exclusión automática de estas prestaciones, apuntando al respecto algún criterio (que habría que añadir a los que el TJUE ha señalado en otras ocasiones), entre otros, el contexto familiar con la escolaridad de los hijos, la búsqueda de trabajo de manera efectiva y real durante un período razonable, desempeño de un trabajo en el pasado, incluso el haber encontrado un nuevo trabajo con posterioridad a la presentación de la solicitud⁴⁹.

O, en fin, la situación del ciudadano de la Unión que, durante los tres primeros meses de residencia en el territorio del Estado de acogida, no es un trabajador por cuenta ajena ni por cuenta propia y tampoco puede considerarse que haya conservado tal condición en virtud del artículo 7.3 de la Directiva 2004/38/CE. Asunto éste planteado al TJUE, Asunto C-299/14, de 17 de junio de 2014, Asunto *García-Nieto* y otros⁵⁰, del que se acaba de emitir Conclusiones del

⁴⁹ En el fondo, esta sentencia vuelve a plantear la situación de quien realiza trabajos precarios, ocasionales, o incluso ligados a medidas de promoción de empleo, que son los que con mayor frecuencia encuentran los que se desplazan al Estado de acogida como demandantes de empleo; lo que a fin de cuentas obligará de nuevo al TJUE a pronunciarse sobre el modelo de solidaridad social y financiera entre los Estados Miembros, si basado en la residencia o en la integración, en la presencia territorial o en la promoción de la cohesión social; véase THYM, D.: “The elusive limits of solidarity: Residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens”, *Common Law Review*, núm.52, 2015

⁵⁰ La Sra. García Nieto, de nacionalidad española, se desplaza a Alemania con su hija; se inscribe el 1 de junio de 2012 como demandante de empleo y diez días después empezó a trabajar como

Abogado General⁵¹ , que considera que se trata de una situación que puede enunciarse bajo el supuesto de “nacional de un Estado miembro que se desplaza al territorio de otro Estado miembro y que reside allí desde hace menos de tres meses para buscar allí trabajo”. Afirma el Abogado General que, puesto que los Estados miembros no pueden exigir que los ciudadanos de la Unión posean medios de subsistencia suficientes y una cobertura médica personal para una estancia de tres meses de duración (tal y como precisa el art.6º Directiva 2004/38), es legítimo no obligar a los Estados miembros a asumir dicha carga durante ese período. Y continua: en caso contrario, conceder prestaciones de asistencia social a los ciudadanos de la Unión que no están obligados a disponer de suficientes medios de subsistencia podría *provocar un desplazamiento masivo susceptible de generar una carga* excesiva para los sistemas nacionales de Seguridad Social. Además, expresa, si bien las personas que se desplazan al territorio del Estado Miembro pueden tener vínculos personales con otros ciudadanos de la Unión que residan en ese territorio, no es menos cierto que el vínculo con dicho Estado, *con toda probabilidad, es limitado* durante este primer período.

Dicha exclusión no sólo se considera conforme con el tenor del artículo 24.2 Directiva 2004/38, en la medida que autoriza a los Estados miembros a denegar la percepción de prestaciones de asistencia social a los nacionales de los demás Estados miembros durante los tres primeros meses y finalizado ese período, si se desplazaron al territorio de ese Estado de acogida para buscar trabajo, sino también con la diferencia objetiva de situación, consagrada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y en particular en el art.7º.2 del Rglto 492/2011 entre los nacionales que buscan un primer empleo en el territorio del Estado miembro de acogida y los que ya accedieron a dicho mercado laboral.

ayudante de cocina, percibiendo un salario mensual neto de 600 euros (sujeto al pago de cotizaciones a la Seguridad Social). Poco después, el 23 de junio de 2012, su compañero sentimental, con el que convivía en España, el Sr.Peña Cuevas y su hijo, Joel Luis Peña Cruz, se reunieron con ellas. Hasta el 1 de noviembre de 2012, residieron los cuatro en la casa de la madre de la Sra.García Nieto y subsistieron con los ingresos de esta última. El Sr. Peña Cuevas estuvo brevemente empleado del 2 al 30 de noviembre de 2012, percibiendo desde 1 de diciembre de 2012 hasta el 1 de enero de 2013, una prestación por desempleo en virtud de los períodos de seguro cumplidos en España. En enero de 2013, trabajó como empleado de limpieza. Tras cesar en esta actividad, volvió a percibir la prestación por desempleo. Desde octubre de 2013, desempeñó un nuevo empleo que, según la petición de decisión prejudicial, expiraba el 30 de septiembre de 2014. La Sra. García Nieto y el Sr. Peña Cuevas perciben prestaciones familiares por sus dos hijos desde el mes de julio de 2012. Por otro lado, estos últimos están escolarizados desde el 22 de agosto de 2012. El 30 de julio de 2012, los demandantes en el litigio principal presentaron asimismo una solicitud para percibir las prestaciones de subsistencia previstas en la legislación alemana, que se le deniegan al Sr.Peña Cuevas y a su hijo, Joel Luis Peña Cruz, respecto de los meses de agosto y septiembre de 2012, pues, conforme a la legislación alemana, residían desde hacía menos de tres meses en Alemania y el Sr.Peña Cueva no era trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia.

⁵¹ Abogado General, Sr. Whatelet, conclusiones presentadas el 4 de junio de 2015

Con lo que se reafirma en las diferencias de trato en función de la residencia y no, a diferencia de otros supuestos, en la búsqueda de algún elemento que permita constatar que hay vinculación con el Estado de acogida. Parece quedar claro el mensaje que deriva de la Sentencia Dano y el que propone el Abogado General en el Asunto García-Nieto: sin derecho de residencia conforme a la Directiva 2004/38, no hay derecho a prestaciones sociales ni, por tanto, aplicación del derecho a la igualdad por razón de nacionalidad en el acceso a las mismas. Y con fundamento en el derecho de residencia y sostenibilidad económica de los sistemas nacionales de asistencia social, queda éste limitado a las personas económicamente sostenibles⁵² y las económicamente no activas, que no tengan recursos suficientes, quedan en situación de irregularidad en el Estado de acogida porque, sencillamente, y como hace tiempo se apuntó y hoy mantienen algunos Estados Miembros, ya no es necesario demostrar por aquél que el ciudadano comunitario que se encuentra en su país no se convierta en una “carga excesiva” que pueda tener consecuencias en su sistema nacional de asistencia social, sino que, bien diferente, se acepta que los Estados Miembros eviten lo que se ha denominado turismo social y prevengan de sus supuestos abusos. Si ello es así, corresponde confirmarlo al TJUE.

CONCLUSIÓN

La progresiva extensión del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad a efectos de libre circulación y de residencia de los ciudadanos comunitarios que había caracterizado la jurisprudencia del TJUE, con fundamento en el efecto directo del TFUE, y en la asimilación de las prestaciones de asistencia sociales a las que, con el mismo fundamento, regula el Rglto 883/2004, está siendo claramente reformulada. Los aspectos fundamentales de la que parece atisbarse como nueva y restrictiva jurisprudencia comunitaria giran en torno al derecho de acceso a las prestaciones de subsistencia de quienes pueden ser considerados ciudadanos económicamente no activos y pueden apuntarse como elementos básicos de este cambio, en el que en el fondo quedan las críticas formuladas por la doctrina y por los Estados Miembros a lo que se convino en denominar “activismo judicial” del TJUE, los siguientes: 1) La Directiva 2004/38 es plenamente compatible con el Derecho Originario y con el estatuto de Ciudadanía de la Unión; 2) Las restricciones o exclusiones del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad que establece la Directiva no se contemplan restrictivamente como excepciones de ese derecho, sino como concreciones del mismo; 3) Asimilación de las prestaciones especiales no contributivas a las prestaciones asistenciales a efectos de libre circulación y de residencia y, en consecuencia, mayor margen para la interpretación limitativa del principio de

⁵² JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Derecho de residencia en la Unión Europea...” cit., pág.12

igualdad frente a la que deriva de la formulación por el Reglto 883/2004, sobre Coordinación de las legislaciones en materia de Seguridad Social; 4) Las prestaciones asistenciales con finalidad de acceso al mercado de trabajo deben considerarse que son también prestaciones de subsistencia a estos efectos; 5) Interpretación restrictiva del concepto de trabajador y limitación del derecho a la libre circulación y residencia, y por tanto, del derecho a las ventajas sociales respecto de quienes acceden a otro Estado miembro como demandantes de empleo para la búsqueda activa del mismo; 6) Reformulación del principio o criterio de proporcionalidad en aplicación del escrutinio estricto cuando el ciudadano económicamente inactivo se desplaza a otro Estado Miembro, que implica reconocer las exclusiones legales nacionales del derecho de acceso a sus prestaciones sociales en la mayoría de los supuestos en los que, ahora a juicio del TJUE, no hay vínculo alguno con ese Estado, ni siquiera en sentido amplio vínculo mediato o indirecto con el mercado de trabajo, partiendo en este caso de la existencia de una diferencia objetiva de situaciones.

Parece, en definitiva, que corresponde a las instituciones europeas iniciar un proceso, largo y difícil, seguro, que afronte esta situación en el ámbito normativo de la UE y que se proceda a estudiar la reforma o modificación del Derecho Comunitario Derivado en el sentido de: 1) Delimitar claramente el concepto de asistencia social y de prestaciones especiales no contributivas; 2) Delimitar el concepto de vínculo real y efectivo como criterio de solidaridad social entre los Estados miembros; 3) Delimitar el concepto de carga excesiva para el Estado y su carácter más o menos restrictivo atendiendo a criterios generales para evitar la individualización y soluciones *uti singuli*; 4) Adoptar un concepto comunitario de “demandante de empleo”, que precise la extensión del derecho de acceso a las prestaciones sociales de subsistencia para quienes en esa situación se desplazan a Estados miembros distintos al de su nacionalidad.

De lo contrario, si la situación se prolonga y consolida en base a la nueva jurisprudencia del TJUE, cabría preguntarse, ¿Qué diferencia hay entre el Estatuto del Ciudadano Europeo y del Migrante extracomunitario? ¿Podría afirmarse que el estatuto del ciudadano europeo se acerca más al del migrante extranjero extracomunitario?

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ÁLVAREZ LLORENTE, A.: “ Aproximación a la delimitación del campo de aplicación material de los reglamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridad Social: principales novedades del Reglamento 883/2004”, *Revista Foro*, UCM, Extraord.2009

ANDERSON,B., SHUTES,I., WALKER , S.: *Report on the rights and obligations of citizens and non-citizens in selected countries Principles of eligibility underpinning access to state territory, citizenship and welfare* , <http://beucitizen.eu/wp-content/uploads/D10.1-Report-on-the-rights-and-obligations-of-citizens-and-non-citizens-in-selected-countries.pdf>

CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M^a (Coord.): *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempo de crisis*; Edit.Bormazo, 2015

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

D. CARRASCOSA BERMEJO, *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 2004

CRESPO NAVARRO, E.: “La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la unión. Una interpretación generosa basada en la remisión al derecho nacional y el principio de no discriminación por razón de nacionalidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.28, 2007

FERNÁNDEZ BAUTISTA,
P.A.“Libertad de circulación de los ciudadanos europeos en la UE”, *Boletín CeDe UsC.*, agosto 2014.

JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Derecho de residencia en la Unión Europea y turismo social”, *Revista La Ley Unión Europea*, núm.22, 2015

JUÁREZ PÉREZ, P.: “La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión:a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011, Asunto Ruiz Zambrano”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2011), UC3M, Vol. 3, N^o 2,

LIMÁN NOGUERAS, D.: “LA CIUDADANÍA EUROPEA: UNA CUESTIÓN ABIERTA”, UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013

LIROLA DELGADO, I.:

-“Derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y prestaciones sociales en tiempo de crisis: ¿Hacia un planteamiento casuístico y ambiguo de la solidaridad entre Estados Miembros?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, 2014

-“La sentencia Dano: ¿el punto final de los “malabarismos” del TJUE en materia de Libre circulación de los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente”, *Revista General de Derecho Europeo* , núm. 36 (2015)

LÓPEZ GALDÓS, M.: “Integración europea, ciudadanía y solidaridad: un proceso de bootstrapping”, *GJ*, núm.248, 2007

LÓPEZ GARRIDO, D. (Dtor): El estado de la Unión Europea. La ciudadanía europea en tiempo de crisis, FUNDACIÓN ALTERNATIVAS Y FRIEDRICH-EBERT-STIFTUNG, 2014

MAESTRO BUELGA, G. : “La inaprehensible ciudadanía social europea”, UNED. Revista de Derecho Político N.os 71-72, enero-agosto 2008,

MARTÍN VIDA, M^a.A.: “La dimensión social de la ciudadanía europea con especial referencia a la Jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social”, Revista de Derecho Constitucional europeo, ReDCE, núm.8, 2007

MONEREO PÉREZ, J.L.: “por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”, ReDCE. Núm. 21. Enero-junio/2014

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T.: “El derecho de residencia como derecho a tener derechos en los sistemas políticos compuestos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.87, 2009

RMESS, núm.110, 2014, monográfico sobre la Directiva 2004/38

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.:

-*La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Edit.Thomson Reuters Aranzadi, 2014

-“Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004”, RMTAS, núm.64

SERRANO GARCÍA, J.M.: “La libre circulación de ciudadanos de la UE y derechos que la acompañan”, *Revista Derecho Social*, núm.61, 2013

SUÁREZ CORUJO, B. y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T.: *Libre circulación de personas y ciudadanía social: ¿cabe imponer barreras al turismo social?*, Fundación Alternativas, núm.44, 2009

THYM, D.: “The elusive limits of solidarity: Residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens”, *Common Law Review*, núm.52, 2015

VAN RAEPENBUSCH, S.: “LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS Y, EN PARTICULAR, DE LOS ABOGADOS QUE SE DESPLAZAN DENTRO DE LA COMUNIDAD EUROPEA”
http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/rapport_van_raepenbu3_1195719481.pdf