

LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA Y DERECHOS DE PROTECCIÓN SOCIAL ¹

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

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

sanuran@ucm.es

Resumen: Se plantea en el estudio el significado y alcance de los derechos que integran el estatuto de la Ciudadanía de la Unión, en especial, de los derivados de la libertad de circulación “no económica” de los ciudadanos comunitarios. En la actualidad el TJUE está comenzando a reformular su jurisprudencia expansiva en torno al principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad y, en particular, está limitando el derecho a la protección social de los ciudadanos comunitarios económicamente no activos. Entre ellos, los demandantes de empleo.

Abstract: The study raises the meaning and scope of the rights that make up the UE Citizenship, in particular derivatives EU “no-economic” citizens Freedom Movement. At present, the ECJ is beginning to reformulate its expansive jurisprudence on the Equality and non-discrimination on grounds of nationality principle and, in particular, is limiting the Economic inactive european citizens Right to social protection. Including jobseekers.

Palabras Clave: Libertad de circulación en la Unión Europea; Derechos de protección social de los ciudadanos comunitarios; Ciudadanos comunitarios económicamente inactivos; demandantes de empleo.

Key Words: Free Movement Right in the EU; Welfare Benefits in the EU; Economic inactive european citizens; jobseekers.

1.Introducción

¹ El texto se basa en la ponencia oral, que, bajo el título “Libertad de circulación, ciudadanía de la Unión y derechos de protección social”, se pronunció el 3 de junio de 2015 en las VII JORNADAS TÉCNICAS DE LA ASOCIACIÓN PROFESIONAL DEL CUERPO SUPERIOR DE TÉCNICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “La Seguridad Social española en el contexto de la protección social en la Unión Europea”. Se enmarca en el Proyecto de Investigación DER 2013-45781P

Casi quince años después de que el Tratado de Maastricht (1992) introdujera el que se dice Estatuto de Ciudadanía de la Unión en el Derecho Comunitario Originario, sigue planteándose la cuestión relativa al alcance de los derechos que lo integran (libertad de circulación, como dimensión esencial; y derecho de residencia en los diferentes países de la Unión Europea), garantizados por el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad.

Hoy, tanto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE, Segunda Parte, “No discriminación y Ciudadanía de la Unión”, arts.18 a 21) como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Título V, “Ciudadanía”, arts.39 a 46), insisten en su configuración jurídico-formal pero no la definen, de modo que aún hoy y con más insistencia en los últimos años, cabe cuestionarse si el derecho de libertad de circulación intracomunitaria debe interpretarse como un derecho individual, inherente a la condición política, y no económica, de ciudadano comunitario; si, por tanto, es un derecho, y también el derecho de residencia, autónomo respecto de la libertad de circulación y de residencia económicas; si, por tanto, se puede desvincular totalmente de la noción de ciudadano-trabajador y, en definitiva, si puede derivarse del mismo unos estándares mínimos y unitarios en materia de derechos de los ciudadanos de la Unión, en concreto, *ratione materiae* y *ratione personae*, que vayan aparejados a su libertad de circulación en el territorio de la Unión; entre ellos los que refieren a la protección social en el Estado de Acogida.

O, por el contrario, si ni siquiera en la actualidad puede entenderse que el estatuto de Ciudadano de la Unión sea incondicionado, único u homogéneo. Lo que equivaldría a definirlo como un estatuto que aún tiene un carácter complementario y subordinado a la ciudadanía nacional (tal como deriva del art.20 TFUE); que los derechos y libertades que lo integran son limitados puesto que el TFUE permite (arts.20y 21) que las normas comunitarias (y las nacionales) impongan determinados condicionantes; que aún hoy permanece un régimen específico para la libertad de circulación económica, más ventajosa respecto de la libertad de circulación no económica; en fin, que la extensión de la ciudadanía europea social no es plena ni absoluta, permitiendo a los Estados miembros que puedan limitar los derechos de protección social en su configuración y requisitos de acceso respecto de aquellos ciudadanos comunitarios que no son nacionales de su país y que, en particular, no son ciudadanos económicamente activos, es decir, sujetos económicos (trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena). Con lo que, si así fuera, habría que convenir en afirmar que el Modelo de integración social comunitaria es condicional y limitado y que los derechos de protección social, si bien han evolucionado desde su instrumentalización para conseguir un objetivo económico, el de integración de mercados entre Estados Miembros (a través de las reglas o principios de coordinación comunitaria de los sistemas de protección social internos de cada uno de los países), hoy no pueden definirse como derechos plenos con fundamento en el principio de solidaridad social y, derivado del mismo, el de solidaridad financiera entre Estados Miembros, sean Estados de origen o Estados de acogida de los ciudadanos comunitarios que hacen uso de su libertad de circulación y pretenden también hacer uso de su derecho de residencia, al que, como veremos, y conforme al Derecho Comunitario, se vincula la extensión y alcance de las denominadas “ventajas sociales” o prestaciones sociales, en especial,

las de subsistencia que pueden solicitar esos ciudadanos con fundamento en el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad.

Estamos en la actualidad en un proceso de contención del que hace años se criticó como “activismo jurídico” del TJUE; y queda, por tanto, por definir la que pudiéramos denominar libertad de residencia “social”, es decir, la libertad de residencia en conexión con la protección social y -lo que se augura como un proceso difícil y lento- que se adopte por las instituciones comunitarias una norma “mínima” sobre protección social de los ciudadanos comunitarios económicamente activos y económicamente no activos; que se definan con precisión conceptos tales como “ventajas sociales” o prestaciones económicas de subsistencia; que se precise lo que haya de entenderse por vinculación efectiva y real del ciudadano de la UE en el Estado de acogida; que se defina el contenido y extensión del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en este ámbito y, si fuera el caso, que se incluyan en las normas las reglas que precisen sus excepciones, en concreto, en relación con el principio de proporcionalidad de las diferencias de trato; en fin, que se definan las diferentes situaciones en las que cabe entender que un ciudadano económicamente no activo pueda encontrarse en el Estado de acogida.....

Mientras esa decisión normativa pudiera adoptarse (si es que es posible en un momento especialmente convulso social y económicamente, de profundo debate y no acuerdo pleno entre las instituciones comunitarias y los Estados Miembros y entre éstos entre sí), debemos seguir atendiendo a la que es interpretación y aplicación de las normas comunitarias por el TJUE. Hacer balance de lo conseguido y fijar las pautas que avanza en la actualidad en un momento que pudiera entenderse como de inflexión en ese proceso.

2. Breve apunte sobre el significado de la libertad de circulación comunitaria como derecho esencial de los ciudadanos de la UE

Inicialmente, la libertad de circulación comunitaria tuvo un sentido sólo económico, vinculado a la actividad económica, optando además las normas comunitarias de los años sesenta del SXX por un concepto estricto de trabajador, de modo que éste era el criterio de atribución de la titularidad de los derechos de protección social que quedaban en exclusiva en el ámbito de regulación de las legislaciones nacionales. El Derecho Comunitario sobre protección social, más en concreto, sobre derechos de los sistemas nacionales de Seguridad Social, se limitaba a establecer los principios de coordinación entre los mismos como mecanismo de garantía de la libertad de circulación de aquellos sujetos nacionales de Estados Miembros que hacen uso de la misma para trabajar o desarrollar una actividad económica en el territorio de otro u otros Estados Miembros. Principios de coordinación sustentados en el básico de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad y configurando ya entonces la residencia (no la nacionalidad), ligada a la contribución económica del trabajador nacional de otro Estado en el de acogida, como criterio para determinar la legislación nacional aplicable en caso de conflicto. Residencia que, desde la perspectiva del derecho

comunitario de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, se configuró por el TJUE como un concepto comunitario propio ligado a la residencia habitual y donde se encuentra el centro habitual de los intereses.

En los años noventa del S.XX, la libertad de circulación se configura formalmente como un derecho “fundamental”, esencial, de las personas (no sólo de los trabajadores), a través de asunción en el Derecho Originario Comunitario del estatuto de la “Ciudadanía de la Unión”, reiterando el TJUE desde entonces que es un concepto amplio basado en la solidaridad social y financiera de los Estados Miembros (puede verse, STJUE de 8 de marzo de 2011, Asunto *Ruiz Zambrano*), considerando 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 comprendida en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho Comunitario.

La evolución de la doctrina del TJUE en la configuración de ese estatuto no permite concluir que abogue por un carácter absoluto del derecho a la libre circulación porque sigue aceptando las restricciones al mismo y, pese al reconocimiento del efecto útil del TFUE y de la proclamación de la Ciudadanía de la Unión², no puede concluirse de su doctrina que resulten proscritas cualesquiera de las acciones estatales que restrinjan el efectivo disfrute de los ciudadanos comunitarios, en especial, de los derechos de protección social. Lo que permite concluir que en la actualidad es un estatuto intermedio, entre el del ciudadano nacional de cada uno de los Estados Miembros y el del extranjero extracomunitario; es un estatuto heterogéneo y jerárquico porque hoy se advierte que existen varios niveles o grados en el contenido del derecho a la igualdad de trato y en el conjunto de derechos que puede ejercer el ciudadano comunitario en el Estado de Acogida, en particular, en los que cabe entender bajo la expresión “derecho comunitario prestacional”.

Es cierto que el TFUE, en su artículo 18, expresa el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad de los ciudadanos comunitarios en el territorio de cualquiera de los Estados Miembros en que se encuentren y sea cual sea la circunstancia que lo motive, económica o no económica. Pero también lo es que desde la perspectiva del derecho prestacional, no hay en las normas comunitarias la asunción de un derecho universal de ciudadanía, igual para todos, porque tampoco hay un derecho absoluto pleno o universal, como derecho inherente a la condición humana, a la ciudadanía europea, a sus derechos derivados, entre ellos el de residencia.

En efecto, las normas comunitarias actuales (Derecho Originario y Derecho Derivado de libre circulación) admiten condicionantes y limitaciones tanto al derecho de circulación como al de residencia en relación a la situación económica del ciudadano; es decir, se prevén los que podríamos denominar “límites económicos” a esos derechos. La extensión limitada del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad, materializada en el sistema gradual del régimen de residencia establecido en las normas comunitarias, ha exigido del TJUE

² Véase, entre otras, SSTJUE de 12 de mayo de 1998, Asunto C-85/98; de 20 de septiembre de 2011, 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.

una interpretación de equilibrio entre la configuración normativa formal del derecho a la libre circulación como principio fundamental y la admisión más o menos restrictiva de las reglas o condicionantes comunitarios. En este sentido, son dos los criterios o rasgos que han permitido al TJUE solucionar los muchos casos conflictivos planteados y que, a su vez, orientan de una forma u otra sus resoluciones; uno, el uso de la regla o criterio de proporcionalidad (que, como sabemos, algunas normas comunitarias utilizan para configurar el contenido del derecho a la igualdad y no discriminación en materia social o laboral); otro, el uso del criterio relativo a la vinculación con el Estado de acogida, ligado a la residencia en su dimensión temporal y/o económica. Criterios que permiten al TJUE un margen de interpretación flexible de los condicionantes o limitaciones nacionales que pudieran imponerse al derecho de acceso a determinadas prestaciones sociales, en especial, los vinculados a la exigencia de residencia en el Estado de Acogida en un momento de fuerte crisis económica en algunos de los países de la Unión Europea que conlleva crisis de empleo y, por tanto, desplazamiento más o menos temporal de muchos de sus nacionales al territorio de otros Estados en búsqueda de oportunidades de empleo y ocupación.

El sistema gradual de residencia que prevén las normas comunitarias se determina en función de la duración de misma, según dispone la vigente Directiva 2004/38, hasta tres meses, más de tres meses y de larga duración o permanente (arts.6º, 7º y 16, respectivamente). Se reconoce un derecho de residencia en el territorio de otros Estados Miembros por un período de menos de tres sólo con un documento de identidad o pasaporte válido, condicionado a que el ciudadano comunitario nacional de otro Estado no se convierta en una “*carga excesiva*” para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Se reconoce un período de residencia superior a tres meses, diferenciando en este nivel entre ciudadano económicamente activo y ciudadano económicamente no activo, con la finalidad de determinar la amplitud o extensión de su derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad, en los términos previstos en el art.24 de la Directiva. 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, es decir, que disponga de recursos individuales/familiares y de un seguro de enfermedad, permitiendo (no exigiendo) la norma comunitaria a los Estados Miembros no sólo 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 ese Estado. Y a los ciudadanos que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años en el Estado de acogida se les reconoce el derecho a residir permanentemente, con independencia de que sea un ciudadano económicamente activo o inactivo.

3. Derecho a la igualdad y no discriminación en el ámbito prestacional y diferencias entre ciudadanos comunitarios.

La extensión de ese derecho en el acceso a las prestaciones “sociales” de Estado de acogida se gradúa en las normas comunitarias sobre libre circulación, tanto en la Directiva 2004/38 como en el Reglamento 492/2011, de 5 de abril de 2011, sobre libertad de circulación de los trabajadores. Y resulta que: 1) hay un Derecho pleno a la igualdad en el ámbito prestacional del Estado de acogida reconocido al ciudadano que europeo que tiene un vínculo efectivo con su mercado de trabajo; 2) hay un Derecho limitado a la igualdad en el ámbito prestacional cuando no hay un vínculo económico o éste se difumina, exigiéndose entonces bien un “vínculo social”, el del período o condiciones de residencia, que a su vez pueden utilizarse por las legislaciones nacional como criterio de atribución de las prestaciones sociales, en especial, de aquellas orientadas a otorgar rentas de subsistencia para quienes sufren una situación de necesidad derivada de la insuficiencia de recursos; bien la demostración de “solvencia económica” del ciudadano, si puede demostrar que no será una carga para el Estado de acogida.

a) *Consideraciones sobre el significado de la expresión “ciudadanos económicamente activos” y su derecho pleno a la igualdad en el ámbito prestacional.*

A efectos de titularidad y ejercicio del derecho a la libre circulación (en los términos previstos hoy en el art.45 TFUE), debe advertirse que el TJUE ha optado por atribuir al término “trabajador” un significado amplio a efectos de este derecho, incluyendo no sólo a quienes realizan o ha realizado una prestación de servicios sino también a los que buscan activamente empleo (los que podríamos denominar demandantes de empleo).

Desde la perspectiva de las normas comunitarias de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, vigente el Rglto 1408/71 se pudo constatar cómo el TJUE amplió el concepto de trabajador a estos efectos y, en particular, en lo que refiere a las prestaciones no contributivas, inicialmente excluidas de la norma de comunitaria, para aplicar también a éstas las reglas o principios de coordinación, entre ellos el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad; exportabilidad de prestaciones y acumulación. A comienzo de los años 90 del SXX, atendiendo al malestar provocado en los Estados Miembros por la doctrina expansiva del TJUE incluyendo bajo el término prestaciones de Seguridad Social también a las no contributivas, se modificó el Rglto 1408/71 a través del Rglto 1247/92, que introdujo por vez primera la categoría de las prestaciones especiales en metálico no contributivas, excluyó de su ámbito a la asistencia social y limitó para aquéllas los principios de coordinación, en concreto excluyó su portabilidad y permitió respecto de ellas la “cláusula de residencia”.

Limitados los derechos prestacionales de los ciudadanos comunitarios a efectos de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, el TJUE amplía el concepto de trabajador a efectos de libre circulación y residencia con la finalidad de reconocer a un colectivo mayor de ciudadanos de la Unión el derecho a las “ventajas sociales y a la asistencia social”; de manera que de un concepto estricto de trabajador (Asunto *Lebon*³), se transita hacia un concepto amplio a estos

³ Sentencia TJUE de 18 de junio de 1987, Asunto C-316/85

efectos, incluyendo el de demandante de empleo⁴, teniendo en cuenta los condicionantes o restricciones a su derecho a la libre circulación y a su derecho de residencia si derivan de motivos o razones de orden público, seguridad y salud públicas.

Del mismo modo en el ámbito de protección social también se utiliza un concepto amplio derivado del art.48 TFUE, conviniendo que es trabajador toda persona que está incluida en el ámbito de aplicación del Sistema prestacional del Estado de residencia. Sistema prestacional, conjunto de prestaciones, que ha de configurarse por las legislaciones nacionales pero que las normas de coordinación comunitaria someten a reglas o principios tales como el de acumulación y exportabilidad de las prestaciones, también para las que se definen como “prestaciones sociales económicas no contributivas”.

Y las normas sobre libre circulación, en particular el Rgto 492/2011, y la actual Directiva 2014/54, utilizan la expresión “ventajas sociales” para configurarlas como contenido del derecho de los trabajadores a su acceso en el Estado de acogida en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales.

Planteada la cuestión respecto de las personas que no pueden demostrar un vínculo directo económico con el Estado de acogida, parece que ese colectivo muy amplio de personas (en muy diferentes situaciones) puede definirse bajo el término “ciudadano comunitario económicamente no activo”, tal y como se indica en el apartado siguiente.

b) Ciudadano comunitario económicamente no activo y derecho prestacional.

Decíamos que no hay en las normas comunitarias un derecho absoluto a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad puesto que aquéllas admiten restricciones o condicionantes, en primer lugar, los generales derivados de orden público, seguridad y salud públicas y, en segundo lugar, los que puedan preverse “en las disposiciones dictadas en su aplicación”, conforme al art.21 TFUE.

En este sentido, de la Directiva 2004/38 derivan dos tipos de restricciones, unas directas y otras indirectas. En cuanto a las primeras, en el supuesto de residencia de hasta tres meses (art.6º) se permite a los Estados miembros que no conceda prestaciones de asistencia social; y en el de residencia de más de tres meses (art.7º), la norma comunitaria permite que los Estados miembros

⁴ Es sumamente ilustrativa la STJUE de 4 de junio de 2009, Asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, Asuntos Vatsouras y Kouptantze, en la que, con cita de otras sentencias del TJUE, se analiza la situación de dos ciudadanos de nacionalidad griega que realizan en Alemania trabajos breves y en esta situación solicitan una prestación en favor de demandantes de empleo, que las autoridades alemanas deniegan porque estiman que no tenían la categoría de trabajador en el sentido del hoy art.45 TFUE. Cabe citar también, con anterioridad a esta resolución, la Sentencia TJUE de 7 de septiembre de 2004, Asunto C-452/02, Asunto *Trojani*, que analiza el supuesto de un ciudadano comunitario 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 inserción socioprofesional, por los que recibía además una pequeña remuneración para sus gastos.

condicionen el derecho de residencia a la acreditación de recursos económicos, bien porque el sujeto es económicamente activo, bien porque en caso de que no lo sea tiene solvencia económica. En cuanto a las restricciones indirectas, la Directiva en su art.24.2 admite exclusiones de las prestaciones sociales (por tanto, admite exclusiones *ratione materiae* del TFUE), lo que quiere decir que admite desigualdades por razón de nacionalidad, para quienes pueden ser considerados demandantes o solicitante de empleo e, indirectamente, admite la exigencia de períodos de residencia derivadas ambas, exclusión y exigencia, de la admisión en la Directiva de un concepto jurídico indeterminado, el de que los ciudadanos económicamente inactivos “no resulten una carga excesiva” para la asistencia social de los Estados de acogida; lo que exige el escrutinio del test de proporcionalidad.

Desde esta perspectiva, se constata la evolución de la doctrina del TJUE que, a partir de una primera orientación restrictiva de las limitaciones que pudieran imponer los Estados miembros, se ha pasado en la actualidad a una orientación o interpretación más flexible, atendiendo al que pudiera denominarse en la actualidad refuerzo limitado en las normas comunitarias del derecho a la libre circulación y del derecho de residencia y, en particular, en el derivado de acceso a las prestaciones sociales en el Estado de acogida.

La doctrina del TJUE en la actualidad exige de nuevo un análisis del derecho prestacional desde la perspectiva comunitaria y en su doble dimensión objetiva y subjetiva.

En el primer caso, requiere indagar en un concepto general, el de *prestaciones sociales de subsistencia*, orientadas a otorgar una prestación económica a quienes sufren una situación de necesidad, derivada de la insuficiencia de recursos, bien porque el trabajo que realizan es de poca entidad o precario, bien porque no realizan trabajo alguno en el Estado de acogida en el que acuden para, entre otros motivos, buscar empleo o, sencillamente, haciendo uso de su libertad de circulación “no económica”.

En el Derecho Comunitario podemos identificar tres conceptos, el de *prestaciones especiales en metálico no contributivas* (arts.3º y 70 Rglto de Coordinación actual, 883/2004); *asistencia social* (excluida del Rglto de Coordinación, art.3º.5 Rglto 883/2004) y *ventajas sociales* (art.7º.2 del actual Rglto 492/2011, sobre libre circulación de trabajadores). Estos conceptos no se definen en las normas comunitarias y, por tanto, se generan aún hoy dudas sobre su configuración y significado, sobre sus diferencias y similitudes, cuando se trata de determinar su titularidad por quienes ejercen en el seno de la UE el derecho de libre circulación. Falta de precisión que también se atisba en la doctrina del TJUE, que no ha establecido una nítida separación entre ellos.

Atendiendo a la perspectiva de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, la categoría de las prestaciones especiales en metálico, en relación a su alcance personal, objetivos, financiación y condiciones de concesión y determinación de la cuantía, presentaban y presentan características tanto de prestaciones de Seguridad Social en sentido estricto como de asistencia social; si aparecen listadas en el Anexo del Rglto 883/2004, no son exportables; se abonan exclusivamente por las instituciones competentes del Estado de residencia con

arreglo a su legislación; se mantiene respecto de ellas la cláusula de residencia; admiten, según las necesidades, totalizar los períodos de residencia cumpliendo en el territorio de cualquier Estado miembro y quedan garantizadas por el derecho a la igualdad en los términos del art.4º Rglto 883/2004, esto es, igualdad en el acceso a las mismas en las mismas condiciones y requisitos que los nacionales del Estado de Miembro.

El actual Reglto las define en base a tres elementos, acumulativos, finalidad, financiación y aspecto formal, su inclusión en el Anexo X, es decir, en el listado que han de proporcionar los Estados Miembros; así por ejemplo, España ha incluido en la lista a las que en nuestro Sistema de Seguridad Social se denominan “prestaciones no contributivas” de vejez e invalidez y las prestaciones que complementan a las anteriores pensiones, según dispone la legislación autonómica, en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia.

La limitación de las reglas de coordinación para estas prestaciones provocó que el TJUE comenzara a interpretar restrictivamente el concepto de prestación especial no contributiva; pero, dado el carácter de prestaciones de Seguridad Social, se planteaba desde entonces si el acceso a estas prestaciones podría quedar limitado por las normas comunitarias sobre libertad de circulación, permitiendo que el Estado de acogida las restringiera puesto que las normas sobre libre circulación configura de forma más restrictiva los derechos de libre circulación y de residencia y admiten limitaciones al derecho de igualdad en el acceso a las prestaciones sociales (las denominadas ventajas sociales y prestaciones de asistencia social). En concreto, cabía plantear si el Estado de acogida puede vincular estas prestaciones especiales no contributivas a un requisito de residencia nacional como demostración o integración económica o social en ese Estado y si éste puede aducir en algún caso un grave perjuicio a su equilibrio financiero para restringirlas o excluirlas a los ciudadanos comunitarios económicamente inactivos.

Enlaza así la cuestión con la relativa a la configuración de esas prestaciones sociales (las que cabría denominar “asistenciales”) desde la perspectiva del derecho a la libre circulación. En lo que refiere al ámbito subjetivo de estas prestaciones, se aprecia en el Derecho Comunitario una evolución, en varias etapas; la primera, vigente el inicial Rglto 1612/68 (art.7º), en la que el derecho a las denominadas “ventajas sociales” se reconoce sólo a los trabajadores en sentido estricto, por tanto, en activo; una segunda, desde los años noventa del SXX en la que el TJUE amplía la noción de trabajador a estos efectos, incluyendo, como dijimos, a los que realiza trabajos marginales o precarios a partir de un concepto, el de vínculo real y efectivo con el Estado de acogida; una tercera con la vigencia de la Directiva 2004/38, que, en reacción a la jurisprudencia “aperturista”, diferencia distintos niveles en el derecho de residencia y distingue entre sujetos, activos y no activos, ampliando el concepto, el de vínculo económico con el Estado de acogida, a quienes han sido trabajadores y ya no prestan actividad por alguna de las situaciones previstas en el art.7º.3 de la citada directiva, que incluye, entre otros a quienes sufren una incapacidad laboral temporal o pueden ser considerados desempleados o parados involuntarios; una última etapa, en la que el TJUE no declara nula la Directiva pero la reformula a partir del principio de proporcionalidad.

En la actualidad, del Derecho comunitario sobre libre circulación (Directiva 2004/38 y Rglto 492/2011) se deriva que el término “asistencia social” queda comprendido en el de “ventaja social”, al que se dota de un significado amplio comprensivo de prestaciones sociales, entre ellas las de subsistencia, esto es las de asistencia social propiamente dichas como las especiales en metálico no contributivas. Lo que incide en la evolución de la Jurisprudencia del TJUE al respecto: en un primer momento, se orienta hacia la extensión del concepto de prestaciones especiales en metálico no contributivas, limitando el de asistencia social. Posteriormente, se dota a aquéllas de un significado amplio o extensivo con la finalidad de ampliar los beneficiarios conforme al criterio amplio subjetivo del campo de aplicación de las normas comunitarias de coordinación y, por tanto, de facilitar o garantizar el derecho a la libre circulación y de residencia de todos los ciudadanos nacionales de los Estados miembros o, mejor expresado, de 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 aparece ahora configurado por las normas comunitarias, por un concepto comunitario de residencia “habitual” en el sentido del Reglto 883/2004⁵; y a limitar el condicionante de residencia habitual nacional para causar derecho a este tipo de prestaciones en los Estados Miembros. Prosigue el TJUE estimando que hay prestaciones mixtas que pueden ser prestaciones especiales no contributivas y asistencia social. Y concluye en la orientación más actual, utilizando un concepto no unitario ni único de asistencia social, distinguiendo el que cabe entender en materia de Seguridad Social (por tanto, a efectos de coordinación) del que por el contrario deriva del Derecho Comunitario a efectos de libre circulación y de residencia.

Se afirma así, en la actualidad, por un lado, que el Reglto 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 relativas a que los solicitantes de estas prestaciones (cuando no ejercen actividades económicas en el territorio de ese Estado) cumplan el requisito de residencia legal en ese Estado conforme a las reglas nacionales sobre residencia derivadas del Derecho Comunitario de libre circulación.

Es así como el TJUE asimila ambos tipos de prestaciones (las prestaciones especiales no contributivas y las de asistencia social) en función del objetivo o finalidad perseguidos, a saber, la cobertura de una situación de necesidad y como, en definitiva, aquéllas, las no contributivas, puede considerarse que son una especie del concepto amplio de asistencia social y, en consecuencia, puedan quedar incluidas en el sistema nacional de ayudas sociales o de asistencia social del Estado miembro de que se trate, permitiendo que las restricciones o limitaciones

⁵ El Rglto, 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 y no exhaustiva.

impuestas a los nacionales de otros países residentes en el Estado de acogida puedan analizarse desde la perspectiva de la Directiva 2004/38.

Si ello es así, planteada la cuestión difícil queda en torno a si las restricciones impuestas por el Estado de acogida en el acceso a esas prestaciones son compatibles con el Derecho Comunitario cuando aquél aduce o justifica que el ciudadano de la UE representa una “*carga excesiva*” para su sistema de asistencia social por el solo hecho de solicitar esta prestación cuando dicho Estado condiciona el derecho de residencia al requisito consistente en disponer de recursos suficientes para, por ejemplo, no tener que solicitar la prestación asistencial⁶.

En este sentido, no hay en la actualidad una Jurisprudencia del TJUE que aporte una solución global, general, para todos los casos planteados en relación con denegación por Estados miembros de acogida de prestaciones asistenciales a quienes son ciudadanos comunitarios que residen en su territorio porque se ha optado, como hemos advertido, por dos conceptos de “asistencia social” que definen, cuando menos, dos tipos de ciudadanos comunitarios **NO ACTIVOS**. Por un lado, el que identifica asistencia social con una prestación de garantía de subsistencia y ligada a la situación de quién reside en un Estado Miento y no demuestra ninguna intención de trabajador (incluidas, por tanto, en la excepción al derecho de igualdad prevista en el art.24.2 Directiva 2003/38); por otro, el que la concibe como una prestación de naturaleza financiera orientada a facilitar el acceso al mercado de trabajo o laboral de un Estado Miembro y que, en consecuencia, se une o relaciona con la situación de aquellos ciudadanos que tampoco son económicamente activos pero buscan activamente empleo; y en este caso, se habrá de solventar a través de una norma comunitaria o, a corto plazo, que se defina por el TJUE la naturaleza de las prestaciones asistenciales orientadas a facilitar el acceso al empleo. En este sentido, se da cuenta, cuando estas páginas se escriben, de la petición por un Estado Miembro, en concreto, Alemania en el Asunto C-67/2014, Caso *Alimanovic*⁷, para que el TJUE se pronuncie sobre la naturaleza de la prestación alemana, el “seguro básico” (incluido en la lista del Anexo X del Reglto 883/2004). Asunto del que hay en estos momentos Conclusiones Generales presentadas el 26 de marzo de 2015, en las que se propone una solución al TJUE en torno al objetivo perseguido por esa prestación, y no en relación con los criterios de atribución que prevé la legislación alemana, y de este

⁶ Asunto *Brey*, Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Asunto C-140/12

⁷ Brevemente sobre el supuesto: 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 allí de nuevo en junio de 2010, realiza trabajos de duración inferior a 1 año en el ámbito del empleo de corta duración o de medidas de promoción de empleo y desde mayo de 2011 no ejerce actividad alguna. De acuerdo con la legislación alemana (coincidente con la Directiva 2004/38, art.7^o), mantiene la condición de trabajadora a estos efectos como parada involuntaria durante 6 meses y en ese período percibe las prestaciones de subsistencia para beneficiarios aptos para trabajar. Transcurridos esos 6 meses (en 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 legislación nacional alemana, permite la exclusión automática del derecho a las prestaciones de subsistencia.

modo se concluye, en caso de que el TJUE considerara que esta prestación persigue un doble objetivo (garantizar la cobertura de necesidades elementales y facilitar el acceso al mercado de trabajo), que ha de valorarse en relación con la que se dice *función preponderante*, que, a juicio del Abogado General, es “indiscutiblemente, garantizar los medios de subsistencia necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana”.

Enlaza así con el concepto de ciudadano de la UE, económicamente activo y económicamente 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.

Desde esta perspectiva, la orientación fundamental en este estudio tiene que ver con el concepto de ciudadano económicamente no activo, es decir de quien no puede demostrar un vínculo económico directo con el Estado de acogida (entendida esta expresión en el sentido de un vínculo real y efectivo con el Estado de acogida inmediato que tendrán los que acuden a su territorio para ejercer una actividad económica y la ejercen efectivamente).

Atendiendo a la ausencia de vínculo directo económico con el Estado de acogida, la jurisprudencia del TJUE ha resuelto los muchos casos planteados distinguiendo entre un vínculo económico mediato o indirecto y un vínculo que pudiera definirse como social derivado de la integración social en el Estado de acogida. Elementos éstos de dificultad comprensiva que quedan sometidos en los casos planteados a un estricto escrutinio a través del criterio de proporcionalidad, que requiere analizar progresivamente si la medida legal (limitación o restricción en el acceso a esas prestaciones) es un objetivo legítimo; legitimidad que en los asuntos tratados por el TJUE deriva de la propia Directiva 2004/38, es decir, la sostenibilidad de los sistemas estatales de protección social. Si la medida adoptada es adecuada para conseguir el objetivo que se pretende, lo que llevaría a analizar el impacto real de la posible concesión de tales prestaciones sobre esos sistemas. 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. Criterio de proporcionalidad que es un mecanismo de garantía o de efectividad del principio de igualdad por razón de nacionalidad y sus restricciones, una excepción al (no concreciones del) mismo.

Las varias situaciones que pueden darse en torno al vínculo económico indirecto o mediato en que puede encontrarse un ciudadano comunitario económicamente inactivo que hace uso de su derecho a la libre circulación permiten analizar supuestos concretos. Entre ellos, el de “*demandante de empleo*”, respecto del que no hay en la actualidad un concepto comunitario ni se formula en sentido positivo sus derechos a la libre circulación, de residencia y acceso a las prestaciones sociales, su alcance y contenido.

Las referencias episódicas que encontramos en las normas comunitarias sobre libre circulación impiden adoptar una solución general para los Estados miembros, aunque de aquéllas cabe entender que es la persona que se desplaza al territorio de los Estados miembros para buscar *real y efectivamente* empleo en el Estado de acogida. Condición ésta, la de búsqueda activa de empleo, que ha permitido hasta la fecha al TJUE concederles un estatus intermedio entre ciudadanos económicamente activos y ciudadanos económicamente no activos porque ha declarado en varias ocasiones que a ellos se extiende también el derecho de igualdad y no discriminación en todos los aspectos relativos al acceso al empleo, incluido el derecho de acceso a prestación en el Estado de acogida que cabe definir como financiera y destinada a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de ese Estado Miembro; orientación que pudiera ser replanteada en el breve si el TJUE resuelve en el Asunto *Alimanovic* en el sentido apuntado por el Abogado General es decir, que cabe definirlos también como de asistencia social a efectos del art.24.2 Directiva 2004/38 y, por tanto, de las que pudiera denegarlas el Estado miembro a los demandantes activos de empleo.

En el fondo está la cuestión relativa a si en el caso de demandantes de empleo cabe apreciar que hay vínculo real y efectivo con el Estado Miembro de acogida; y si ese vínculo puede entenderse que es económico (aunque sea mediato o indirecto). Desde esta perspectiva, conviene advertir que en los casos planteados al TJUE éste ha afirmado que son varias las circunstancias que permiten constatar la existencia de ese vínculo, tales como, entre otras, que el ciudadano comunitario ha buscado empleo de manera efectiva empleo ante los organismos nacionales competentes durante un período de empleo *razonable*⁸. O que ha residido en un Estado 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 que el interesado busca realmente empleo en el mercado laboral del Estado miembro de acogida. O que sea importante el contexto familiar en el que se encuentra el solicitante de la prestación, es decir, la existencia de vínculos estrechos, especialmente de naturaleza personal, con el Estado miembro de acogida, en concreto, por ejemplo, cuando se desplaza a su territorio para establecer en él el domicilio familiar tras haberse casado con un nacional de ese Estado, 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 el nuevo Estado miembro de establecimiento. O 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. Criterios todos que, según el TJUE, permiten neutralizar otros posibles requisitos solicitados por los Estados miembros para solicitar estas prestaciones asistenciales que en gran medida pudieran 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

⁸ Ver al respecto, Asunto *Vatsouras y Koupatantze*, citado. También Sentencia TJUE de 23 de marzo de 2004, Asunto C-138/02, Asunto *Collins*

trate y, por tanto, vayan más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido ⁹

Pero, en la actualidad, no hay un criterio general al respecto y, por tanto, la cuestión no está cerrada, planteándose supuestos nuevos al TJUE en relación a las 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; en este sentido, en el Asunto *Alimanovic*, el Abogado General propone en sus conclusiones que el TJUE afirme la existencia de una *diferencia objetiva* de situación entre sujetos que podrían entenderse comprendidos bajo la expresión “demandantes de empleo”, por un lado los nacionales de otros Estados que buscan su primer empleo (demandantes de primer empleo) en el territorio de otro Estado de acogida y por otros aquéllos que ya accedieron al mercado de trabajo de este Estado y lo perdieron hace tiempo (desempleados de larga duración). Y ello con el objetivo de convencer al TJUE para que replantee su jurisprudencia favorable a la inclusión de los demandantes de primer empleo entre los sujetos a los que cabe reconocer el derecho de residencia y el de acceso a las prestaciones asistenciales del Estado de acogida.

Y, ¿en qué situación se encuentra el ciudadano comunitario que se encuentra muy alejado de vínculo económico alguno con el Estado de acogida, bien porque el ciudadano de la UE que hace uso de su derecho de libertad de circulación no es ni ha sido trabajador en ese Estado, bien porque no cabe identificarle como demandante de empleo, en el sentido arriba indicado?. Éstos son, sin duda, los supuestos más problemáticos que al día de hoy se han planteado al TJUE porque, en relación con el vínculo condicionante al Estado de acogida, si el económico no existe, ¿cabría aceptar la exclusión por su legislación nacional del derecho a las prestaciones asistenciales alegando que el ciudadano se convierte en una carga excesiva para su sistema financiero por tener que acudir a la asistencia social previsto en dicho Estado?.

Ante la ausencia, decíamos, de solución general por el TJUE, al menos cabe aquí dar cuenta de algunos casos planteados, de los cuales aún se está en espera de resolución por el Tribunal cuando se escribe este estudio. Por un lado, el de nacional de un Estado Miembro que se desplaza al territorio de otro, que reside en éste desde hace menos de tres meses o desde hace más de tres meses pero sin perseguir el objetivo de buscar empleo; y en este caso, debemos considerar la posibilidad de que sean varias las circunstancias por las que no hay búsqueda efectiva de empleo en el Estado de acogida.

Así, podríamos pensar en quién es apto para trabajar pero voluntariamente opta por no buscar activamente empleo o, al menos, no disponen las autoridades del Estado de acogida evidencia alguna de que lo haya buscado. ¿Cabría presumir aquí que su residencia podría basarse en la razón única de conseguir la ayuda social de ese Estado, de modo que, si se consiguiera, ya podría aducir que dispone de recursos suficientes para justificar así su derecho de residencia conforme al

⁹ Véase, al respecto, Asunto *Prete*, Sentencia TJUE de 25 de octubre de 2011, Asunto C-367/2011. Esta resolución se cita por el Abogado General en sus Conclusiones del Asunto *Alimanovic*

art.7º Directiva 2004/38?. Supuesto éste el del Asunto *Dano*¹⁰(conocido el supuesto como de “turismo social” o “turismo de pobreza), en el que se plantea el caso de una ciudadana de la Unión, de nacionalidad rumana, que solicita prestaciones del seguro básico alemán sin que conste que sea demandante de empleo y que reside durante más de tres meses en el territorio de Alemania.

Por otro lado, estaría el caso de quien ya no es activo porque ha pasado a la situación de inactivo por edad (jubilado). Supuesto éste del Asunto *Brey*¹¹, 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 austriaco porque no puede entenderse que reside legalmente en Austria a efectos de su legislación nacional de Seguridad Social, que exige ser residente permanente en Austria, y a efectos de su legislación nacional sobre libre circulación de ciudadanos comunitarios, que exige para residir por un período 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 duda que se plantea, tanto en el Asunto *Dano* como en el Asunto *Brey*, es si hay posibilidad de afirmar la existencia de vínculo con el Estado de acogida (como integración o voluntad de integración en su territorio), y, por tanto, si hubiera sido posible analizarlos desde la perspectiva del criterio de proporcionalidad de la medida adoptada en relación con el parámetro de la sostenibilidad o no por el sistema nacional de asistencia social de una prestación de esta naturaleza, de subsistencia. 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 período de tiempo superior a tres meses sin haber llegado al previsto para la residencia de larga duración o permanente.; no se plantea el criterio de vínculo real con el Estado de acogida y tampoco el de proporcionalidad de la decisión adoptada. Criterio que, por el contrario, sí había utilizado el TJUE en la Sentencia *Brey*, en la que analizó si la concesión de la prestación austriaca podía ser sostenible por el erario público de ese Estado cuando parece que de su concesión no se derivaba perjuicio o desequilibrio financiero alguno para el mismo¹².

¹⁰ Sentencia de 11 de noviembre de 2014, Asunto C-333/13

¹¹ Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Asunto C-140/12

¹² Es importante resaltar el esfuerzo del TJUE en esta sentencia por encontrar elementos que, derivados de la propia Directiva 2004/38, permiten, a su juicio, concluir que el Estado de acogida podría haber concedido esas prestaciones asistenciales; tanto que el Tribunal apunta posibilidades que deduce de la propia Directiva para que se hubieran concedido (ver al respecto, los Considerandos 66 a 72 de esta sentencia). Lo más resaltable al respecto es que el TJUE estima en este Asunto que para que el Estado de acogida pueda demostrar que el acceso por el ciudadano comunitario a una prestación social representa una “carga excesiva” para sus sistema de asistencia social, tiene que proceder a una apreciación global de la carga que representaría concretamente la concesión de dicha prestación sobre su sistema de asistencia social en función de las circunstancias individuales propias de la situación del interesado; la importancia y la regularidad de los ingresos de los que dispone éste; el hecho de que éstos hayan llevado a las 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

Y, por último, por dar cuenta, hasta la fecha, de otros casos planteados, cabría referirse a la situación del ciudadano de la Unión que, durante los tres primeros meses de residencia en el territorio del Estado de acogida, no es trabajador ni por cuenta ajena ni por cuenta propia y tampoco puede considerarse que haya conservado esa condición en virtud del art.7º.3 de la Directiva 2004/38 (parado involuntario). Asunto éste planteado al TJUE, Asunto C-299/14, de 17 de junio de 2014, Asunto *García-Nieto y otros*¹³, del que en el mes de junio de 2015 el Abogado General ha presentado Conclusiones. En éstas se considera que puede considerarse 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 hasta tres meses de duración (art.6º Directiva 2004/38), es legítimo, a su juicio, no obligar a los Estados a asumir dicha carga durante ese período. En caso contrario, continuar 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. Concluyendo, desde la perspectiva del vínculo con el Estado de acogida, que, “con toda probabilidad, es limitado durante este primer período de residencia de tres meses”.

Podríamos concluir, en definitiva, y en espera de las resoluciones pendientes del TJUE (asuntos Alimanovic y García Nieto), que 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 Tribunal, con fundamento en el efecto directo del TFUE y en la asimilación de las prestaciones de asistencia social a las

beneficiarios de dicha prestación que tienen la condición de ciudadanos de la Unión titulares de una pensión de vejez en otro Estado miembro.

¹³ El supuesto es complejo y puede resumirse del modo siguiente: 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 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, Sr.Peña Cuenvas y su hijo se reunieron con ellas. Hasta el 1 de noviembre de 2012 residieron los cuatro en casa de la madre de la Sra.García-Nieto y subsistieron con los ingresos de ésta última. El Sr. Peña estuvo brevemente empleado del 2 al 30 de noviembre de 2012, percibiendo desde el 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 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 perciben prestaciones familiares por sus dos hijos a cargo desde el mes de julio de 2012.

Por otro lado, estos últimos están escolarizados desde el 22 de agosto de 2012. Y el 30 de julio de 2012 los demandantes en el litigio principal presentaron solicitud para percibir las prestaciones de subsistencia previstas en la legislación alemana, que se le deniegan al Sr.Peña y a su hijo pues, conforme a la legislación alemana, residían desde hacía menos de tres meses en Alemania y el Sr.Peña no era trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia.

que, con el mismo objetivo, regula el Reglamento 883/2004, está siendo reformulada. La nueva y restrictiva jurisprudencia en torno al derecho al acceso a prestaciones sociales asistenciales de los ciudadanos comunitarios económicamente inactivos exige de las instituciones comunitarias afrontar esta situación en el ámbito normativo de la UE y que se proceda a modificar el Derecho Comunitario Derivado, entre otros aspectos, en el relativo a la delimitación del concepto de asistencia social y de prestaciones sociales económicas especiales no contributivas; del concepto de vínculo real y efectivo como criterio de solidaridad social entre los Estados miembros; del de "carga excesiva" para el Estado y su carácter atendiendo a criterios generales para evitar soluciones *uti singulis*. Y, por último, en relación al 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 territorio de otros Estados miembros distintos al de su nacionalidad.

De lo contrario, se estaría consolidando un estatuto de ciudadano de la UE próximo al de migrante extranjero extracomunitario.