

# DERECHO COMUNITARIO DE RESIDENCIA Y ACCESO A LAS PRESTACIONES SOCIALES DE SUBSISTENCIA. EL ALCANCE LIMITADO DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LOS DEMANDANTES DE EMPLEO EN LA UE \*.

**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](mailto:sanuran@ucm.es)

[orcid.org/0000-0003-1296-546X](https://orcid.org/0000-0003-1296-546X)

## Resumen

La sentencia del TJUE de 15 septiembre de 2015 (Caso C-67/14, Asunto *Alimanovic*) plantea, de nuevo, el alcance del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso a las prestaciones sociales de subsistencia de los ciudadanos comunitarios que, sólo de forma indirecta y mediata, pueden ser considerados económicamente activos en el Estado de acogida. La interpretación restrictiva del TJUE deriva de la concepción ambigua en el Derecho de la Unión Europea sobre el estatuto de los ciudadanos de la Unión y podrá ser utilizada por los Estados Miembros para denegar solicitudes de prestaciones de esa naturaleza a los ciudadanos comunitarios desempleados de larga duración y demandantes de nuevo empleo en el Estado de acogida.

**Palabras claves:** Ciudadanía Europea; Ciudadanos Económicamente inactivos; Desempleados; Demandantes de Empleo; Libertad de circulación; Prestaciones sociales de subsistencia; Derecho comunitario de residencia; Asunto *Alimanovic*

## Abstract

The judgment of the ECJ of 2015 (Case C-67/14, *Alimanovic*), states the scope of Citizenship EU's rights; in particular, the claim to social benefits of the host State by the Economically Inactive EU Citizens. The narrow interpretation of ECJ is based in the ambiguity and unclear scope of EU Citizenship in the EU Legal Framework about Free Movement Right. The UE States will be able to refusal

---

\* Estudio que se inserta en el Proyecto de Investigación DER 2013-45781P, "La jurisprudencia social del TJUE, de las libertades económicas y profesionales a la tutela del trabajador por cuenta ajena".

De próxima publicación en Diciembre, 2015, en la Revista *La Ley Unión Europea*. Lo que se indica a efectos de cita.

social benefits to long-term unemployed citizens of EU and second-time jobseekers in the host EU State.

**Key words:** EU Citizenship; Economically Inactive Citizens; Unemployed persons; Jobseekers; Freedom Movement; Social Benefits; Right of EU Residence; Alimanovic Case

### **Sumario:**

I.- PLANTEAMIENTO. II.- EL CONTEXTO SOCIAL, ECONÓMICO Y JURÍDICO. RECONFIGURACIÓN DEL MODELO COMUNITARIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL: 1. *El marco jurídico de la Unión Europea. Ambigüedad y contradicción entre las normas comunitarias de libre circulación y de protección social.* 2. *Soluciones ambiguas de las contradicciones legales. La acción del TJUE y las distorsiones del modelo.* III. PRESTACIONES SOCIALES DE SUBSISTENCIA Y CATEGORÍA DE CIUDADANOS COMUNITARIOS. CONDICIONES Y LIMITACIONES TRAS LA SENTENCIA ALIMANOVIC. 1. *El “derecho comunitario de residencia”.* 2. *Naturaleza de las prestaciones económicas de subsistencia.* IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

## **I. PLANTEAMIENTO**

El estudio toma como referencia la sentencia del TJUE, Asunto *Alimanovic*, que plantea de nuevo el alcance de los derechos de protección social, en concreto, el derecho a las prestaciones sociales de subsistencia configuradas como tales por los sistemas nacionales de protección social de los Estados Miembros de la UE, que determinan su titularidad (requisitos de acceso) y su contenido, de los ciudadanos comunitarios que se encuentran en su territorio,

El supuesto refiere a la Sra. Alimanovic y sus tres hijos, todos nacionales suecos. Los tres hijos nacieron en Alemania y, después de vivir fuera de Alemania durante 10 años, toda la familia regresa a este país. Después del retorno, durante el primer año, la Sra Alimanovic y su hija mayor prestan trabajos de corta duración entre julio de 2010 y mayo de 2011 (11 meses), pasando posteriormente a estar desempleadas. En esa situación ambas percibieron durante 6 meses prestaciones de subsistencia para desempleados mientras que sus otros dos hijos percibían una prestación social para beneficiarios no aptos para trabajar. Transcurridos 6 meses, se le retiraron estas prestaciones porque, conforme a la legislación alemana sobre migración comunitaria, la Sra Alimanovic y su hija mayor no pueden invocar un derecho de residencia en Alemania como trabajadoras a los efectos de esa norma

sobre libre circulación y solo pueden justificar su estancia en Alemania como *demandantes de empleo*. Situación en la que, conforme a la norma nacional, se pueden denegar o retirar ese tipo de prestaciones a los comunitarios que se encuentren en su territorio en calidad de tales.

Del supuesto surge la cuestión prejudicial planteada al TJUE, que puede formularse del modo siguiente: un Estado Miembro de la Unión Europea ¿puede denegar beneficios sociales (prestaciones sociales de subsistencia) a un demandante de empleo, ciudadano de la UE, que ha trabajado en ese Estado durante un tiempo determinado pero que en el momento de solicitud de esas prestaciones está desempleado y busca un empleo en ese Estado diferente al de su nacionalidad?. Es decir, la decisión de un Estado Miembro de denegar o retirar esas prestaciones ¿es compatible con el Derecho comunitario sobre libre circulación?

El caso resuelto por el TJUE permite, en primer lugar, abordar el contexto social, económico y jurídico que envuelve el debate no resuelto de forma definitiva sobre los rasgos del que se ha convenido en denominar modelo condicional o limitado de solidaridad social comunitaria. En efecto, con fundamento en la que hasta la fecha ha sido la interpretación del TJUE de las normas comunitarias sobre libre circulación y de la adecuación de las normas nacionales al marco legal de la UE, se pone en evidencia que el modelo es ambiguo y está en permanente reconfiguración.

Se conecta con otras decisiones del TJUE, antecedentes inmediatos del Caso *Alimanovic*, y con algunos otros casos que, planteados al TJUE en el momento en que se escribe este estudio, aún no han sido resueltos<sup>1</sup>. Y, desde el planteamiento general y este otro más concreto, se presta atención a la naturaleza de las prestaciones sociales de subsistencia (en tanto que reflejo y ejemplo de la solidaridad financiera y social comunitaria) y los que pueden considerarse diferentes estatutos jurídicos de ciudadanía de la Unión con fundamento en la solvencia económica del ciudadano comunitario que hace uso de su derecho de libre circulación y en el vínculo (*real o genuine link*) de ese ciudadano con el Estado de acogida.

Concluye el estudio con el que parece ser el signo distintivo de la ciudadanía de la Unión en el SXXI, la orientada a la suficiencia o solvencia económica como rasgo de la que se denomina ahora migración comunitaria, en la que parece influir decisivamente el motivo económico de la libre circulación en los Estados de la UE, y, por tanto, en gran medida se reorienta a la que parecía superada tras Maastricht; a saber, la derivada del trabajo efectivo en el territorio

---

<sup>1</sup> Los casos antecedentes inmediatos, Asunto *Brey* y Asunto *Dano* (Sentencias de 19 de septiembre de 2013, Asunto C-140/12 y de 14 de noviembre de 2015, Caso C-333/13, respectivamente). Los aún no resueltos, Asunto *García Nieto*, Caso C-299/14, de 17 de junio de 2014; conclusiones del AG de 4 de junio de 2015. Y recurso interpuesto por la Comisión contra Reino Unido, Caso 308/14, 27 de junio de 2014

de otros Estados Miembros diferentes al de la nacionalidad del ciudadano comunitario. Lo que podemos describir como “viaje de ida y vuelta”.

## II. CONTEXTO SOCIAL, ECONÓMICO Y JURÍDICO. RECONFIGURACIÓN DEL MODELO COMUNITARIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL Y FINANCIERA

El caso planteado en la sentencia *Alimanovic* requiere su contextualización, social, económica y jurídica que puede identificarse con el proceso de permanente e inestable reconfiguración del que se identifica como modelo de solidaridad social en la UE, sin que en la actualidad se haya resuelto definitivamente el debate en torno al mismo. Ni siquiera esta nueva sentencia cerrará las cuestiones planteadas porque, como veremos en este estudio, se dejan abiertas algunas otras.

El debate no es, o no es sólo, teórico y tampoco es nuevo, aunque en los últimos meses se haya revitalizado.

No es sólo académico, aunque también lo es. Y desde esta perspectiva, se constata que desde muy diferentes disciplinas<sup>2</sup>, entre ellas por supuesto desde la ciencia jurídica, se ha prestado atención por la doctrina española y foránea con la finalidad de identificar, desde diferentes ópticas y posiciones, los que debieran ser los rasgos que definieran con precisión y certeza los perfiles de ese modelo. Y, de este modo, servir de fundamento a la cuestión relativa al alcance y contenido de la que se denomina por las normas de la UE *Ciudadanía de la Unión*, que se basa en el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad<sup>3</sup>.

Enlaza así con las que se describen como dimensiones del debate y, en consecuencia, con su traslación a la configuración legal de los derechos de los

---

<sup>2</sup> No puede obviarse que en esta materia hay una indudable conexión entre el Derecho y la Política porque en el fondo está el problema de la difícil implementación y eficacia de los que podemos definir como “derechos humanos” de segunda o tercera generación, que requieren de la participación activa del Estado para facilitarlos y proporcionarlos. Vid. FALCÓN Y TELLA, F.: *Nuevos retos de los derechos humanos*; Grupo difusión, 2006. CANTILLON, B., VERSCHUEREN, H. and PLOSCAR, P. (eds.): *Social Inclusion and Social Protection in the EU: Interactions between Law and Policy*; Intersetia, 2012; SHIEK, D. (ed.): *The EU Economic and Social Model in the Global Crisis*, Ashgate, 2015.

De otro lado, sobre las implicaciones económicas de la libertad de circulación de las personas y del acceso al Mercado de trabajo, NEDELESCU, R.: “Free Movement of Persons: The Mirage of Social Security Schemes”, *Bruges European Economic Research Papers*, núm.34, 2015

<sup>3</sup> Nos remitimos a nuestro estudio “Ciudadanía de la Unión y derechos de protección social. Balance y perspectivas del modelo condicional de integración social comunitaria”, REDE, nú.56, 2015. Un primera versión en <http://eprints.ucm.es/31448/>, en el que se da cuenta del estado de la cuestión con especial atención a la doctrina española

ciudadanos de la UE , en particular los derivados de la libertad de circulación y de residencia en el seno de la Unión.

En primer lugar, la opción político-legislativa tras Maastricht para lograr un equilibrio entre las diferentes posiciones de los Estados Miembros sobre el alcance de la ciudadanía de la Unión, adoptando deliberadamente un concepto indeterminado, abierto, heterogéneo, condicionado y gradual en las normas comunitarias. Éstas, Derecho Originario y sobre todo Derecho Derivado, en segundo lugar, han contribuido a la heterogeneidad de las respuestas legales por los Estados Miembros, apreciándose al respecto muy diferentes opciones (más o menos restrictivas, más o menos extensivas) en la determinación de las condiciones y limitaciones que, permitidas por las normas comunitarias, pueden imponer en la materialización nacional del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso y alcance de los derechos que corresponden a los ciudadanos que no son nacionales suyos pero que se encuentran en su territorio. De este modo, en tercer lugar, esa configuración ambigua y elusiva se materializa en diversos modelos nacionales de solidaridad social transnacional si atendemos a la distribución competencial entre la UE/Estados Miembros, en particular, la configuración nacional de los respectivos Sistemas de Protección Social y, en consecuencia, la determinación de la titularidad del derecho al acceso a las prestaciones económicas que los integran y su extensión a los ciudadanos nacionales comunitarios que residen en sus respectivos territorios. Y por otro lado, se refleja también en los diferentes enfoques en la interpretación de la legislación de la UE, en la que ha quedado reflejado el modelo común comunitario de solidaridad social y financiera entre los Estados Miembros y, en consecuencia, el principio de igualdad de trato entre los ciudadanos comunitarios en el acceso a los derechos derivados de la libre circulación y de residencia. Interpretación que es el presupuesto previo necesario para dar respuesta a la cuestión relativa a la adecuación o no al marco legal de la UE de una norma nacional de un Estado Miembro limitativa de la Ciudadanía de la Unión cuando, por ejemplo, restringe o incluso deniega el acceso a los derechos de protección social a algunos ciudadanos comunitarios que hacen uso de su libertad de circulación.

En particular, la aproximación aquí al debate sobre la reconfiguración de la solidaridad social en el Derecho Comunitario toma como punto de partida la Directiva 2004/38 (Directiva de “ciudadanía”) y su contexto, a saber, coincidencia en el tiempo con la adhesión a la EU de 10 nuevos Estados. Y atiende a alguna de las muy diferentes perspectivas desde las que analizar el alcance y contenido del derecho a la libre circulación de la UE con fundamento en el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad, que reiterada y formalmente expresan las normas comunitarias. Así un laboralista podría enfocarlo desde diferentes ópticas relacionadas con el empleo y la ocupación a partir de la conjunción de dos elementos, subjetivo y objetivo, que definen ese derecho

comunitario. Por poner un ejemplo, en el marco de las políticas nacionales de empleo<sup>4</sup>, también de competencia de los Estados Miembros, pudieran adoptarse medidas de reactivación de empleo para los desempleados que tienen vínculos con varios de esos Estados. Pero también la que se adopta en este estudio, la relativa a una competencia de los Estados Miembros, la configuración de sus respectivos sistemas de protección social, que puede trascender las fronteras nacionales cuando hay elementos transfronterizos derivados de la libertad de circulación de personas en el seno de la UE. En efecto, a partir de una cuestión la relativa al acceso a prestaciones sociales de subsistencia (*social benefits* en terminología inglesa) de quienes son ciudadanos comunitarios que hacen uso de su libertad de circulación en la UE y que pueden identificarse, en general, como económicamente no activos, quedan abiertos los interrogantes siguientes:

- 1) ¿Qué modelo de Ciudadanía y de solidaridad social adoptan las normas comunitarias?
- 2) ¿Qué son las prestaciones sociales de subsistencia?
- 3) ¿Hay sólo un estatuto de ciudadano de la UE o por el contrario hay un sistema gradual de estatutos, distinguiendo entre los económicamente activos y los económicamente inactivos?

Si enlazamos 1) 2) y 3) resulta que hay que identificar el fundamento jurídico “comunitario” de la reclamación de prestaciones sociales de subsistencia por los ciudadanos comunitarios en el Estado de acogida. Y si lo es sólo el principio de igualdad por razón de nacionalidad o, por el contrario, la reclamación de esas prestaciones está condicionada a que el ciudadano comunitario pueda demostrar que cumple las condiciones de residencia en el Estado de acogida.<sup>5</sup> Lo que requiere, con carácter previo, determinar si caben limitaciones del principio de igualdad pero siempre que no repercutan en el acceso de prestaciones de subsistencia en el Estado de acogida; o, por el contrario, si el derecho a la igualdad de trato en el acceso a estas prestaciones depende de que estos ciudadanos puedan probar que cumplen los requisitos previstos en las normas comunitarias en la

---

<sup>4</sup> Pensemos, por ejemplo, en el supuesto en que el Estado de origen del desempleado prevé medidas de reactivación de empleo, incluidas medidas económicas, y ese desempleado encuentra trabajo en otro Estado Miembro; o cuando el Estado de origen del empresario prevé esas medidas y contrata a un desempleado registrado como desempleado en otro país; vid, desde la política de empleo belga, . VERSCHUEREN, H.: “Do National Activation Measures Stand the Test of European Law on the Free Movement of Workers and Jobseekers?”, *European Journal of Migration Law*, núm.12, 2010, pág. 83 y ss. O también, ¿qué ocurre con los beneficios o prestaciones por desempleo que puede capitalizar un desempleado para, como ocurre en España, fomentar el autoempleo o el trabajo por cuenta propia, ¿también para instalarse en otro país de la Unión Europea?; véase por ejemplo, Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social

<sup>5</sup> Véase, KRAMER, D.: “Had the only worked one month longer! An Analysis of the Alimanovic Case”, <http://europeanlawblog.eu/?p=2913>

configuración del derecho de residencia en ese Estado. De donde se deduce y ese es el resultado práctico que, según se adopte una u otra solución, el ciudadano comunitario que hace uso de su derecho a la libre circulación puede encontrarse en la situación en la que disfrute de un derecho de residencia en el Estado miembro pero, por el contrario, no tenga acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. Y esta es, precisamente, la cuestión que se plantea en Asunto *Alimanovic*, demandante de empleo que, como tal, tiene derecho de residencia en Alemania pero no tiene, por el contrario, derecho a acceder a las prestaciones de subsistencia conforme a la legislación nacional de ese Estado de la UE.

*1. El marco jurídico de la Unión Europea. Ambigüedad y contradicción entre las normas comunitarias de libre circulación y entre éstas y las de protección social.*

Sabemos que el Derecho Originario de la UE (post-Maastricht) confiere a todos los ciudadanos comunitarios un derecho a la libertad de circulación y de residencia en los Estados Miembros diferentes a su Estado de origen o de nacionalidad (lo que podríamos definir como derecho comunitario migratorio). No se establecen diferencias entre ciudadanos en atención a su vinculación con el mercado de trabajo para acceder a los derechos de protección social. Pero, por un lado, se admiten condicionantes o limitaciones de ese derecho (art.21 TFUE: “Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”) que, atendiendo a la jurisprudencia consolidada del TJUE, han de ser proporcionales al objetivo legítimo perseguido (la consecución de aquellos derechos); y, por otro, no puede olvidarse, el Tratado formalmente separa la libertad de circulación de trabajadores (art.45 del actual TFUE) de la libertad de circulación de aquellos otros ciudadanos que no lo son.

El Derecho Comunitario Derivado desarrolla y en cierta medida precisa (o reconfigura) el alcance del derecho a la libertad de circulación y de residencia desde la perspectiva de las prestaciones sociales de subsistencia. Formalmente puede decirse que estas normas tienen como propósito común contribuir a fomentar y mejorar al derecho a la libertad de circulación de las personas en la UE puesto que todas ellas se articulan en torno al principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad. Por un lado, a través de reglas armonizadoras, las que prevén las normas comunitarias sobre libre circulación,

Directiva 2004/38 y Reglamento 492/2011<sup>6</sup>, que establecen las obligaciones y condiciones mínimas que han de cumplir los Estados Miembros cuando asumen la posición de Estado de acogida de ciudadanos comunitarios<sup>7</sup>. Y por otro lado, atendiendo a la competencia nacional sobre la configuración de los respectivos sistemas de seguridad social, se adoptan reglas coordinadoras de esos sistemas con la finalidad de que los ciudadanos no sufran perjuicios en su protección social cuando hacen uso de su derecho a la libertad de movimiento en la UE (Reglamento 883/2004)<sup>8</sup>. Al respecto es importante destacar aquí dos reglas que se incluyen en

---

<sup>6</sup> Se puede añadir en la actualidad DIRECTIVA 2014/54/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de abril de 2014 sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores

<sup>7</sup> Adviértase que la libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios se mantiene formalmente al margen de la que puede denominarse política comunitaria migratoria. Desde esta perspectiva, el actual Tratado de la Unión Europea (art.3º.2) y sobre todo el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (arts.79 y 80), Título V, establece los fines de la “política común de inmigración” y, si bien uno de ellos es la gestión eficaz de los flujos migratorios, se configuran como principios básicos el de solidaridad (también en el ámbito financiero) y responsabilidad entre Estados Miembros y el de trato equitativo de los extranjeros extracomunitarios (art.80 TFUE). Principios que han de presidir las medidas, incluidas las legislativas, que las instituciones comunitarias (a través del procedimiento legislativo ordinario, en el que la regla general es el voto por mayoría cualificada y no por unanimidad y la codecisión con el Parlamento) pueden adoptar en relación, entre otras, a la *definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros*.

Esta política migratoria, “comunitarizada”, no establece objetivos y medidas muy diferentes a las que las políticas nacionales migratorias habían establecido (y siguen estableciendo) a través de sus respectivos programas y directrices y sus normas y, como se ha indicado, tampoco hay diferencias importantes entre los propios países de la Unión<sup>7</sup>. Así, se ha advertido, y es lo que a nosotros interesa en este estudio, que “en general, los ordenamientos internos de los Estados miembros en materia de extranjería impiden considerar medidas integradoras tales como la residencia y el establecimiento en el extranjero como derechos absolutos, permanentes y definitivos. Bien al contrario, hacen depender la continuidad temporal en el ejercicio de este derecho del cumplimiento de una dualidad de factores, unos fácticos y otros meramente burocráticos. Entre los primeros encontramos el mantenimiento de los requisitos exigidos para aquella concesión (puesto de trabajo remunerado, o *recursos económicos suficientes para no resultar gravoso al Estado de acogida*)”. De modo que, podríamos concluir, el estatuto jurídico aplicable a todos los inmigrantes no comunitarios está alejado, tanto desde una perspectiva nacional como desde la perspectiva comunitaria, de un modelo incondicional, amplio y absoluto, de integración social con fundamento en el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad. Conclusión que se reitera en el aspecto concreto de los derechos de protección social. Véase nuestro estudio “Libre circulación y derechos de protección social: aspectos sustantivos y principios de coordinación entre sistemas nacionales de protección social”, de próxima publicación.

<sup>8</sup> Para conseguir una protección social adecuada en el seno de la Unión Europea (objetivo de la política social, conforme a los arts.151 y ss TFUE), se declara la competencia de la Unión para apoyar y completar la acción de los Estados miembros en esta materia (art. 153). Son, por tanto, competencias compartidas, con el límite o restricción de la competencia de las instituciones comunitarias en la definición o configuración de los Sistemas Nacionales de Seguridad Social. Expresa el art.153 que “las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo: no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste, y

el citado Reglamento: una la determinación del Estado competente, el de trabajo o el de residencia habitual, para reconocer las prestaciones de seguridad social a que se refiere la norma reglamentaria; y otra, relacionada, excluyendo de las reglas de coordinación la asistencia médica y la asistencia social e incluyendo en su ámbito las “prestaciones económicas especiales no contributivas”. No hay un Sistema Comunitario de Seguridad Social, tampoco hay norma mínima comunitaria de Seguridad Social ni derechos comunitarios de Seguridad Social aunque , reiteradamente, en las normas comunitarias se incluye una referencia general a la protección social o a la seguridad social, sin definir su ámbito.

Si, por un lado, estas normas comunitarias desarrollan el Derecho Originario y aquéllas, tanto las de ciudadanía como las de protección social, responden al objetivo de promoción y garantía del derecho a la libertad de circulación y de residencia, la relación y conexión entre ellas debería ser clara e indubitada y, por tanto, cabría una aplicación concurrente de sus previsiones no conflictiva bajo los criterios de interpretación y aplicación de normas simultáneamente vigentes en el tiempo. Básicamente, relaciones de complementariedad, complementariedad y/o subsidiariedad. Pero, todo lo contrario, la relación entre el Derecho Comunitario de “ciudadanía” y el Derecho Originario, por un lado, y entre aquellas normas y las comunitarias de protección social, por otro, encierran contradicciones en la configuración, desde sus respectivos ámbitos, derecho ligado al de libertad de circulación en la UE; a saber, el de acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. Por lo que, en consecuencia, habría que determinar qué normas de las simultáneamente vigentes tienen preferencia aplicativa para resolver las cuestiones relacionadas con el alcance de ese derecho.

#### 1.a) Divergencias entre las normas sobre libre circulación

La Directiva 2004/38, conocida como “Directiva de Ciudadanía”, establece un sistema gradual de *residencia* (concepto que no se define) atendiendo a su duración (hasta tres meses; de tres meses a cinco años; más de cinco años. Arts.6º, 7º y 16, respectivamente) e impone las condiciones para residir en el Estado de acogida en cada uno de los intervalos temporales, en especial, en el comprendido entre tres meses a cinco años, atendiendo a un criterio, el de *solvencia económica*, con una doble perspectiva, bien derivada la condición del ciudadano comunitario como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, bien derivada de su autosuficiencia económica porque posea recursos suficientes para sí mismo y su familia (art.7º.1 Directiva). Solvencia económica que permite al ciudadano

---

no impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados”.

comunitario evitar que pueda ser considerado como una “carga excesiva” para el sistema de asistencia social del Estado de acogida.

De la regulación jurídica de las normas comunitarias sobre ciudadanía y libre circulación resulta lo que podemos calificar de malabarismo jurídico como expresión de un consenso difícil entre posiciones claramente divergentes entre los Estados Miembros y entre alguno de éstos y las instituciones europeas, por un lado; y, por otro, de asunción equilibrada en ese momento de la jurisprudencia hasta entonces expansiva del TJUE. Y en ambos casos sobre el alcance, más o menos limitado, más o menos condicional, del principio de no discriminación por razón de nacionalidad (previsto ahora en el art.18 TFUE) respecto de la migración no económica de los ciudadanos comunitarios en la UE y su repercusión en los sistemas nacionales de protección social a los que podrían recurrir quienes hacen uso de su libertad de circulación pero no aportan económicamente con carácter previo al Estado de acogida. En este sentido, recuérdese, conforme a la jurisprudencia del TJUE anterior a la Directiva 2004/38 ese principio se entendía aplicable también a las que cabe calificar en sentido amplio como prestaciones de asistencia social, de modo que, como se apreció en el Asunto *Grzelcyk*, Caso C-184/99 (también en el Asunto *Trojani*, Caso C-456/02), la Ciudadanía de la Unión debía considerarse como un estatuto fundamental de los nacionales comunitarios y, en consecuencia, las limitaciones o estrictiones del derecho a la igualdad no podían repercutir negativamente en el derecho a acceder a las prestaciones sociales en el Estado de acogida.

El resultado no es otro que el uso en las normas comunitarias sobre ciudadanía de abundantes conceptos jurídicos indeterminados, de expresiones y términos imprecisos (piénsese, por ejemplo, en los términos trabajador, demandante de empleo, residencia, carga excesiva, asistencia social, ventajas sociales...). Y su consecuencia obvia: las legislaciones nacionales y TJUE disponen de un amplio margen de apreciación que puede derivar en soluciones no exactamente coincidentes en la materialización de los que hubiera que entender como límites a la solidaridad nacional de los Estados Miembros en la configuración de sus sistemas sobre seguridad social y asistencia social; límites que derivan del objetivo de la UE hacia la ciudadanía de la unión y de los principios en que se basa la libertad de circulación de personas, entre ellos el de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad.

Brevemente para justificar la anterior apreciación. La tendencia actual en las políticas públicas nacionales de algunos Estados Miembros<sup>9</sup> es de contención, cuando no de restricción, en la configuración del alcance de sus sistemas de protección social, en particular, en lo que refiere a las prestaciones sociales de subsistencia (*social benefits*), y su reconocimiento bajo el principio de igualdad de trato de los ciudadanos comunitarios que no son nacionales de ese Estado y ejercen su derecho a la libre circulación en la UE. Es cierto que no hay un cambio radical en las que desde la creación de la Comunidad Europea ya se percibían como posturas divergentes de los Estados Miembros, flexibilizadoras unas, claramente restrictivas otras, en torno al acceso a los beneficios sociales de quienes se trasladan a otros países Estados Miembros y sólo de forma limitada en algún caso contribuyen económicamente en ese territorio o, incluso, nada aportan económicamente a los sistemas financieros o de protección social nacionales. El cambio es de orientación respecto a la posición inicial de algunos Estados Miembros. Tal vez el caso más extremo lo representa ahora Gran Bretaña, que pasó en poco tiempo de ser uno de los pocos países que no imponía restricción alguna a la libertad de movimiento de los ciudadanos comunitarios a exigir ahora el requisito de tener un “derecho de residencia” (*right to residence*) en ese país para acceder a determinados beneficios sociales en su territorio; esto es, a adoptar un concepto estricto de residencia “nacional”<sup>10</sup>, que exige cumplir con las

---

<sup>9</sup> No se puede olvidar la posición de algunos Estados Miembros, en especial de Gran Bretaña, que solicitan cambios en el Tratado de la UE, en particular sobre la que ahora se denomina “migración” comunitaria. PEER, S.: “The nine labours of Cameron: Analysis of the plans to change EU free movement law”, en <http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2014/11/the-nine-labours-of-cameron-analysis-of.html>. La norma actual en Gran Bretaña es The Immigration (European Economic Area) Regulations 2006.

No muy diferente es la opción legislativa de otros Estados Miembros, por ejemplo Alemania o Austria. Véase, BLAUBERGER, M. and SCHMIDT, S.: “Welfare migration? Free movement of EU citizens and access to social benefits”, *Research and Politics*, Oct-Dec 2014, pág.4 y ss.

Por lo que refiere a Alemania y las propuestas de modificación de su Ley de Movilidad de Ciudadanos de la Unión Europea y de sus familiares (Freizügigkeitsgesetz - FreiG), de 30 de julio de 2004, cuya última modificación data de 17 de junio de 2013, véase *Información Internacional Sociolaboral* núm.178. La regulación alemana no difiere de la prevista en España en el RD 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 EEE, tras su modificación en 2012, año en el que se dicta la Orden PRE/140/2012, de 9 de julio, que prevé las reglas para la aplicación del art.7º de ese RD.

<sup>10</sup> Vid. HITCHINGS, E.: “The Right to Reside and Social Security Entitlements”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, Vol.29, n.1, 2007, pág.67 y ss ; NEDELESCU, R.: “Free Movement...”, cit., pág.15 y ss, que recoge los beneficios comprendidos en el Sistema de Seguridad Social británico y los requisitos relacionados con la residencia que tras la reforma de enero de 2014 no solo se establecen para los demandantes de primer empleo, sino también para los desempleados y para aquellos otros a los que extiende el estatuto de trabajador a efectos de poder acceder a determinados beneficios sociales.

condiciones previstas en la norma británica sobre migración comunitaria. Supuesto también destacable es el de España, que comenzó siendo un firme defensor de la libre circulación de personas, de modo que en la trasposición de la Directiva 2004/38 optó por una solución legal más favorable (sin restricción alguna a la residencia de los ciudadanos comunitarios) para posteriormente, en 2012, adoptar un criterio nuevo, reproduciendo los supuestos en los que conforme a la Directiva puede sólo extenderse el concepto de trabajador a efectos de mantener la residencia en el período de entre tres meses a cinco años en el territorio de nuestro país.<sup>11</sup>

Volvamos a las reglas previstas en el Derecho Comunitario sobre libre circulación y a las cuestiones que en la actualidad se plantean y que habrá de responder el TJUE:

Primera, ¿Qué finalidad u objetivo perseguían y persiguen las normas comunitarias sobre libre circulación?. Aquí radica la primera ambigüedad. En efecto, de los considerandos de la Directiva 2004/38 se pueden deducir dos: uno, en expresión de la jurisprudencia del TJUE, el de “facilitar o reforzar el ejercicio del derecho fundamental de los ciudadanos de la Unión de circular y de residir libremente” (Sentencia *Brey*, de 19 de septiembre de 2013, párrafos 70, 71 y 72, que aporta ejemplos de su jurisprudencia anterior); otro, parece, complementario del anterior, el de “evitar que los ciudadanos nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado Miembro de acogida” (Sentencia *Dano*). Por tanto, ha de buscarse una solución equilibrada, y como tal, seguramente no absolutamente satisfactoria, para satisfacer ambos objetivos.

Y ahí radica la segunda ambigüedad advertida en el marco jurídico de la UE. Objetivos no exactamente coincidentes requieren de principios o criterios de aplicación que permitan modular la solución. Si consideramos que el segundo

---

En la actualidad, sigue pendiente de resolución por el TJUE el recurso interpuesto por la Comisión (27 de junio de 2014) contra Gran Bretaña por imponer en su legislación a los comunitarios que se desplazan a su territorio el requisito de que tenga derecho a residir en el Reino Unido para poder ser considerado residente a efectos de solicitud de prestaciones especiales no contributivas previstas para los demandantes de empleo, entre ellas, las ayudas por hijo. Asunto C-308/14

<sup>11</sup> Vid. FERREIRA, N.: “The EU Free Movement of Persons from Spanish Perspective: Exploring its Evolution and Derogations”, *European Public Law*, Vol.19, 2013.

Expresaba la norma Española en 2007 que , en caso de residencia superior a tres meses, “todo ciudadano de un Estado Miembro... tiene derecho a la residencia en territorio del Estado español...”. Tras la modificación de 2012 se dice que la residencia superior a tres meses se reconocera a los trabajadores (concepto amplio, añadiendo los mismos supuestos a los que se extiende ese estatuto por el art.7º de la Directiva 2004/38) o a quienes demuestren poseer medios económicos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social de nuestro país durante su periodo de residencia.

objetivo es la condición o límite del primero, habrá que establecer con certeza los parámetros que precisen y objetiven la condición legal.

Las normas comunitarias sobre libre circulación, en especial, la Directiva 2004/38, art.7º.1, como hemos advertido, busca sin ambages la solvencia económica del ciudadano comunitario que se encuentra en el Estado de la UE de acogida para el período de residencia superior a tres meses. ¿Quiere ello decir que los ciudadanos que no son trabajadores no tienen derecho a solicitar prestaciones sociales de subsistencia porque si así fuera ya demostrarían que no disponen de suficientes recursos para justificar su residencia en el Estado de acogida?.

Lo que exige, en primer lugar, saber con certeza cuál es el concepto de trabajador que utilizan las normas comunitarias al respecto. En este sentido, como sabemos, si bien las normas comunitarias sobre libre circulación no lo definen, la Directiva 2004/38 adopta un criterio de ampliación del status de trabajador en los casos previstos en el art.7º.3, entre ellos, los que más interesan al objetivo de este estudio, los de desempleo involuntario, sin que se aporte un concepto comunitario pero distinguiendo a su vez según el tiempo previo de trabajo realizado (inferior o igual o superior a 1 año) para determinar el tiempo o duración en que se mantiene o prolonga el estatuto de trabajador. A saber, según dispone el precepto citado, si el trabajo previo fue de duración determinada por tiempo inferior a 1 año o hubo paro involuntario durante los primeros doce meses, el estatuto prolongado de trabajador “comunitario” se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a 6 meses. Estatuto ampliado que, por consiguiente, le haría titular de todos los derechos reconocidos a los trabajadores en el Reglamento 492/2011, a saber, uno, el de acceso al trabajo (entre el que habría que incluir el de “búsqueda efectiva” de empleo) y otro, el de acceso a las que esta norma comunitaria refiere bajo la expresión indeterminada de “ventajas sociales” previstas en el Estado de acogida. Si bajo esta expresión pudiéramos entender comprendidas tanto las prestaciones de asistencia social como las prestaciones especiales no contributivas, ¿cómo compatibilizar el art.24.2 de la Directiva con el Reglamento 492/2011?. En efecto, la Directiva expresa en ese precepto, en relación con el art.14, que los Estados Miembros pueden denegar las prestaciones asistenciales a los demandantes de empleo que se encuentran en su territorio y son nacionales de otro Estado Miembro.

En segundo lugar, y derivado de la anterior, habría también que determinar con certeza cuándo y en qué condiciones cupiera entender que el ciudadano comunitario no es trabajador a efectos de las normas legales sobre ciudadanía y libre circulación y, en consecuencia, cómo compatibilizar el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad con el enfoque gradual y proporcional que adoptan las normas comunitarias sobre residencia y en particular con la configuración condicional del derecho a acceder a prestaciones sociales en el Estado de acogida.

De ahí, nueva ambigüedad detectada, las normas comunitarias parecen exigir que se aplique un criterio o *test de proporcionalidad* que permita medir hasta donde han de aceptar los Estados Miembros un grado de solidaridad financiera o económica atendiendo las solicitudes de prestaciones de subsistencia de quienes no tienen suficientes recursos y se encuentran en su territorio. Y, por tanto, hasta donde la solicitud de una prestación de este tipo puede considerarse que impacta en el sistema nacional de asistencia social. De nuevo, la solución legal se basa en un concepto jurídico indeterminado, a saber, el de “carga excesiva” para el sistema de asistencia social que aparece como límite de la solidaridad social aceptada por la Directiva y, a la inversa, en otro indeterminado, el de “recursos suficientes” del ciudadano que neutralizaría el anterior. En primer lugar, se cuestiona en la Directiva la difícil conexión entre la limitación a acceder a prestaciones sociales y la imposibilidad de ser expulsados, de modo que el Considerando 16 dispone “Los beneficiarios del derecho de residencia no podrán ser expulsados mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Por ello, el recurso a la asistencia social no podrá tener por consecuencia automática una medida de expulsión. Conviene que el Estado miembro de acogida examine si tal recurso obedece a dificultades temporales y que tenga en cuenta la *duración de la residencia, las circunstancias personales y la cuantía de la ayuda concedida* antes de poder decidir si el beneficiario se ha convertido en una carga excesiva para su asistencia social y si procede su expulsión. En ningún caso se podrá adoptar una medida de expulsión contra trabajadores por cuenta ajena o propia, o personas que buscan empleo, tal como las define el Tribunal de Justicia, salvo por razones de orden público o seguridad pública”. Situación contradictoria porque a estos demandantes de empleo se les puede denegar la pensión pero, contrariamente, no pueden ser expulsados si se valoran esas circunstancias. Y, por otro lado, habrá que determinar si los criterios de valoración que impone la Directiva para evitar la expulsión son también los que pueden utilizarse para concretar o medir la solvencia económica del ciudadano comunitario no activo y, en su caso, para determinar si tienen o no derecho a acceder a las prestaciones sociales.

En este sentido, el art.8º dispone que para medir la solvencia económica, es decir para determinar que un ciudadano dispone de recursos suficientes, los Estados miembros no podrán establecer un importe fijo correspondiente a lo que consideran “recursos suficientes”, *sino que tendrán que tener en cuenta la situación personal del interesado*. En cualquier caso, dicho importe no superará el nivel de recursos por debajo del cual el Estado miembro de acogida puede conceder asistencia social a sus nacionales o, cuando no pueda aplicarse tal criterio, el nivel de la pensión mínima de seguridad social pagada por el Estado miembro de acogida. Y su artículo 14 prevé que en la comprobación de las condiciones de residencia previstas en el art.7ª (en concreto, las relacionadas con la solvencia

económica de los no trabajadores) los Estados Miembros *no* la pueden llevar a cabo “sistemáticamente”.

Ello quiere decir, en definitiva, que quedan abiertos los criterios que puedan utilizarse por el legislador nacional y por el TJUE para medir la solvencia económica en concreto cuando el ciudadano comunitario solicita los beneficios de la asistencia social del Estado Miembro. Parámetros que pudieran aplicarse bien de forma alternativa, bien de forma combinada, y refieren, respectivamente, al de apreciación global (*systemic evaluation*) y al de evaluación personal (*individual standard*). Y en el fondo permiten distintas soluciones como consecuencia del modelo que se entienda mejor define el proceso de solidaridad social transnacional derivado de estas normas comunitarias. O bien se opta por el “modelo de residencia formal o habitual en el Estado de acogida” o bien por el “modelo de integración”<sup>12</sup>. ¿Hay una opción clara o cierta en las normas sobre libre circulación por alguno de estos modelos?. Lo que conecta de forma inmediata con la segunda perspectiva de análisis sobre las contradicciones detectadas entre las normas comunitarias, a saber entre las de libre circulación y las de protección social.

#### 1.b. Divergencias entre las normas de libre circulación y las de protección social

Desde esta segunda perspectiva de análisis resulta difícil objetivar el criterio que permita determinar la norma prevalente. Si la opción fuera la de aplicación de la *lex specialis*, habría que precisar cuál de ellas responde a esa naturaleza para solucionar los supuestos en los que sus reglas pueden llegar a ser claramente contradictorias.

Sólo con la intención de dejar aquí planteadas las divergencias<sup>13</sup>, a las que volveremos más tarde, téngase en cuenta al menos las que derivan del que puede definirse como diferente modelo de solidaridad transnacional. En primer lugar, el Derecho Comunitario de ciudadanía apuesta por un modelo gradual de igualdad y no discriminación en el ámbito de la protección social vinculada a la libertad de circulación y de residencia; categoriza a los ciudadanos comunitarios, distinguiendo entre económicamente activos y no activos y atendiendo a éstos introduce una distinción según tengan o no recursos económicos, de modo que

---

<sup>12</sup> Véase THYM, D.: “The Elusive Limits of Solidarity: Residence Rights of an Social Benefits for Economically Inactive Union Citizens”, *CMLRev.*, núm.52, 2015, que muestra las imprecisiones de los Asuntos Brey y Dano y, en particular, analiza los distintos criterios que pueden utilizarse para medir el impacto de la solicitud de prestaciones sociales de subsistencia por los ciudadanos de la UE en los sistemas nacionales de asistencia social

<sup>13</sup> Véase entre otros, VONK, G.: “EU-Freedom of Movement: No protection for the Stranded Poor”, en <http://europeanlawblog.eu/?p=2606>. VERSCHUEREN, H.: “Free movement of persons in the EU and social rights: an area of conflicting secondary law instruments?”, *ERA Forum* (2011), 12, en especial pág.298

aquellos que menor solvencia económica tienen se encuentran en una zona gris con un precario estatuto de residente a la luz de estas normas. Y, por último, utilizan unos términos, ventajas sociales y asistencia social, en la definición del ámbito de protección social de subsistencia a los efectos de libre circulación.

Por el contrario, el Derecho Comunitario de coordinación de sistemas nacionales de protección social abandona cualquier definición o categorización de personas que circulan en el ámbito de la UE (utiliza el genérico de asegurado o incluido en el ámbito de aplicación de los respectivos sistemas nacionales de Seguridad Social); se basa en el modelo de residencia habitual o de hecho en el territorio del Estado Miembro para solicitar prestaciones sociales; e introduce un concepto, el de *prestaciones económicas especiales no contributivas*, que difiere formalmente del de asistencia social, que queda al margen del ámbito de estas normas de coordinación.

Relacionadas ambas modalidades de normas comunitarias, la cuestión que se plantea es si la solicitud de estas prestaciones especiales no contributivas, en tanto que definidas como de recurso para garantizar la subsistencia de quienes se encuentran en un estado de necesidad económico, puede conllevar la pérdida del derecho de residencia de las personas económicamente inactivas definido en la Directiva 2004/38. Es decir, sobre la previsión en esta norma de evitar que los ciudadanos comunitarios sean una carga excesiva para el sistema de asistencia social podría llegarse a la solución de considerar que lo es la reclamación de aquellas prestaciones sociales de subsistencia que reconoce el Reglamento Comunitario 883/2004; o en sentido contrario, podría interpretarse que aplicando en sentido estricto este Reglamento se admitiría que un ciudadano se trasladara desde uno Estado Miembro a otro para obtener prestaciones de este tipo y, de este modo, habría cumplido con la exigencia de solvencia económica como requisito de residencia en el Estado de acogida.

## *2. Soluciones ambiguas de contradicciones legales. La acción del TJUE y la distorsión del modelo.*

La ambigüedad y contradicción de las normas comunitarias ha sido resuelta por el TJUE a través de una interpretación que no se ha mantenido constante en estos años. No sólo modifica o readapta su propia doctrina sino que, tal vez jurídicamente menos admisible, se autocorrigió sin que al efecto explique de forma clara y razonada el cambio en su orientación.

Centrándonos en este estudio brevemente en las fases tras la Directiva 2004/38<sup>14</sup>, y en particular en los antecedentes más inmediatos del Asunto

---

<sup>14</sup> Sobre las diferentes fases en la legislación comunitaria y su conexión con la jurisprudencia del TJUE, puede verse WOLLENSCHLÄGER, F.: "The evolution of de Union Citizenship between Judicial

*Alimanovic*, podría adelantarse que el TJUE adoptó una interpretación restrictiva de las condiciones y limitaciones de la libertad de movimiento de los ciudadanos a la luz del Derecho Originario y, en consecuencia, una interpretación amplia de la extensión del derecho a la protección social derivado de la libertad de circulación como contenido del estatuto de la Ciudadanía de la Unión. Ciertamente es que en esta primera fase post-Directiva 2004/38 el TJUE admite la adecuación de esta norma al Derecho Originario Comunitario (hoy, TFUE) pero su orientación es clara hacia la expansión de esos derechos más allá de su limitada vertiente económica. Como resultado, desde una perspectiva subjetiva, amplia el concepto de trabajador y, por tanto, el de ciudadano económicamente activo a supuestos en los que sólo de forma mediata e indirecta cabía entender que hubiera una conexión o vínculo económico con el Estado de destino que permitiera obstaculizar los condicionantes o limitaciones que éste pudiera imponer al principio de igualdad y no discriminación de nacionalidad en su territorio en aquéllos supuestos en los que el ciudadano no hubiera adquirido la condición de residente de larga duración. Dicho de otro modo, se trataba de limitar o restringir la negativa de ese Estado a conceder prestaciones de subsistencia, beneficios sociales, ventajas sociales... alegando que el ciudadano es una carga excesiva para el sistema nacional de asistencia social porque no pudiera ser considerado trabajador a efectos comunitarios.

El TJUE<sup>15</sup> adoptó una posición favorable a la interpretación amplia de la libertad de movimiento a través de una aproximación restrictiva al concepto de “*carga excesiva*”, en primer lugar, eludiendo cualquier análisis del impacto económico, de las consecuencias económicas de esos beneficios sociales en la sostenibilidad del sistema nacional de asistencia social del Estado de acogida<sup>16</sup>, lo que tal vez hubiera exigido de los Estados Miembros una demostración casi imposible de ese efecto; en segundo lugar, atendiendo a la búsqueda de unos factores a la luz del principio de proporcionalidad que permitieran valorar la incidencia de la solicitud de prestaciones de esa naturaleza en el sistema nacional de aquel Estado<sup>17</sup>.

---

and Legislative Action”, [http://www.euce.org/eusa/2011/papers/8d\\_wollenschlaeger.pdf](http://www.euce.org/eusa/2011/papers/8d_wollenschlaeger.pdf), es importante destacar que este estudio se centra en el Asunto *Vatsouras*

<sup>15</sup> Recuérdense los supuestos de la Jurisprudencia del TJUE durante la primera mitad de la primera década del SXXI, Asuntos *Grzelczyk* 2001, Caso C-184/99; *Collins*, 2004, sentencia de 23 de marzo de 2004, Caso C-138/02; *Trojani*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Caso C-456/02; *Ioannidis* 2004, Caso C-258/04.

<sup>16</sup> Ya en esa época se avanzaba por la doctrina que el TJUE había desoído las advertencias que se hacían sobre esta cuestión, la de medición del impacto económico de esos beneficios sociales. Vid. HAILBRONNER, K.: “The EU Directive on Free Movement and Access to Social Benefits”, *CESifo, DICE, Report 4/2006*, pág.13

<sup>17</sup> THYM, D.: “The Elusive Limits of Solidarity...”, cit, pág.28 y ss.

Esta primera doctrina, que no expresa de forma indubitada y cierta las diferentes fases de ese test de proporcionalidad o de escrutinio directo, expande o amplía los factores con fundamento en el vínculo personal del ciudadano comunitario con el Estado de acogida. El vínculo económico directo e inmediato entre el ciudadano trabajador y ese Estado se amplía hacia, primero, el vínculo económico indirecto o mediato con el mercado de trabajo de ese Estado y, en consecuencia, introduce el que pudiera definirse como potencial vínculo económico que pudiera tener el ciudadano comunitario que se encuentra en el Estado de acogida en el que busca activamente empleo. Se expande así el que en terminología inglesa se denomina *real link to employment market*, exigiendo el TJUE una valoración del caso concreto (*individual standard*), es decir una atención a la situación de cada ciudadano, que, para un sector de la doctrina, contradecía la letra y el espíritu de la Directiva<sup>18</sup> cuando, como en caso de demandantes de empleo, es reacia a conceder igualdad de tratamiento a tales migrantes.

La cuestión posterior es si ese vínculo (cuya construcción se exporta de los asuntos sobre estudiantes planteados al TJUE hacia los ciudadanos migrantes) puede trascender absolutamente del económico, indirecto, para adentrarse en otros factores o elementos que pudieran demostrar que el ciudadano comunitario está vinculado socialmente con el Estado de acogida; es decir, que tiene un cierto grado de integración en ese Estado (vínculo real o efectivo, *real link* en terminología anglosajona) de modo que no puede denegar su solicitud de prestación social de subsistencia alegando que es una carga excesiva para su sistema nacional de asistencia social. En este sentido, la respuesta última antes del Asunto *Alimanovic* provenía de los Asuntos *Brey y Dano*, que en principio parecían afianzar los criterios que permitieran valorar la medida legal nacional restrictiva de derechos de protección social de los ciudadanos comunitarios que se encuentran en el Estado Miembro en función de la solvencia económica del ciudadano comunitario proporcionalmente exigible para hacer efectivos los objetivos de la Directiva 2004/38. Confirmaban esas sentencias que podría utilizarse, más allá del vínculo directivo económico con el mercado de trabajo, el del vínculo o integración en la sociedad de ese Estado, con la finalidad de restringir las excepciones al principio de igualdad de la Directiva comunitaria 2004/38; o dicho de otra forma, a la inversa, una interpretación amplia de los límites o condiciones impuestos a los Estados para que éstos denieguen los beneficios de asistencia social a los ciudadanos comunitarios.

---

<sup>18</sup> En este sentido, por ejemplo, O'BRIEN: "Real links, abstract rights and false alarm: the relationship between the ECJ's "real link" case law and national solidarity", *European Law Rev*, núm.33 2008, pág.643, que pone en evidencia los problemas que genera este criterio para su aplicación efectiva por los Estados Miembros y en base al mismo determinar en el caso concreto planteado para justificar el la aplicación del principio de igualdad o, por el contrario, restringirlo para quienes pueden ser considerados migrantes de la UE económicamente no activos. En el mismo sentido, GOLYNKER, O.: "Jobseekers'rights in the European Union: challenges of changing the paradigm of social solidarity", en *European Law Rev.*, núm.30, 2005, pág. 111 y ss.

La solución, no exactamente coincidente en ambas sentencias porque siguen apegadas a la resolución del diferente caso planteado en cada una de ellas (pensionista en el Asunto Brey; ciudadano que no busca activamente empleo en el Asunto *Dano*), proviene ahora de la inclusión de un nuevo elemento –en algún caso reclamado por un sector de la doctrina-, para resolver si la denegación de prestaciones sociales de subsistencia es proporcional y compatible con el principio de igualdad y no discriminación. Como bien se ha advertido por la doctrina<sup>19</sup> en esta sentencia confirma, por primera vez, que el motivo o intención de trasladarse a otro Estado diferente al de su origen es un criterio que ha de tenerse en cuenta para valorar su derecho a residir en ese Estado y para acceder a las prestaciones sociales.

Ello quiere decir que aunque pudiera interpretarse actualmente en sentido muy restringido el término “turismo social”, atendiendo a que sólo deben entenderse como tales las situaciones en las que los motivos o intenciones de traslado a ese Estado de acogida fueran solo obtener las prestaciones de subsistencia de ese Estado Miembro, se pone en evidencia y, por tanto, se duda si también sería aplicable en aquellos casos en los que si bien puede demostrarse que el ciudadano no se traslada a ese Estado con intención sola de obtener esas prestaciones, por determinadas circunstancias son ciudadanos que también solicitan esas prestaciones porque se encuentran en situación de necesidad económica en que aquellas se fundamentan. Piénsese en el acceso de los ciudadanos en búsqueda de trabajo a otros países de la UE a los subsidios mientras son demandantes de empleo; en el acceso de trabajadores de bajos ingresos o con trabajos muy precarios a las prestaciones complementarias y las asignaciones por hijos, incluso para los niños que no viven con ellos en el Estado miembro de acogida; en el acceso de los pensionistas de otro Estado a un complemento a su pensión en el Estado de acogida... Derechos que para su efectividad chocan con la principal limitación impuesta por las normas comunitarias sobre “ciudadanía” a la libre circulación de estas personas, a saber, la suficiencia o solvencia económica en los términos previstos en la Directiva 2004/38, que exige que tengan medios suficientes para no resultar una carga excesiva para el sistema nacional de asistencia social.

No puede obviarse, para cerrar el panorama previo a la solución adoptada en el Asunto *Alimanovic*, que la interpretación amplia o extensiva del derecho de acceso a las prestaciones sociales había sido criticada por un sector de la doctrina científica y por distintos Estados Miembros. En este sentido, a partir de la Sentencia *Dano* se propusieron soluciones claramente opuestas. Desde las más contundentes, en un sentido u otro; así, por un lado, se proponía que las normas comunitarias se modificaran para o bien expresar claramente que sólo los

---

<sup>19</sup> VERSCHUEREN, H.: “Preventing ‘benefit tourism’ in the EU: A Narrow or Broad Interpretation of the Possibilities offered by the ECJ in *Dano*”, *CMLRev.* Núm.52,2015, pág.374 y375

trabajadores y los residentes permanentes tienen derecho a prestaciones de subsistencia o bien incluir criterios objetivos de acceso a las prestaciones sociales de subsistencia, entre ellos, por ejemplo, fijar un tiempo de espera antes de tener derecho a determinadas prestaciones o beneficios sociales y un sistema de compensación entre Estado de origen y Estado de acogida por los gastos derivados de las prestaciones sociales pagadas a los ciudadanos comunitarios económicamente inactivos. Se trataría en definitiva de introducir criterios para objetivar el real o *genuine link*, y por tanto, que quedara subsumido el término “carga excesiva” en el positivo de precisión de aquellos criterios de acceso a las prestaciones sociales<sup>20</sup>. Pero también, lo contrario, es decir se hacían propuestas nacionales, y también de la Comisión Europea, que reafirmaban el impacto positivo de la inmigración en la UE y la escasa incidencia de la tasa de dependencia de los migrantes sobre los sistemas nacionales de protección social del Estado de Acogida en términos absolutos con apuesta decidida por la integración europea.<sup>21</sup>

El modelo de integración social adoptado por el TJUE, y al que no renuncia en la sentencia *Dano*, permitió en todos estos casos que, como un plus al modelo de residencia habitual o real, se pudiera condicionar el acceso a los beneficios sociales a una categoría de ciudadanos, los que cabe identificar bajo a expresión “ciudadanos de la UE económicamente no activos”. Condición que no es otra que el denominado vínculo real o vínculo efectivo, es decir, la prueba de cierto grado de integración en el Estado de acogida; de modo que contrastado en el caso concreto pueda permitir responder a la cuestión de si ese Estado puede aceptar o no la solicitud de prestaciones de subsistencia que le haga aquel ciudadano que ha de ser tratado de modo igual al de los ciudadanos nacionales. Lo que, a la inversa, puede significar una potencial exclusión social de la integración social, primero porque la valoración personal requiere analizar las circunstancias individuales de cada caso y segundo, porque el Estado Miembro puede establecer muy diferentes factores de integración social, más amplios o más restringidos, para determinar si el ciudadano de la UE tiene derecho o no a las prestaciones de subsistencia en el Estado de acogida.

---

<sup>20</sup> THYM, D.: “The Elusive Limits of Solidarity.....”, cit., pág.47. En este estudio describe con precisión las dos perspectivas para entender el significado de la Ciudadanía de la Unión y los límites de la solidaridad transnacional.

<sup>21</sup> Véase, detenidamente, POPTCHEVA, E.M.: *Freedom of movement and residence of EU citizens Access to social benefits*; European Parliamentary Research Service, 2014, . Puede consultarse en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/140808/LDM\\_BRI\(2014\)140808\\_REV1\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/140808/LDM_BRI(2014)140808_REV1_EN.pdf);

NEDELESCU, R.: *Free Movement of Persons....*, cit., que demuestra cómo el debate se ha exagerado. Analizando un supuesto concreto, el de Gran Bretaña, demuestra cómo una política de inmigración comunitaria restrictiva tendrá efectos negativos en el bienestar del Estado de acogida porque reducirá la presencia de inmigrantes cualificados en su territorio.

De este modo analizamos a continuación las diferentes situaciones de necesidad económica de los ciudadanos comunitarios y la determinación de la naturaleza de las prestaciones que pudieran encajar en el término de asistencia social a estos efectos.

### **III. PRESTACIONES SOCIALES DE SUBSISTENCIA Y CATEGORÍAS DE CIUDADANOS COMUNITARIOS. CONDICIONES Y LIMITACIONES TRAS LA SENTENCIA ALIMANOVIC**

La cuestión que planteamos a continuación tiene una doble perspectiva, ¿quiénes son ciudadanos económicamente inactivos en el ámbito de la UE a los que, en su caso, se pudiera limitar el acceso a las prestaciones sociales de subsistencia? Y, derivado de la misma ¿cuáles son esas prestaciones?. En ambos interrogantes con la finalidad de adoptar una solución, ¿amplia o restringida?, en la configuración del derecho a acceder a ese tipo de prestaciones y atendiendo al enfoque que haya que utilizarse, ¿desde las normas de libre circulación o desde las normas de protección social?.

Para entender las múltiples perspectivas que hay tras la cuestión general planteada, de los diferentes asuntos que ha conocido a lo largo de estos años el TJUE (o pudiera conocer en un futuro próximo), atendiendo en ellos a la valoración individual (*individual approach*) y la opción inicial por el modelo de integración social y sus instrumentos de aplicación, test de proporcionalidad y vínculo con el Estado de acogida, podríamos avanzar la casuística siguiente<sup>22</sup> que, en principio, representarían diferentes estatutos de ciudadanía de la Unión, unos más limitados y otros más amplios si analizados desde la perspectiva de acceso a las prestaciones sociales de subsistencia.

De este modo podrían distinguirse:

- 1) Demandante de empleo- Al que cabe definir como potencial trabajador en el Estado de acogida en el que busca efectivamente empleo
  - a. Demandante de primer empleo en el Estado de acogida (*first-time jobseekers*), al que se traslada con la finalidad de buscar activamente empleo –Caso *García-Nieto y otros*<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Sólo aquí nos referimos a la cuestión relativa al acceso a las prestaciones sociales. Otra añadida, debe advertirse, es la que refiere a la expulsión del ciudadano económicamente no activo del Estado de acogida.

<sup>23</sup> Pendiente de resolución por el TJUE, Asunto C-299/14, de 17 de junio de 2014. Se puede enunciar este caso como el de nacional de un Estado Miembro (España) que se desplaza al

- b. Desempleado y demandante de empleo (*second time jobseekers*) –  
Caso *Alimanovic*
- 2) Ciudadano que no busca empleo en el Estado de acogida por motivos muy diferentes:
- a. Ciudadano que se traslada al Estado de acogida con el único motivo de lograr los beneficios de la asistencia social de ese Estado - Caso *Dano*
  - b. Ciudadano que se traslada al Estado de acogida por otras circunstancias diferentes a la búsqueda de empleo o por obtener esos beneficios, por ejemplo, pensionistas del Estado de origen que se traslada al otro Estado y solicita prestaciones complementarias - Caso *Brey*
- 3) Trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia- Se presume que en cualquiera de sus situaciones tiene medios suficientes de vida y contribuye al sostenimiento financiero y económico del Estado de acogida a través del pago de impuestos y de cotizaciones- Caso *Vatsouras y Koupatantze*<sup>24</sup>

---

territorio de otro Estado (Alemania) y que reside allí desde hace menos de tres meses para buscar allí trabajo. Se trata de la Sra.García Nieto, de nacionalidad española, que se desplaza a Alemania con su hija; se inscribe el 1 de junio de 2012 como demandante de empleo y diez días después comienza a trabajar como ayudante de cocina, con un salario mensual neto de 600 euros, sujeto a cotización 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, se reunieron con ellas en Alemania. El Sr. Peña 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 esa actividad, volvió a percibir prestación por desempleo. Desde octubre de 2013 desempeñó un nuevo empleo que, según la petición de decisión prejudicial, expiró el 30 de septiembre de 2014.

La Sra.García Nieto y el Sr.Peña percibieron prestaciones familiares por sus dos hijos desde el mes de julio de 2012. Los hijos están escolarizados desde el 22 de agosto de 2012. El 30 de julio de 2012 presentaron solicitud de prestaciones de subsistencia previstas en la legislación; estas prestaciones se les deniegan al Sr.Peña y a su hijo respecto de los meses de agosto a septiembre de 2012 pues, conforme a la norma alemana, residían en Alemania desde hacía menos de tres meses y el Sr.Peña no era en ese momento trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia.

<sup>24</sup> Sentencia de 4 de junio de 2009, Caso C-22/08 y 23/08. Citada en la sentencia *Alimanovic*.

Se trata del supuesto de dos ciudadanos de nacionalidad griega que realizan en Alemania, respectivamente, una actividad menor y breve insuficiente para garantizar su subsistencia y otra que apenas duró algo más de un mes. Solicitan prestaciones previstas en la legislación alemana a favor de demandantes de empleo. Se le deniegan porque las autoridades alemanas consideran que no tienen la categoría o condición de trabajador en el sentido del hoy art.45 TFUE. El TJUE estima que estos ciudadanos de la UE son trabajadores a efectos de las normas de libre circulación, con independencia del nivel limitado de la retribución y de la corta duración de la actividad profesional y exige a la autoridad nacional competente que determine si se mantiene el vínculo real de estos ciudadanos con el mercado de trabajo del Estado de acogida para acceder a unas prestaciones cuyo objetivo es facilitar el acceso al mercado de trabajo. Téngase en cuenta que el TJUE considera que un factor para determinar si hay vínculo es el relativo mediante la constatación de que la persona de que se trate ha

## 1. El “derecho comunitario de residencia”

Si analizados todos esos supuestos desde la perspectiva del acceso a las prestaciones sociales habría que plantear si es posible reconducirlos a aquellos casos en los que, cualquiera que sea el motivo en que se basa el traslado personal al país de acogida (trabajo, educación, relaciones familiares.....), todos los ciudadanos de la UE que hacen uso de su derecho de libre circulación pueden encontrarse por circunstancias varias en “estado de necesidad” que, precisamente, es el fundamento de las denominadas prestaciones sociales de subsistencia. Si ello es así, desde las normas de ciudadanía y de libre circulación y demostrada la insuficiencia de recursos económicos, podría denegarse el acceso a las prestaciones sociales de este tipo.

O, por el contrario, se mantendría la diferencia entre estos diferentes supuestos atendiendo a si existe algún vínculo con el Estado de acogida que permita aplicar un test de proporcionalidad en la determinación o configuración legal de las normas nacionales de las prestaciones sociales de subsistencia. Si este fuera el caso habría que buscar el tipo de vínculo que permita enervar el recurso a la carga excesiva para denegar estas prestaciones. El vínculo ¿es económico, directo o indirecto, inmediato o mediato; o es social?. Por social cabría entender algunos de los siguientes: la duración de la estancia en el Estado Miembro; la situación temporal de necesidad; la situación o contexto familiar, por ejemplo residencia conyugal en ese Estado o escolarización allí de los hijos; la búsqueda de empleo de manera efectiva y real durante un período de tiempo razonable; el desempeño de un trabajo en el pasado no lejano en el Estado de acogida; haber encontrado un nuevo empleo con posterioridad a la solicitud de prestaciones asistenciales<sup>25</sup>.

Esta es la cuestión que se plantea, de nuevo, al TJUE en el Asunto *Alimanovic*. Es decir, si de algún modo se pudiera objetivar la categorización, volviendo a la perspectiva económica, y, por tanto, distinguiendo sólo entre trabajadores y no trabajadores o, por el contrario, se mantiene una categoría intermedia, la de demandante de empleo, que permita ampliar la solidaridad social y financiera hacia quienes están o se trasladan a un Estado diferente al de su nacionalidad con la intención de desarrollar un trabajo.

El TJUE evita dejar margen de apreciación al respecto y, tal vez pensando en los supuestos que tiene aún pendientes, opta por poner fin a su doctrina anterior flexible y amplia sobre la Ciudadanía de la Unión, sin referencia alguna al Derecho

---

buscado empleo de manera efectiva y real en el Estado miembro en cuestión durante un período razonable. Sigue su doctrina formulada en la Sentencia *Collins*.

<sup>25</sup> Entre otras, Sentencias *Collins*, *Vatsouras*, *Prete* (Sentencia de 25 de octubre de 2012, Caso C-367/11; *Brey*).

Comunitario Originario y centrándose sólo en el Derecho Derivado. Consciente de las divergencias detectadas entre las distintas normas aplicables a esta materia, admite que sólo hay unas aplicables, a saber, las de libre circulación, en concreto, la Directiva 2004/38 y ésta no en el sentido de que su finalidad, pese a lo dispuesto en sus considerandos, sea la de promover y facilitar la libre circulación y de residencia de todos los ciudadanos comunitarios sino que, por el contrario, es la norma que determina el alcance del principio de igualdad por razón de nacionalidad atendiendo a un criterio, el de residencia, sometido a los requisitos establecidos en la propia Directiva. Lo que dicho, en palabras del TJUE, ello significa que esta norma establece, más allá de un sistema gradual de residencia, el “*derecho de residencia*” para categorizar a los ciudadanos comunitarios, distinguiendo así entre los que tienen ese derecho porque cumplen los requisitos fijados en la Directiva y aquellos otros que no podrían disfrutar del mismo o, dicho claramente, su residencia sería ilegal. Derecho de residencia que es la condición para poder acceder a los derechos derivados de la libre circulación comunitaria, entre ellos, a las prestaciones asistenciales. Sólo se tiene derecho a este tipo de prestaciones cuando el ciudadano de la UE puede ser considerado residente legal en el Estado de acogida.

¿Cuándo se ostenta el derecho de residencia o cuándo la residencia del ciudadano comunitario es legal para poder acceder a las prestaciones de asistencia social?. La respuesta que en este caso da el TJUE, aunque formalmente y de forma expresa no se aparta de su doctrina anterior, evita la valoración personal e individual y la constatación de si en el caso concreto el ciudadano es una carga excesiva para el sistema de asistencia social; dicho de otra forma, los elementos o rasgos basados en el modelo de integración social se sustituyen por otro, objetivo y general, el de la condición de trabajador. Es ésta la condición a la que se vincula la residencia en el Estado de acogida y la transforma desde una situación de hecho a una situación de derecho, esto es, en *residencia económica legal* de acuerdo con los requisitos que, al efecto, prevé la Directiva 2004/38.

El estatuto de trabajador (con independencia de cuál sea la real situación económica de éste, sus condiciones de trabajo) del ciudadano comunitario a estos efectos no es único, de modo que, salvo que éste ya hubiera adquirido la condición de residente de larga duración en el Estado de acogida, la Directiva distingue entre trabajador comunitario propiamente dicho y aquellos ciudadanos que adquieren la condición de “asimilado legal” a trabajador. Asimilación que sólo proviene de los supuestos que el TJUE estima comprendidos en lo que ahora define como “*sistema gradual de mantenimiento de la condición de trabajador*”. Sistema que responde a la finalidad de la Directiva de extensión limitada del derecho de residencia y, en consecuencia, del acceso de prestaciones sociales a los ciudadanos de la UE bajo las premisas del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad.

De modo que, advierte el TJUE, este sistema legal (definido por el legislador comunitario atendiendo al test de proporcionalidad ) ya tiene en cuenta la situación individual de cada solicitante de una prestación social y, en especial, la que tiene que ver con la duración del ejercicio de una actividad económica previa en el Estado de acogida, es decir, asume el vínculo real y efectivo con el mercado de trabajo, admitiendo la permanencia o conservación de la condición de trabajador sólo en los casos previstos en el art.7º.2 y 3 de la Directiva. Supuestos que describen, entre otros, al que podríamos definir a efectos comunitarios como *demandante de empleo* receptor de prestaciones de subsistencia; a saber, el *desempleado* y, por tanto, previo trabajador en el Estado de acogida que pierde involuntariamente su empleo en este Estado y busca nuevo empleo (demandante de segundo empleo). Y sólo en los términos previstos en el citado precepto en función de la duración del trabajo previo<sup>26</sup>:

1. 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. Situación de prolongación “permanente” de la condición de trabajador en el Estado Miembro de acogida.
2. 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 (lo que quiere decir que el Estado Miembro puede extenderlo sólo hasta esos 6 meses o, carácter más favorable, ampliarlo por más tiempo); durante ese período conserva su derecho pleno de residencia en el acceso a las prestaciones sociales.

Transcurrido ese plazo, pierde la condición asimilada a trabajador y quedaría asimilado a la de demandante de primer empleo a efectos de acceso a las prestaciones sociales. Desde esta perspectiva, este ciudadano de la UE queda al margen del sistema gradual aunque hubiera sido trabajador en el Estado de origen y se constatará que el motivo de desplazamiento fue el buscar efectivamente empleo. Este no pueden ser expulsado del Estado de acogida mientras pueda

---

<sup>26</sup> Recuérdese que el art.7º de la Directiva extiende la condición de trabajador y, por tanto, también son asimilados a trabajador a efectos de prolongación de su derecho comunitario de residencia los dos siguientes: si sufre una incapacidad laboral temporal resultante de una enfermedad o accidente (mientras esté en esa situación); o 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.

demostrar que sigue buscando empleo, según dispone el art.14.4.b) de la Directiva, y siempre que, añade el TJUE, “tenga posibilidades reales de ser contratado”, pero puede no tener derecho a acceder a las prestaciones asistenciales si el Estado de acogida se apoya en la excepción del art.24.2, que le permite denegar esas prestaciones a un ciudadano de la UE que disfrute de un derecho de residencia sólo en calidad de demandante de empleo en su territorio.

Rechaza así el TJUE optar por un concepto amplio de demandante de empleo a efectos de libre circulación y de residencia, y en particular, en lo que refiere al acceso a las prestaciones sociales. No hay acceso a las mismas si no hay vínculo previo con el mercado de trabajo del Estado de acogida en los términos exclusivos previstos en la Directiva y, en consecuencia, cierra la posibilidad de alegar otras vías que pudiera proporcionar la legislación comunitaria sobre libre circulación. Nos referimos al Reglamento 492/2011 (art.10) y al mismo TFUE, art.45<sup>27</sup>, que en otras ocasiones sí ha utilizado el propio TJUE.

---

<sup>27</sup> Véase, VERSCHUEREN, H.: “Preventing ‘benefits tourism’ in the EU....”, cit., pág.378

Últimamente, por ejemplo, Asunto *Saint-Prix*, Sentencia de 23 de marzo de 2014, Caso C-507/12. La Sra. Saint Prix, de nacionalidad francesa, llegó al Reino Unido el 10 de julio de 2006, donde estuvo trabajando, principalmente como profesora de apoyo, entre el 1 de septiembre de 2006 y el 1 de agosto de 2007. Posteriormente se matriculó, para obtener un título en educación, en un curso de la Universidad de Londres, que en principio habría durado del 17 de septiembre de 2007 al 27 de junio de 2008. Entretanto se quedó embarazada, siendo la fecha prevista del parto el 2 de junio de 2008.

El 22 de enero de 2008 se apuntó a una empresa de trabajo temporal, con la esperanza de encontrar trabajo en centros de enseñanza secundaria, y el 1 de febrero abandonó el curso que seguía en la Universidad de Londres. Al no haber ningún puesto disponible en la enseñanza secundaria, estuvo trabajando temporalmente en escuelas infantiles. No obstante, el 12 de marzo de 2008, estando embarazada de casi seis meses, dejó dicho trabajo, por entender que la actividad de cuidar niños en la escuela infantil le exigía en ese momento un esfuerzo excesivo. Dedicó algunos días a buscar otro trabajo más adaptado a su embarazo, pero fue en vano. El 18 de marzo de 2008, es decir, once semanas antes de la fecha prevista para el parto, la Sra. Saint Prix presentó una solicitud de complemento de ingresos. Mediante resolución de 4 de mayo de 2008, el Secretary of State denegó la solicitud; la Sra. Saint Prix interpuso recurso ante el First-tier Tribunal (tribunal de primera instancia). El 21 de agosto de 2008, es decir, tres meses después del nacimiento prematuro de su hijo, la Sra. Saint Prix se reincorporó al trabajo.

En esta sentencia, a diferencia del Asunto *Alimanovic*, el TJUE (cdo 31) admite un concepto amplio de asimilado a trabajador con fundamento en el TFUE (art.45); dice el TJUE, “ni del conjunto del artículo 7 de la referida Directiva ni de las demás disposiciones de la misma se colige que, en esas circunstancias, un ciudadano de la Unión que no reúna los requisitos establecidos por dicho artículo se vea por ello privado de forma sistemática de la condición de «trabajador», en el sentido del artículo 45 TFUE”, que ha de debe interpretarse en sentido amplio en la medida en que define el ámbito de aplicación de una libertad fundamental prevista por el Tratado FUE.

Cierto es que en este caso hay una circunstancia especial, que de la que deriva la extensión de la condición de trabajador a estos efectos, el embarazo de la Sra.Saint-Prix. Por eso afirma el TJUE, cdo 46, si una ausencia motivada por un acontecimiento importante, como el embarazo y el parto, no afecta a la continuidad de los cinco años de residencia en el Estado miembro de acogida que se exigen para conceder el citado derecho (Directiva 2004/38), con mayor motivo, las limitaciones físicas relacionadas con la última fase del embarazo y el período inmediatamente posterior al parto

Para el TJUE hay dos grandes categorías de ciudadanos de la UE, los trabajadores (y asimilados legales) por un lado, y los que no pueden tener la condición de tales, por otro. De modo que los demandantes de empleo quedan absolutamente absorbidos en la macro categoría de ciudadanos comunitarios económicamente inactivos, entre los que se hallarán los demandantes de primer empleo, los desempleados de larga duración que han trabajado previamente en el Estado de acogida con trabajos de corta duración, los pensionistas, los estudiantes, los turistas... a los que se reconoce un derecho de residencia durante un período de tres meses y, pasado ese tiempo, tendrán que demostrar que tienen suficientes recursos para no convertirse en una carga excesiva para los sistemas nacionales de asistencia social.

## *2. Naturaleza de las prestaciones económicas de subsistencia*

Hay un segundo aspecto en la sentencia del TJUE que requiere su análisis. A saber, el de la calificación de las prestaciones de subsistencia atendiendo a las normas comunitarias. Porque, como exponíamos más arriba, una de las contradicciones entre el Derecho Comunitario de ciudadanía y el Derecho Comunitario de coordinación de los sistemas nacionales de protección social radica en el concepto de prestación económica social de subsistencia o ligada a la falta de recursos de quienes la solicitan y en el modelo de solidaridad social transnacional o de concepción de la Ciudadanía de la Unión en el acceso a ese tipo de prestaciones.

Si atendemos al Derecho Comunitario, hay tres términos diferentes que en este contexto, en el de los derechos de protección de los ciudadanos en la Unión Europea, a saber, prestaciones de Seguridad Social, ventajas sociales y prestaciones de asistencia social, sin que haya una definición en estas normas 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.

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

---

que temporalmente obligan a una mujer a dejar de trabajar no pueden acarrear la pérdida de la condición de trabajadora de dicha mujer.

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 Rglto) porque a ellas se aplican las reglas previstas en esa norma para quienes son 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. En los años 90 (a través del Reglto 1247/92) se modifican las normas de coordinación de sistemas de protección social en la UE en dos aspectos, uno, el de la elusión del concepto de trabajador a estos efectos y otro el de la inclusión de un tipo nuevo de prestaciones, *las especiales no contributivas*, con la finalidad de poner límite a la Jurisprudencia del TJUE por entonces favorable a una interpretación amplia de las prestaciones de Seguridad Social a las que exclusivamente aludía el Reglto 1408/71, optando el legislador comunitario por la aplicación a aquellas prestaciones de un régimen o estatuto intermedio entre unas, las prestaciones asistenciales excluidas del régimen de coordinación, y otras, las de Seguridad Social propiamente dichas con un régimen pleno de coordinación. La coordinación limitada para estas prestaciones especiales no contributivas no se acompañó inicialmente de una definición de las mismas con la finalidad de distinguir las de asistencia social. Posteriormente se adopta una definición basada en tres elementos, objetivo, financiero y formal (art.70) de modo que, aunque respondan a una finalidad no distinta a las de asistencia social (a saber, cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de Seguridad Social, 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), si están listadas en el Anexo X<sup>28</sup> del citado Reglto, se

---

<sup>28</sup> Por poner sólo algún ejemplo. En 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. 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

diferencian a estos efectos (a los de coordinación de los sistemas de protección social) de las de asistencia social. Diferencia que consiste, fundamentalmente, en aplicar sólo a aquéllas, a las prestaciones especiales no contributivas, un sistema limitado de coordinación, basado en el principio de igualdad por razón de nacionalidad <sup>29</sup> y en el criterio de residencia habitual o de hecho en el Estado Miembro de que se trate para que éste haya de conceder a los residentes en su territorio, nacionales o no, las prestaciones de este tipo que soliciten atendiendo a los requisitos previstos en su legislación. Pese a las limitaciones impuestas por el Reglamento (no son exportables; se abonan exclusivamente por las instituciones competentes del Estado de residencia con arreglo a la legislación de ese Estado; se mantiene para ellas la cláusula de residencia, conforme a lo dispuesto en el art.7<sup>o</sup><sup>30</sup>; ; admiten, según las necesidades, totalizar los períodos de residencia cumplidos en otros Estados), no se exige ningún requisito adicional a la residencia de hecho en el Estado de acogida al que éste pueda condicionar el derecho de acceso a estas prestaciones.

Resulta, no obstante, que las normas actuales sobre libre circulación reproducen los términos ya utilizados por las anteriores, el de “asistencia social” (Directiva 2004/38) y el de “ventajas sociales” (Reglamento 492/2011), que, definidas ampliamente por el TJUE<sup>31</sup> atendiendo a su finalidad de garantizar la movilidad en la UE<sup>32</sup>, se considera una “macrocategoría”<sup>33</sup>, comprensiva tanto de prestaciones

---

admisibilidad para percibir un suplemento temporal a raíz de la prestación por desempleo (apartado 1 del artículo 24 del libro II del Código Social.

<sup>29</sup> En este sentido, se confirma actualmente por la Sentencia TJUE de 11 de noviembre de 2014, Asunto C-333/13, *Dano*, apdo 55.

<sup>30</sup> 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

<sup>31</sup> Revisando la Jurisprudencia del TJUE conviene advertir que bajo la expresión “ventajas sociales” ha entendido que cabe referirse, entre otros, a los supuestos siguientes: reducción del precio de transportes, becas de estudios, seguro de fallecimiento y prestaciones de seguridad social, medidas económicas de activación de empleo para demandantes de empleo....

<sup>32</sup> 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.7<sup>o</sup>.2 Reglamento 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 Reglamento 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

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 de asistencia social, que, con la misma finalidad, están excluidas del ámbito material del Rglto 883/2004, pero que, por el contrario, utilizan las normas sobre libre circulación 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 trabajadores 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 2004/38<sup>34</sup>, 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, aunque formalmente se configura como una excepción al principio de no discriminación por razón de nacionalidad (art.24.1 Directiva 2004/38), el TJUE ahora lo justifica ampliamente porque, dice, “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*, cdo 77).

Es así como el TJUE replantea ahora su propia jurisprudencia, no sólo en el sentido de que haya prestaciones de tengan naturaleza mixta (sentencia *Skalka*

---

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.

<sup>33</sup> MARTÍN VIDA, M<sup>a</sup> 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

<sup>34</sup> 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

35).), o que el concepto de asistencia social tenga una doble acepción desde unas normas, las de coordinación , y las de otras, las de libre circulación, sino, bien distinto, que éstas últimas son las que priman o prevalecen en la configuración desde el Derecho Comunitario. Dicho de otra forma, se acepta un concepto comunitario de asistencia social que el TJUE lo define en sentido 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, como hemos visto, ha de analizarse en los términos previstos en el Derecho Comunitario sobre libre circulación, frente al concepto de residencia habitual propio de las normas de coordinación en el sentido del Reglto 883/2004 <sup>36</sup>. Y que los criterios para determinar la residencia

---

<sup>35</sup> 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 (está prevista en el ANEXO X del Reglto 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

<sup>36</sup> 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?»

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 <sup>37</sup>.

Se reafirma, por tanto aunque implícitamente, en la Sentencia *Brey*, en la que se había declarado 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 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 las reglas nacionales sobre residencia derivadas del Derecho Comunitario de libre circulación<sup>38</sup>.

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

---

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.

<sup>37</sup> 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>

<sup>38</sup> Es criticable la referencia en esta sentencia al 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 “residencia 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 exprese 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.

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, Sentencia *Dano*, apdo 63, Sentencia *Alimanovic*, apdo 44).

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.

Cuestión inmediata es la que refiere a la distinción entre “asistencia social” y “ventajas sociales”, que recoge el Reglto 492/11. Norma comunitaria que pudiera ser interpretada en el sentido de que quienes tienen reconocido el derecho a acceder al territorio del Estado de acogida para buscar activamente empleo tienen también derecho a las ventajas sociales previstas por ese Estado (art.7º Rglto 492/2011). En este sentido, el TJUE distinguía dos conceptos de asistencia social que, cuando menos, definían dos conceptos de ciudadanos económicamente no activos. 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*<sup>39</sup>) 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 Reglto 492/2011 y, en consecuencia, del art.45 y ss del TFUE.

---

<sup>39</sup> -Dijo el TJUE en esta sentencia 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 solución, que limitaría el margen de los Estados miembros en la configuración de los requisitos de acceso a las prestaciones asistenciales, ahora no se acepta por el TJUE en el Asunto *Alimanovic* porque, aunque el legislador nacional las configurara como prestaciones destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo de un Estado Miembro, hay que estar al elemento o rasgo prevalente de su función. En efecto, el AG propuso al Tribunal adoptar una solución basada en el 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 llevó a 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, por otro, habría de centrarse en su *función preponderante*, que, a su juicio, afirmaba, “ es indiscutiblemente, garantizar los medios de subsistencia necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana” (apdo 72 de las Conclusiones Generales). Esta propuesta se acepta por el TJUE apartándose así, expresamente, de la solución adoptada en la Sentencia *Vatosouras y Koupatantze*.

#### IV. CONCLUSIONES

En el Asunto *Alimanovic* el TJUE responde a alguna de las cuestiones planteadas tras el Asunto *Dano*, pero deja otras abiertas.

Las que pueden considerarse cerradas son dos: i) confirma la tendencia del TJUE hacia una interpretación amplia de las condiciones o limitaciones del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso a las prestaciones sociales de los ciudadanos comunitarios económicamente no activos; ii) y da un paso decidido hacia el criterio de residencia “legal” como único factor de integración y, por tanto, como límite a la solidaridad transnacional en la UE.

Es cierto que no rechaza formalmente el test de proporcionalidad unido al de vínculo entre el ciudadano de la UE y el Estado de acogida, pero resulta que sólo acepta el criterio del vínculo económico del ciudadano de la UE con el mercado de trabajo del Estado de acogida, sea directo e inmediato o indirecto o mediato. Ello significa que el TJUE diferencia dos conceptos comunitarios de “demandante de empleo” a los efectos de acceso a las prestaciones sociales de subsistencia ( asistencia social en terminología comunitaria) en los Estados Miembros de acogida; uno, el de desempleado-demandante de segundo empleo y otro, el de demandante de primer empleo. Desempleado, además, que no en todo caso retiene su derecho de residencia en el país de destino ni su derecho a acceder a las

prestaciones de subsistencia porque las normas comunitarias sobre libre circulación exigen que el desempleado haya desarrollado previamente en ese territorio un trabajo prolongado. De lo contrario, su asimilación a trabajador a estos efectos se puede limitar por los Estados Miembros a un plazo de 6 meses tras el cese en el trabajo previo.

Es así como el modelo de integración queda difuminado porque rechaza, sin explicar por qué, el vínculo individual como mecanismo o criterio para medir el impacto que la solicitud de prestaciones sociales de subsistencia tendría en el sistema de asistencia social y, en consecuencia, libera a los Estados Miembros de acogida de tener que probar en estos casos que estos ciudadanos representan una “carga excesiva” para su sistema nacional de asistencia social.

Y es evidente que el TJUE opta por una categorización de ciudadanos comunitarios migrantes con fundamento en su solvencia económica derivada de un trabajo efectivo. . El trabajador es el centro de la libertad de circulación comunitaria . Hay por tanto, tras *Alimanovic*, un viaje de ida y vuelta.

Son varias las cuestiones abiertas, entre otras si los Estados Miembros pueden exigir un test de residencia y, en consecuencia, cuál sería su efecto en las prestaciones sociales, en particular respecto de las prestaciones especiales no contributivas que, salvo que se modifique el Reglamento UE 883/2004 excluyéndolas de su ámbito de aplicación, se basan en un modelo de solidaridad, el de residencia habitual o de hecho en el Estado de la UE de acogida. Países como España tal vez piensen en reformular el contenido del Anexo X del citado Reglamento porque no parece jurídicamente aceptable que pudiera denegar estas prestaciones a los ciudadanos comunitarios que se desplazan a su territorio y desarrollan trabajo en nuestro país, pierden su empleo anterior de duración inferior a un año, transcurren más de seis meses como parados involuntarios, se inscriben como demandantes de empleo y no encuentran de nuevo trabajo en nuestro país. En esta situación, agotadas las prestaciones a las que pudiera tener derecho en nuestro Sistema de Protección por Desempleo, podría solicitar las de subsistencia listadas en el Anexo X del Reglamento. ¿Denegará unas prestaciones que España ha incluido en la norma comunitaria de coordinación con la intención clara de reconocerlas a los ciudadanos comunitarios que se encuentren en su territorio bajo los criterios que las definen, es decir, cuando hay una situación de necesidad?. Y si las denegara, ¿lo hará aplicando un test de residencia en sentido estricto, el admitido primero en Dano y ahora Alimanovic, aduciendo que no hay en este caso residencia comunitaria legal porque el ciudadano no puede probar que se encuentra en nuestro país en alguna de las condiciones previstas en la Directiva 2004/38?.

Es evidente que aún hay que contestar a una cuestión general, los ciudadanos comunitarios sin recursos suficientes ¿son migrantes ilegales?. Si hay

ciudadanos comunitarios que pueden no disfrutar de “un derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38”, ¿Cómo afectaría a otras ventajas sociales no estrictamente concebidas como prestaciones sociales de subsistencia?; ¿estarán en situación ilegal y, por tanto, podría plantearse ahora también su expulsión?. ¿No hay remedio desde el Derecho de la Unión Europea para estas personas?<sup>40</sup>.

Y, por concluir, nada parece que impida en un futuro al TJUE extender la interpretación restrictiva de los supuestos asimilados a la condición de trabajador a la propia definición comunitaria de trabajador. Cerrado el debate sobre el turismo social y cerrado también sobre los demandantes de empleo, ¿qué cambios se podrán adoptar sobre el bienestar de los trabajadores que hacen uso de su libertad de circulación en aquellos casos en los que no son altamente cualificados?.

## V. BIBLIOGRAFÍA

BLAUBERGER, M. and SCHMIDT, S.: “Welfare migration? Free movement of EU citizens and access to social benefits”, *Research and Politics*, Oct-Dec 2014

CANTILLON, B., VERSCHUEREN H. and PLOSCAR, P (eds.): *Social Inclusion and Social Protection in the EU: Interactions between Law and Policy*; Intersentia, Cambridge and Antwerp, 2012,

DAVE: Right to reside: Carry on as before?

FERREIRA, N.: “The EU Free Movement of Persons from Spanish Perspective: Exploring its Evolution and Derogations”, *European Public Law*, Vol.19, 2013.

GOLYNKER, O.: “Jobseekers’ rights in the European Union: challenges of changing the paradigm of social solidarity”, en *European Law Rev.*, núm.30, 2005

HAILBRONNER, K.: “The EU Directive on Free Movement and Access to Social Benefits”, *CESifo, DICE, Report 4/2006*

HITCHING, E.: “The ‘Right to Reside’ and Social Security Entitlements”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, Vol.29, N.1, 2007

KRAMER, D.: “Had the Only Worked one month Longer! An Analysis of the Alimanovic Case”, <http://europeanlawblog.eu/?p=2913>

---

<sup>40</sup> Véase STUDY ON MOBILITY, MIGRATION AND DESTITUTION IN THE EU, Comisión Europea, 2014

MARTÍN VIDA, M<sup>a</sup> 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 2007

O`BRIEN, C.: “Real links, abstract rights and false alarms: the relationship between the ECJ’s ‘real link’ Case Law and national solidarity”, *European Law Review*, Vol.33, n.5, 2008

NEDELESCU, R.: “Free Movement of Persons: The Mirage of Social Security Schemes”, *Bruges European Economic Research Papers*, núm.34, 2015

PEERS, S. : EU citizens’ access to benefits: the CJEU clarifies the position of former workers

PENNINGS, F. and VONK, G.: *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2015

POPTCHEVA, E.M.: *Freedom of movement and residence of EU citizens Access to social benefits*; European Parliamentary Research Service, 2014, . Puede consultarse en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/140808/LDM\\_BRI\(2014\)140808\\_REV1\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/140808/LDM_BRI(2014)140808_REV1_EN.pdf)

PUTTICK, K.: EEA workers’ free movement and social rights after Dano and St Prix: Is a Pandora’s box of new economic integration and ‘contribution’ requirements opening?

VAN DER MEI, A.P: Alimanovic: social tourism and jobseekers. <http://law.maastrichtuniversity.nl/newsandviews/alimanovic-social-tourism-and-jobseekers/#sthash.bOzBttYA.dpuf>

VONK, G.: “EU-Freedom of movement: no protection for the stranded poor”, en <http://europeanlawblog.eu/?p=2606>

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M<sup>a</sup>.Y.: “Ciudadanía de la Unión y derechos de protección social. Balance y perspectivas del modelo condicional de integración social comunitaria”, REDE, núm.56, 2015 (de próxima publicación). Primera versión e <http://eprints.ucm.es/31448/>

SHARPSTON : “Transparency and clear legal language in the European Union”, 12 CYELS, 2009, 10

SHIEK, D. (ed.): *The EU Economic and Social Model in the Global Crisis*, Ashgate, 2015

THYM, D.: “The Elusive Limits of Solidarity: Residence Rights of an Social Benefits for Economically Inactive Union Citizens”, *CMLRev.*, núm.52, 2015

VERSCHUEREN, H.:

-“Do National Activation Measures Stand the Test of European Law on the Free Movement of Workers and Jobseekers?”, *European Journal of Migration Law*, núm.12, 2010

- “Free Movement or Benefit Tourism: The Unreasonable Burden of Brey”; *European Journal of Migration Law*; 2014, Vol.16, 2.

- “Preventing ‘benefit tourism’ in the EU: A Narrow or Broad Interpretation of the Possibilities offered by the ECJ in Dano”, *CMLRev.* Núm.52,2015

WOLLENSCHLÄGER, F.: The evolution of Union Citizenship between judicial and legislative Action,

[http://www.euce.org/eusa/2011/papers/8d\\_wollenschlaeger.pdf](http://www.euce.org/eusa/2011/papers/8d_wollenschlaeger.pdf)