

DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN Y PRESTACIONES SOCIALES EN TIEMPOS DE CRISIS: ¿HACIA UN PLANTEAMIENTO CASUÍSTICO Y AMBIGUO DE LA SOLIDARIDAD ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS?

ISABEL LIROLA DELGADO*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL DEBATE EN TORNO AL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN: DE NUEVO EL RECELO FRENTE AL «TURISMO SOCIAL».
- III. DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y ACCESO A PRESTACIONES DE ASISTENCIA SOCIAL: UN ANÁLISIS DE LOS CASOS TEST A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE.
 1. CONSIDERACIONES PREVIAS.
 2. LOS SUPUESTOS CONTROVERTIDOS CUBIERTOS POR LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES.
 - A) *El ejercicio de actividades económicas menores o a tiempo parcial.*
 - B) *El acceso de los hijos de los trabajadores migrantes a las ayudas de estudios previstas en el Estado de acogida.*
 - C) *Los solicitantes de empleo.*
 3. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO A LOS NO ACTIVOS.
 - A) *La progresiva configuración de un principio relativo a la aplicación de la igualdad de trato a los ciudadanos de la UE inactivos económicamente.*
 - B) *La relación entre las prestaciones previstas en el Reglamento 883/2004 y el concepto de asistencia social a efectos de la Directiva 2004/38.*
 - C) *La exportación de las ayudas de estudios previstas en el Estado miembro de origen.*
- IV. DERECHO DE RESIDENCIA Y SOLIDARIDAD SOCIAL EN LA UE: LOS RIESGOS DE LA CASUÍSTICA Y LA NECESIDAD DE UNA CLARIFICACIÓN DEL SISTEMA
- V. REFLEXIONES FINALES.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público (Acreditada a Catedrática de Universidad) Universidad de Santiago de Compostela).

I. INTRODUCCIÓN

Resulta ya un clásico referirse a los derechos de libre circulación y residencia como uno de los mayores logros del proceso de integración europeo y como la cara más visible de la ciudadanía de la Unión Europea, tal y como sigue confirmando la opinión de los ciudadanos¹. Sin embargo, en consonancia con el carácter experimental de esta institución², el desarrollo de ambos derechos está ligado a las dinámicas y tensiones que experimenta la Unión Europea, y por tanto también a la crisis económica, política y social acaecida en la última década. Dicha crisis es uno de los mayores envites que la Unión ha debido afrontar, sin que las repercusiones, significación y alcance sobre estos dos derechos estén aun determinados, aunque sus efectos sean notoriamente perceptibles. Por esta razón, hemos considerado el interés y la oportunidad que tendría identificar y analizar las cuestiones nuevas o renovadas que el ejercicio de la libre circulación y residencia en la Unión Europea está suscitando, prestando especial atención a su conexión con la crisis económica y a las posibles tendencias restrictivas que de la misma parecen derivarse.

El resultado de esta labor, que hemos desarrollado de forma conjunta, comprende dos estudios independientes en su autoría, pero complementarios y estrechamente relacionados entre sí³. Ambos trabajos comparten pues una misma metodología, basada en el análisis de la jurisprudencia del TJUE en función de la labor crucial desempeñada por esta Institución en el desarrollo de estos derechos, al igual que en el de la propia configuración de la ciudadanía de la Unión.

También la premisa de partida es la misma y se centra en el carácter nuclear de los derechos de libre circulación y residencia como pilares fundamentales de la ciudadanía de la Unión. A este respecto, las dos contribuciones reflejan la firme convicción de que esta institución es esencial para garantizar la libertad y la igualdad en la Unión Europea, además de empoderar al ciudadano⁴ y mejorar sus expectativas y horizontes, de lo que se despren-

¹ Eurobarometer 15-24/03/2014.

² GUILD, E., GORTÁZAR ROTAECHE, C., KOSTAKOPOULOU, D., *The reconceptualization of European Union citizenship*, M. Nijhoff, Leiden, 2014, p. 1 y ss.

³ Vid el estudio de MARTÍN MARTÍNEZ, M., «Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: Una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE», *RDCE*, nº 49.

⁴ KOCHENOV, D., «The essence of EU citizenship emerging from the last ten years of academic debate: beyond the cherry blossoms and the moon?», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 62, 2013, nº1, p. 134.

de el imperativo de proteger el acervo normativo hasta el presente adquirido frente a posibles derivas restrictivas, así como la necesidad de no dar por sentado su irreversibilidad⁵.

Finalmente, el contexto de las dos contribuciones es igualmente común, puesto que se refiere al escenario en el que se ha desarrollado la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), que justamente coincide con los albores de la crisis económica. Tal y como indican los análisis cuantitativos, la crisis no ha dado lugar a un incremento significativo del ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia por los ciudadanos de la Unión, más allá del que ya se había producido con ocasión de las ampliaciones de 2004 y 2007, pero si ha traído consigo la consolidación de algunas dinámicas y tensiones que se habían atisbado durante este periodo⁶. Entre ellas, destaca la existencia de una nueva generación de ciudadanos europeos que van a hacer uso de sus derechos de libre circulación sin acomodarse ni responder a los perfiles migratorios típicos del pasado, sino buscando rentabilizar las oportunidades para su promoción profesional y personal en un nuevo espacio de movilidad europeo⁷.

En paralelo, el intervalo entre 2008-2013 ha coincidido con el periodo transitorio fijado para Rumania y Bulgaria, lo que se ha traducido en la movilidad de un porcentaje muy importante de ciudadanos de estas dos nacionalidades, que ha sido recibida con recelo por los Estados miembros de acogida. Tampoco hay que olvidar que este momento se corresponde con el de la plena aplicación de las disposiciones relativas a la libre circulación y residencia por los Estados miembros que se habían adherido en 2004, y por tanto, con el afloramiento y la percepción nítida de las dificultades que la implementación de tales normas ha suscitado en los diferentes sistemas jurídicos

⁵ CLOSA, C./VINTILA, C.D., «La ciudadanía europea en tiempos de crisis», LÓPEZ GARRIDO, D., (dir), *El estado de la Unión Europea, La ciudadanía europea en tiempos de crisis*, Fundación Alternativas y Friedrich-Ebert-Stiftung, Madrid, 2014, p. 20.

⁶ *Vid. Employment and social development in Europe 2013*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, 2014, pp.284-286.

⁷ La incidencia directa de la crisis en este fenómeno parece incuestionable, al propiciar el desplazamiento de jóvenes, procedentes principalmente de los Estados miembros económicamente más débiles y con mayores índices de desempleo, hacia aquellos otros socios con más oportunidades laborales y/o de formación. (*Vid.* KRINGS, T., BOBEK, A., MORIARTY, E., SALAMOŃSKA, J., WICKHAM, J., «Polish migration to Ireland: free movers in the new European Mobility Space», *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 39, 2013, nº1, p.88.

nacionales, como revelan las dificultades para aceptar la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad o la mudable interpretación del orden y la seguridad públicas.

La conjunción de todos estos factores ha provocado que el aumento del número de ciudadanos de la Unión que han decidido ejercer sus derechos de libre circulación y residencia no haya afectado uniformemente a todos los Estados miembros, hasta el extremo de provocar una nueva división entre ellos, según hayan devenido en Estados de origen o de acogida, de manera que en cada una de estas dos categorías el debate político y social difiere de forma sustancial⁸. A nuestro juicio, conviene resaltar que la evolución de la movilidad interior en la UE se ha producido de forma espontánea, sin que aparentemente se haya acordado política o medida alguna por parte de las Instituciones de la Unión para encauzar estos flujos circulatorios internos al objeto de satisfacer algunas de las necesidades detectadas en el marco de la política común sobre inmigración, como por ejemplo, la exigencia de mano de obra cualificada o la problemática derivada del envejecimiento de la población de la Unión⁹. Sin embargo, esta conexión entre movilidad de ciudadanos de la Unión Europea e inmigración procedente de terceros países sí parece haberse producido en los términos del debate y de las opiniones públicas de los Estados miembros de acogida afectados, dando lugar a una perniciosa equiparación en virtud de la cual todos ellos han pasado a formar parte de una misma categoría genérica, la de «inmigrantes»¹⁰. Se ignora así el valor y contenido propios del estatuto de la ciudadanía de la Unión, propi-

⁸ Así, en algunos de los Estados de acogida más afectados por la movilidad interior, caso de Gran Bretaña, Alemania u Holanda, la polémica se ha focalizado en la incidencia negativa sobre sus sistemas sociales, mientras que, por el contrario, en los Estados de origen, por ejemplo Rumania o España, versa sobre la pérdida de recursos humanos y talento o los efectos de dicha fuga de jóvenes cerebros. Para una visión holística y acertada, ver SHAW, J., «Citizenship: contrasting dynamics at the interface of integration and constitutionalism», *EUI Working Papers*, RSCAS 2010-60, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUDO Citizenship Observatory, y «EU citizenship and the edges of Europe», *CITSEE Working Paper 2012/19*, p.5.

⁹ «V Informe anual sobre Inmigración y Asilo (2013)», *COM (2014) 288 final* de 22.5.2014, p.15.

¹⁰ GUILD, E., CARRERA, S., EISELE, K., «Social benefits and migration. A contested relationship and policy challenge in the EU. A contested relationship and policy challenge in the EU, Justice and Home Affairs», *CEPS Paperbacks*, 2013, pp. 111-127. En esta misma dirección apunta, KOSTAKOPOULOU, D., «When EU Citizens become Foreigners», *European Law Journal*, Vol, 20, 2014, nº 4, pp. 447-463

ciendo la proliferación de opiniones sobre los efectos negativos de la libre circulación sobre los sistemas nacionales de protección social y el estado de bienestar que en gran medida carecen de un fundamento estadístico o documental real¹¹.

Por lo que al esquema de este trabajo se refiere, en primer lugar, nos ha parecido necesario definir el debate actual en torno al ejercicio del derecho de residencia en los términos más exactos posibles, constatando que se trata nuevamente del recelo frente al llamado «turismo social». Este debate, que se ha suscitado en cada una de las ocasiones en las que se ha planteado un aumento potencial o real de los beneficiarios de la libre circulación de personas en el proceso de integración europeo¹², se centra en la cuestión concerniente a la interpretación y aplicación de la Directiva 2004/38 en relación al acceso a las prestaciones sociales en el Estado miembro de acogida por los ciudadanos de la Unión que ejercen el derecho de residencia (II). En segundo lugar, partiendo de unas consideraciones previas sobre la construcción jurisprudencial del TJUE en esta materia, procedemos a examinar una serie de situaciones que por su conflictividad se presentan como casos test de los problemas que dicha cuestión plantea, destacando las «nuevas» tendencias que, a nuestro entender, refleja la jurisprudencia más reciente (III). Este análisis nos lleva a una valoración de los criterios utilizados por el Tribunal para determinar el alcance de la solidaridad entre los Estados miembros, en la que señalamos los riesgos de la casuística a la que conduce la utilización de estos criterios así como la necesidad de clarificar el sistema establecido por la Directiva 2004/38 (IV). Finalmente se presentan unas conclusiones, fruto de la reflexión conjunta con Magdalena Martín, en torno a la aparición de posibles tendencias restrictivas de los derechos de libre circulación y residencia que pudieran erosionar el principio de solidaridad entre los Estados miembros de la Unión (V).

II. EL DEBATE EN TORNO AL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN: DE NUEVO EL RECELO FRENTE AL «TURISMO SOCIAL»

El colofón necesario del derecho de libre circulación es el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión que, tratándose de un derecho de

¹¹ GIULIETTI, C., KAHANEC, M., «Does generous welfare attract immigrants? Toward evidence-based policy-making», *Social benefits...*, *op.cit.*, pp. 137-140.

¹² Cf. GROENENDIJK, K., «Access for migrants to social assistance: Closing the frontiers or reducing citizenship?» en *Ibidem*, p.19.

carácter fundamentalmente instrumental, alcanza pleno contenido a través del principio de igualdad de trato. Esta relación, consolidada por la jurisprudencia del TJUE hasta convertirla en un elemento diferencial de la condición de ciudadano de la Unión, se ve reflejada en el Tratado de Lisboa que concatena en la segunda parte del TFUE el principio de no discriminación por razón de nacionalidad con la ciudadanía de la Unión, y por tanto, con el derecho de residencia al que se refieren de manera específica los artículos 20 y 21 TFUE.

De manera aún más clara, el tándem derecho de residencia-principio de igualdad se pone de manifiesto en la Directiva 2004/38, a la que muy significativamente se conoce en inglés con la terminología de *Citizenship Directive* y que constituye el marco normativo vigente del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión¹³. Como el propio TJUE ha destacado, esta directiva establece un «sistema gradual» en materia de derecho de residencia en el Estado de acogida en función de la duración de la residencia¹⁴, distinguiendo tres supuestos a los que se asignan diferentes condiciones de ejercicio. Así, el derecho de residencia por un período de hasta tres meses depende únicamente de la posesión de un documento de identidad o pasaporte válido (Art. 6). En cambio, el derecho de residencia de más de tres meses requiere ser un trabajador por cuenta ajena o cuenta propia, un estudiante o disponer de recursos suficientes y un seguro de enfermedad para no ser una carga para el Estado de acogida (Art. 7). Por su parte, el derecho de residencia permanente se alcanza después de haber residido legalmente durante un período de cinco años en el Estado miembro de acogida (Art. 16).

A su vez, las diferentes condiciones de ejercicio del derecho de residencia permiten distinguir con carácter general entre dos tipos de situaciones en las que se encuentran los ciudadanos de la Unión que lo ejercen: la de los activos económicamente y la de los no activos. La primera categoría se refiere a los trabajadores por cuenta ajena y propia. La segunda incluye, ade-

¹³ Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de la familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento(CEE) nº1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360 CEE, 73/148/CEE, 75/347CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 91/96 CEE, DO L 229 de 29.06.2004. Para un examen exhaustivo de la Directiva 2004/38, *vid.* GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., *The EU citizenship directive: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

¹⁴ *Vid.* sentencia de 21 de diciembre de 2011, Ziolkowski y Szeja, C 424/10 y C 425/10, Rec. p. I-14035, apartado 38.

más de a los ciudadanos de la Unión que tienen recursos suficientes para residir en el Estado de acogida, a categorías específicas, como la de los estudiantes. En una categoría intermedia se sitúan los solicitantes de empleo a los que se le aplica un régimen intermedio a caballo entre el de los trabajadores y los inactivos económicamente, ya que mantienen el derecho de residencia en tanto puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados (Art. 14.4 apartado b).

En función de estas situaciones, la Directiva 2004/38 establece también diferencias en relación a la igualdad de trato, en principio aplicable a todos los ciudadanos de la Unión que residan en el Estado de acogida en el ámbito de aplicación del Tratado (Art. 24.1). En conjunción con el Reglamento 492/2011¹⁵, la Directiva 2004/38 reconoce a los ciudadanos de la Unión, trabajadores por cuenta ajena o propia, un derecho pleno a la igualdad de trato desde el inicio del ejercicio del derecho de residencia. En cambio, en relación a los no activos económicamente, la aplicación del principio de igualdad de trato depende de una serie de circunstancias. De esta forma, el derecho de residencia de carácter no permanente se mantiene mientras su titular no se convierta en una carga excesiva para el Estado de acogida (Art. 14.1) y a la vez, durante los tres primeros meses, dicho Estado no está obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni está obligado antes de la adquisición del derecho de residencia permanente a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o prestamos de estudios, incluidos los de formación personal. La exclusión en su conjunto se extiende también a los solicitantes de empleo (Art. 24.2).

Por su parte, el derecho de residencia permanente lleva aparejada la plena aplicación del principio de igualdad de trato a todas las situaciones, puesto que dicho derecho ya no queda sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III de la Directiva 2004/38 (Art. 16), con lo que la diferencia entre ciudadanos activos e inactivos económicamente se diluye.

A la vista de este régimen que, como se ha dicho, da lugar a un sistema de derechos marcadamente jerárquico¹⁶, resulta lógico que los supuestos de derecho de residencia no permanente de los ciudadanos de la Unión no acti-

¹⁵ Reglamento (UE) No 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, *DO L* 141 de 27.05.2011.

¹⁶ Por eso, algún autor como WHITE considera que la ciudadanía de la Unión es, en cierto sentido, una forma incompleta de ciudadanía (WHITE, R., «Revisiting Free Movement of Workers», *Fordham International Law Journal*, Vol. 33, 2011, nº5, p. 1586).

vos económicamente (incluidos los estudiantes) así como la situación intermedia de los solicitantes de empleo sean los que, en principio, hayan dado lugar a un mayor grado de conflictividad. A ellos hay que añadir algunos supuestos vinculados al ejercicio de la libre circulación de trabajadores, como el desempeño de actividades económicas menores o a tiempo parcial y el acceso de los hijos de los trabajadores migrantes a las ayudas de estudio previstas en el Estado miembro de acogida. Estas situaciones funcionan como casos test del grado de solidaridad existente entre los Estados miembros cuando los ciudadanos de la Unión recurren a las ayudas sociales previstas en el Estado de acogida.

La cuestión no es en sí misma novedosa porque, desde sus inicios, el reconocimiento de un derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión no activos económicamente suscitó el temor de los Estados miembros de que promoviese el llamado «turismo social» y de ahí los términos de las condiciones establecidas para su ejercicio en las normas de Derecho Derivado que lo han desarrollado¹⁷. Pero, estos temores parecen haberse agravado en el momento actual por la conjunción de factores que ya hemos mencionado, entre ellos, el fin del periodo transitorio aplicable a Rumania y Bulgaria en relación con la libre circulación de personas, los altos índices de desempleo de varios Estados miembros derivados de la crisis económica y por tanto los desplazamiento de ciudadanos de la Unión para buscar trabajo o trabajar en otros Estados miembros e, incluso desde otra óptica, la mayor movilidad de estudiantes que también ha dado lugar a recelos frente a la aparición de un posible «turismo de becas».

Así se refleja en algunas de las medidas propuestas o adoptadas por algunos de los Estados miembros de acogida supuestamente más concernidos y que han dado lugar a un debate acerado entre los distintos grupos de Estados miembros afectados y la Comisión acerca del impacto del ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia en los sistemas sociales nacionales. A este res-

¹⁷ Como recuerda GIUBBONI, la Directiva 2004/38 codificó en este punto el marco establecido por las Directivas 90/364, 90/365 y 93/96, la primera de ellas, como señala este autor, imbuida por una ética victoriana poco compatible con una dimensión europea y conforme a la cual si una persona no está activa económicamente, es de su responsabilidad cuidar de sus propias necesidades vitales sin recurrir a la ayuda del Estado de acogida. GIUBBONI, S., «A Certain Degree of Solidarity? Free Movement of Persons and Access to Social Protection in the Case Law of the European Court of Justice», ROSS, M., BORGMANN-PREBIL, Y. (ed.), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford University Press, 2010, p.170.

pecto, cabe referirse a la carta enviada por Austria, Alemania, Holanda y Gran Bretaña a la Presidencia irlandesa de la Unión en abril de 2013¹⁸, expresando su preocupación acerca del uso fraudulento de los derechos de libre circulación y residencia por parte de ciudadanos de la Unión y la presión generada sobre las entidades locales más afectadas por la llegada de estos nuevos residentes¹⁹. La carta tuvo una respuesta contundente por parte de los cuatro Estados del Visegrad (la República Checa, Hungría, Polonia y Eslovaquia) que formularon una declaración conjunta insistiendo en la igualdad de todos los ciudadanos de la Unión y en sus derechos de libre circulación y residencia²⁰.

A la vista de la situación, la Presidencia paso el tema a la Comisión encargándole que examinase la aplicación de la legislación en materia de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y que proporcionase orientaciones para hacer frente a su abuso²¹. La Comisión intentó contrarrestar estas tendencias restrictivas, proponiendo una serie de explicaciones y medidas destinadas a ayudar a las autoridades nacionales y locales a aplicar efectivamente las normas sobre la libre circulación y residencia²². No obstante, tales medidas no han parecido suficientes a algunos Estados miembros que, como veremos, han proseguido en el camino de proponer medidas inter-

¹⁸ El texto de la carta de Austria, Alemania, Holanda y Gran Bretaña está disponible en <http://www.statewatch.org/news/2013/apr/eu-4-ms-welfare-letter-to-irish-presidency.pdf>. (fecha de consulta: 10.09.2014). En esta misma línea, la prensa española daba noticia de que Bélgica estaba llevando a cabo una política de expulsión de los ciudadanos de la Unión que representasen una carga excesiva para su sistema social que afectaba significativamente a nacionales españoles. *Vid.* «Una carga excesiva de españoles» (noticia de 30.3.2014; disponible en: <http://internacional.elpais.com>; fecha de consulta: 10.09.2014).

¹⁹ GUILD, E., «The Social Impact of Migration and the Notion of Citizenship for the EU. Ensuing Challenges and Opportunities for the Union», *CEPS Commentaries*, de 13.03.2014, p.2 (disponible en <http://www.ceps.be>, fecha de consulta: 10.09.2014).

²⁰ «Joint Statement by the Foreign Ministers of the Visegrad countries – Czech Republic, Hungary, Poland and Slovakia – on the Free Movements of Persons», 29.11.2013 (disponible en <http://www.kormany.hu/en/ministry-of-foreign-affairs/news>, fecha de consulta: 10.09.2014).

²¹ Reunión del Consejo de justicia y asuntos de interior de 6 y 7 de junio de 2013, Press release 234, *doc 1064/13*, p. 22.

²² *Vid.*, *COM (2013) 837 final* de 25.11.2013, «Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas claves». A la vez, en la idea que la defensa del derecho de libre circulación incluye también «la lucha contra las percepciones de la opinión pública no basadas en hechos o realidades económicas», la Comisión ha buscado evidenciar lo infundado de los temores de los Estados miembros, poniendo de manifiesto cómo recientes estudios concluyen desde un punto de vista cuantitativo que «no hay ninguna relación estadística entre la generosidad de los sistemas de bienestar social y los flujos de ciudadanos móviles de la UE».

nas destinadas para terminar con tales abusos y mantener la presión sobre la Comisión. La cuestión por el momento no está cerrada, aunque se haya abierto un impasse por el Consejo Europeo que ha establecido como prioridad para los próximos cinco años proteger el derecho de los ciudadanos de la UE a circular y a residir y trabajar en otros Estados miembros contra posibles usos indebidos o reclamaciones fraudulentas²³.

III. DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y ACCESO A PRESTACIONES DE ASISTENCIA SOCIAL: UN ANÁLISIS DE LOS CASOS TEST A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Una vez presentado el contexto y los términos del debate del que es objeto en el momento actual el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión, cabe ahora preguntarse cuál es la situación en relación a los supuestos en los que se centra este debate. Esta pregunta requiere reexaminar el marco normativo establecido por la Directiva 2004/38 a la luz de la jurisprudencia del TJUE que reviste en esta materia de un particular interés, puesto que el desarrollo de este derecho se ha hecho fundamentalmente sobre la base de una jurisprudencia en la que el Tribunal ha adoptado un enfoque pragmático e incluso a la hora de interpretar el derecho de los ciudadanos a acceder a las prestaciones sociales²⁴.

A este respecto, hay que señalar con carácter preliminar que el TJUE ha construido su jurisprudencia en esta materia siguiendo unas mismas pautas de razonamiento que responden al difícil ejercicio de buscar el equilibrio entre el reconocimiento efectivo del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y el dotar a los Estados miembros de márgenes de maniobra que les

²³ Vid. la «Agenda estratégica para la Unión en tiempos de cambio» que figura en anexo de las «Conclusiones del Consejo Europeo, de 26 y 26 de junio», *Doc EU CO 79/14* de 27.06.2014.

²⁴ Vid. TOMKIN, J., «Citizenship in Motion. The Development of the Freedom of Movement for Citizens in the Case-law of the Court of Justice of the European Union», *European Journal of Migration and Law*, 2011, p.7.

²⁵ ORŠOLIĆ DALESSIO, T., «The Social Dimension of EU Citizenship—A Castle in the Air or Construction Gone Wrong?», *German Law Journal*, Vol.14, 2013, n°7, p.882.

permitan la protección de sus sistemas de asistencia social²⁵. Por tanto, el esquema seguido por el TJUE en sus sentencias responde en términos generales a un patrón similar conforme al cual es posible diferenciar entre una parte, destinada a la afirmación del derecho de residencia y, en su caso, del principio de igualdad de trato y otra parte, focalizada en el examen de la compatibilidad de las medidas estatales con el Derecho de la Unión a la luz de lo señalado en la Directiva 2004/38 y de los propios criterios y principios utilizados por el propio TJUE para determinar la idoneidad y proporcionalidad de tales medidas.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que en todas las situaciones relativas al ejercicio del derecho de residencia vinculadas a la libre circulación de trabajadores, el TJUE ha recurrido a las líneas jurisprudenciales ya existentes y bien consolidadas en torno al concepto de «trabajador» y la aplicación de principio de igualdad de trato a la libre circulación de trabajadores. En cambio, por lo que respecta al derecho de residencia de los inactivos económicamente, el TJUE ha tendido a un «activismo judicial» orientado a la aplicación a estos supuestos del principio de igualdad de trato en relación al acceso a prestaciones sociales que ha sido objeto de valoraciones opuestas. Por un lado, se ha destacado positivamente que el TJUE haya realizado una tarea de «ingeniería social», dando lugar a una nueva forma de solidaridad orgánica que se extiende más allá del círculo de los ciudadanos de la Unión que participan en la dinámica del mercado interior y de los límites nacionales sobre los que ha operado históricamente el Estado de bienestar. Pero, por otro lado, no se obvia que en muchas ocasiones el TJUE ha forzado interpretaciones que podría considerarse que van más allá de lo previsto por el legislador, creando la consiguiente tensión con los Estados miembros e incluso suscitando lo que podría considerarse como una revisión de la constitucionalidad de las opciones legislativas que recoge la Directiva 2004/38²⁶.

Ahora bien, el caso es que, si bien en los últimos años el TJUE ha mantenido una posición de reafirmación de su jurisprudencia en materia de libre circulación de trabajadores e incluso de continuidad con la relativa a los inactivos económicamente, se observan algunas tendencias de cambio que veremos en el análisis posterior. De entre ellas, destaca la tendencia hacia una «polinización recíproca» de la jurisprudencia en relación a los supuestos de ejercicio del derecho de residencia cubiertos por la libre circulación de trabajadores y la relativa a los ciudadanos inactivos, en la medida en que el

²⁶ GIUBBONI, *op.cit.*, pp.191-193.

TJUE introduce en los últimos tiempos de forma casi sistemática el criterio del vínculo real del ciudadano con el Estado Miembro del que solicita la ayuda o prestación social para determinar el alcance de la obligación de solidaridad del mismo²⁷.

2. LOS SUPUESTOS CONTROVERTIDOS CUBIERTOS POR LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

A) *El ejercicio de actividades económicas menores o a tiempo parcial*

Entrando ahora en el análisis particular de las situaciones que han dado lugar a una mayor conflictividad, examinamos, en primer lugar, el acceso a prestaciones sociales por los ciudadanos de la Unión que, en el marco de la libre circulación de trabajadores, ejercen actividades menores o a tiempo parcial en el Estado de acogida. Pues bien, en una línea de continuidad con una jurisprudencia bien consolidada, el TJUE ha reafirmado en su jurisprudencia más reciente la aplicación del principio de igualdad de trato en este supuesto²⁸. Esta misma cuestión también se ha planteado cuando el ciudadano de la Unión, ejerciendo actividades por cuenta ajena a tiempo parcial en el Estado de acogida, solicita ayudas de estudio. A este respecto, en el asunto L.N, el TJUE considera que, como trabajador, no se le pueden negar las ayudas de manutención por estudios concedidas a los nacionales de ese Estado miembro y recuerda que el principio de igualdad de trato se extiende a todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho de la Unión, incluidas las garantizadas en particular por el Art. 45 TFUE (libre circulación de trabajadores), y las relativas al ejercicio de la libertad de circulación y de residencia reconocida en el Art. 21 TFUE (ciuda-

²⁷ Tal como ya había advertido O'LEARY, S., «Developing an Ever Closer Union Between the Peoples of Europe?», *Edinburgh Mitchell Working Paper*, 6/2008, p.18.

²⁸ En el asunto Vatsouras, el TJUE señala que ni el nivel limitado de la retribución ni el origen de los recursos para esta última pueden tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de «trabajador» a efectos del Derecho comunitario, añadiendo que el hecho de que los ingresos de una actividad por cuenta ajena sean inferiores al mínimo vital no impide considerar a la persona que la ejerza como trabajador con arreglo al artículo 39 CE (Art. 45 TFUE), aunque esta persona trate de completar la remuneración percibida con otros medios de vida, como una ayuda económica procedentes de fondos públicos del Estado de residencia (Sentencia de 4 de junio de 2009, Vatsouras, C 22/08 y C 23/08, Rec. p I-04585, apartados 27 y 28).

danía), sin que el hecho de que el ciudadano de la Unión esté matriculado en un centro de enseñanza del Estado de acogida con la finalidad principal de cursar estudios, le prive del estatus de trabajador²⁹.

De esta forma, y enlazando con su reiterada jurisprudencia sobre el alcance autónomo del concepto de trabajador en el Derecho de la Unión, el TJUE concluye que el elemento determinante para invocar las ventajas inherentes a la libre circulación de trabajadores es que se desarrolle verdaderamente una actividad por cuenta ajena o que se desee seriamente desarrollarla, pero no los objetivos que pretenda alcanzar un nacional de un Estado miembro al buscar trabajo en el Estado miembro de acogida, entre los que se pueden incluir estudiar o completar su formación, beneficiándose de las ayudas de manutención por estudios previstas para los nacionales.³⁰

En esta línea de razonamiento, hay que destacar el TJUE se haya referido a ese mismo concepto autónomo de trabajador en el asunto Comisión c. Países Bajos, frente al argumento de ese Estado de evocar el riesgo de abuso derivado, en particular, del ejercicio de trabajos de corta duración únicamente para obtener una ayuda para la financiación de los estudios superiores cursados fuera del mismo (la llamada financiación portátil)³¹.

B) El acceso de los hijos de los trabajadores migrantes a las ayudas de estudios previstas en el Estado de acogida

Otro de los supuestos que ha suscitado controversia en el ámbito de la libre circulación de trabajadores es el relativo al acceso por parte de los hijos de trabajadores migrantes a las ayudas de estudios en el Estado miembro de acogida donde el trabajador esté empleado. Con carácter general, el TJUE ha reiterado en el mismo asunto Comisión c. Países Bajos que la financiación de estudios concedida por un Estado miembro a los hijos de los trabajadores

²⁹ Sentencia de 21 de febrero de 2013, N., C 46/12, apartados 28, 36 y 47 (aun no publicada).

³⁰ *Ibidem*, apartados 28, 36 y 47.

³¹ Sentencia de 14 de junio de 2012, Comisión/Países Bajos, C 542/09, apartado 68 (aun no publicada).

³² *Ibidem*, apartado 48. De forma complementaria, en el asunto Teixeira, el TJUE recordaba que el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68 confiere a los hijos de un trabajador migrante un derecho propio de acceso a la enseñanza que sólo exige que el hijo

constituye, para un trabajador migrante, una ventaja social en el sentido del artículo 7, apartado 2 del Reglamento nº 1612/68³².

Sin embargo, en este asunto Comisión c. Países Bajos es posible percibir una serie de «nuevas» tendencias que se confirman en el asunto Giersch, teniendo en cuenta que ambos asuntos se refieren a la imposición por el Estado de acogida de un requisito de residencia para la obtención de ayudas económicas para estudios superiores a hijos de trabajadores migrantes, aunque el asunto Giersch se refiera más concretamente al caso de los hijos de trabajadores fronterizos³³.

En principio, el TJUE mantiene una línea continuista en los dos asuntos al reafirmar, como ya avanzamos, que una ayuda concedida para la manutención y para la formación al objeto de seguir estudios universitarios sancionados por una cualificación profesional constituye una ventaja social a efectos del Art. 7.2 del Reglamento nº 1612/68, cuando el trabajador continúe sufragando los gastos de manutención del hijo, pudiendo el hijo del trabajador invocar por sí mismo dicho precepto para obtener esa financiación si, conforme al Derecho nacional, la misma se concede directamente al estudiante³⁴.

En esta misma línea continuista se sitúan también algunas de las consideraciones que el TJUE realiza al examinar la justificación de la discriminación indirecta a la que da lugar la exigencia del requisito de residencia. Al respecto, frente a los argumentos del Estado de acogida de que debido a restricciones presupuestarias, no tendría posibilidad de conducirse con mayor generosidad con respecto a los estudiantes no residentes sin comprometer la financiación del sistema de ayudas en su integridad, el TJUE reafirma que, aunque las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro, e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección social que éste desea adoptar, tales consideraciones no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por esta política y, por tanto, no pueden justificar una discriminación en detrimento de los trabajadores migrantes. El TJUE concluye que admitir que tales consideraciones puedan justificar una diferencia de trato entre trabajadores migrantes y trabajadores nacionales implicaría que la aplicación y el

haya vivido con sus padres, o con uno de ellos, en un Estado miembro durante el tiempo en que al menos uno de sus progenitores residía en él como trabajador (Sentencia de 23 de febrero de 2010, Teixeira, C 480/08, Rec. p. I 1107, apartado 52).

³³ Sentencia de 20 de junio de 2013, Giersch y otros, C 20/12, apartado 60 (aun no publicada).

³⁴ *Ibidem*, apartados 38, 39 y 40.

alcance de una norma tan fundamental del Derecho de la Unión como el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad podrían variar en el tiempo y en el espacio según la situación de las finanzas públicas de los Estados miembros³⁵.

Sin embargo, es al estimar la inadecuación al principio de proporcionalidad del requisito de residencia del estudiante, cuando afloran las «nuevas» tendencias a las que hemos hecho referencia anteriormente. Destaca, en primer lugar, la utilización por el TJUE del criterio del vínculo de integración suficiente en la sociedad del Estado de acogida que maneja con distinto alcance en cada uno de estos asuntos. Así, en el asunto Comisión c. Países Bajos, el TJUE sigue la lógica de la clara diferenciación entre ciudadanos de la Unión activos e inactivos económicamente, estableciendo por lo que respecta a los trabajadores migrantes y fronterizos que el hecho de haber accedido al mercado laboral de un Estado miembro crea, en principio, el vínculo de integración suficiente en la sociedad de ese Estado que les permite beneficiarse del principio de igualdad de trato en relación con los trabajadores nacionales con respecto a las ventajas sociales, ya que las cotizaciones fiscales que pagan contribuyen a la financiación de las políticas sociales de este Estado³⁶. De esta forma el TJUE mantiene su posición ortodoxa en relación a la no distinción entre trabajadores migrantes y transfronterizos³⁷. En cambio, en el asunto Giersch, el TJUE matiza que un trabajador fronterizo no siempre está integrado en el Estado de empleo de la misma manera que lo está un trabajador residente en tal Estado, rompiendo por tanto la igualdad de tratamiento entre trabajadores y aproximando la situación de los trabajadores transfronterizos a la de los inactivos económicamente³⁸.

Esta aproximación se confirma cuando al examinar cual podría ser un elemento representativo adecuado del grado real y efectivo de conexión del trabajador fronterizo con el Estado de acogida que sirviese para evitar el riesgo

³⁵ *Ibidem*, apartados 50 y 52, y Comisión/Países Bajos, C 542/09, *cit.*, apartados 57 y 58.

³⁶ En relación con la insistencia en la diferenciación entre activos e inactivos y sus consecuencias, *vid.* DE WITTE, F., «Who funds the mobile student? Shedding some light on the normative assumptions underlying EU free movement law: Commission v Netherlands», *Common Market. Law Review*, Vol. 50, n°1, 2013, p. 209.

³⁷ *Vid.* HOOGENBOOM, A., «Export of Study Grants and Lawfulness of Durational Residence Requirements: Comments on Case C-542/09, Commission v. the Netherlands», *European Journal of Migration Law*, Vol. 14, 2012, n°4, p. 428.

³⁸ Giersch y otros, C 20/12, *cit.*, apartados 63, 64, 68.

de que aparezca un «turismo de becas», el TJUE propone que se podría supeditar la concesión de la ayuda económica a la condición de que éste haya trabajado en este Estado miembro un período mínimo determinado. El dato clave es que al concretar su duración, aun aclarando que es en otro contexto, el TJUE se refiera al período de cinco años establecido por el Art. 16.1 de la Directiva 2004/38 como requisito para la adquisición del derecho de residencia permanente³⁹.

Finalmente, ambos asuntos apuntan una tendencia hacia la transversalidad entre libertades fundamentales y objetivos sociales vinculados a la educación, si bien con una lectura dispar. En este sentido, parece lógico que el TJUE considere legítimo el objetivo de favorecer la movilidad de los estudiantes incitándolos a cursar estudios en otros Estados miembros en el asunto Comisión c. Países Bajos⁴⁰. En cambio, resulta más dudoso que en el asunto Giersch y otros estime como un objetivo legítimo el que se pretenda incrementar, de manera significativa, la proporción de los poseedores de un título de enseñanza superior residentes en Luxemburgo, buscando asegurar que los estudiantes que se benefician de las ayudas económicas se establezcan y se incorporen a dicho mercado de trabajo al término de sus estudios⁴¹.

C) *Los solicitantes de empleo*

Finalmente, otro de los supuestos que resulta particularmente controvertido es el relativo al acceso por los solicitantes de empleo a prestaciones o ayudas

³⁹ *Ibidem*, apartados 80 y 82.

⁴⁰ Comisión/Países Bajos, C 542/09, *cit.*, apartados 71 y 72.

⁴¹ Giersch y otros, C 20/12, *cit.*, apartados 53 a 56. Como se ha señalado, este planteamiento de una «obligación de retorno» al Estado miembro que ha financiado la educación no parece compatible con la construcción del principio de libre circulación de personas y con la realidad de las disparidades de oportunidades laborales que ofrecen actualmente los mercados de trabajo de los Estados miembros a los ciudadanos de la Unión Europea más jóvenes y el desarrollo de una economía del conocimiento en el conjunto de la Unión (*Vid.* las críticas de HOOGENBOOM, A., «Mobility of Students and the Financial Sustainability of Higher Education Systems in the EU: A Union of Harmony or Irreconcilable Differences?», *Croatian Yearbook of European Law*, Vol. 9, 2013, pp. 41-43; O'LEARY, S., «The curious case of frontier workers and study finance: *Giersch*», *Common Market. Law Review*, Vol. 51, 2014, nº2, pp.613-14 y SKOVGAARD-PETERSEN, H., «There and Back Again: Portability of Students Loans, Grants and Free Support in a Free Movement Perspective», *European Law Review*, Vol. 38, 2013, nº13, p.798).

económicas en el Estado de acogida. Como ya hemos avanzado, los nacionales de un Estado miembro que buscan empleo en otro Estado miembro, incluidos los desempleados, constituyen una categoría intermedia entre los ciudadanos de la Unión activos y los inactivos económicamente, en la medida en que les resultan de aplicación las disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores, siempre que busquen realmente empleo, tal como el TJUE recuerda en los asuntos *Vatsouras*⁴², *Prete*⁴³ y *Caves Krier Frères Sàrl*⁴⁴.

En ellos, el TJUE recuerda que los solicitantes de empleo están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 45 TFUE y que, por consiguiente, tienen derecho a la igualdad de trato regulada en el apartado 2 de dicha disposición en todos los aspectos relativos al acceso al empleo, siendo este el contexto en el que se ha seguido planteando la cuestión relativa al derecho a ser beneficiarios de las prestaciones o ayudas destinadas a facilitar el acceso al empleo. La cuestión no es nueva y el TJUE reitera en el asunto *Vatsouras* que quedan comprendidas dentro del ámbito del Art. 39.2 TCE (actual Art.45 TFUE) las prestaciones de naturaleza financiera destinadas a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de un Estado miembro, entre las que se incluye también un subsidio a favor de los jóvenes que hayan finalizado sus estudios y estén buscando su primer empleo (asunto *Prete*) y una ayuda económica a la contratación de desempleados mayores de 45 años, de la que el beneficiario no es el solicitante de empleo sino el empleador (asunto *Caves Krier Frères Sàrl*)⁴⁵. Lo interesante es que para excluir este tipo de prestaciones económicas de las prestaciones de asistencia social del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38, el TJUE utilice el criterio teleológico de que estén destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo, independientemente de cuál sea su calificación en la normativa nacional⁴⁶.

Por lo demás, en todos estos asuntos vuelve a ponerse de manifiesto el valor que el TJUE da al vínculo de conexión del solicitante de empleo con el Estado

⁴² *Vatsouras* y otros, C 22/08 y C 23/08, *cit.*, apartado 36.

⁴³ Sentencia de 25 de octubre de 2012, *Prete*, C 367/11, apartados 22 y 23 (aun no publicada).

⁴⁴ Sentencia de 13 de diciembre de 2012, *Caves Krier Frères*, C 379/11, apartado 26 (aun no publicada).

⁴⁵ *Vatsouras* y otros, C 22/08 y C 23/08, *cit.*, apartado 37; *Prete*, C 367/11, *cit.*, apartado 25; *Caves Krier Frères*, C 379/11, *cit.*, apartado 28.

⁴⁶ *Vatsouras* y otros, C 22/08 y C 23/08, *cit.*, apartado 45; *Prete*, C 367/11, *cit.*, apartado 26. En relación con esta cuestión, *vid.* FAHEY, E., «Interpretive legitimacy and the distinction between «social assistance» and «work-seekers' allowance»: Comment on *Vatsouras*», *European Law Review*, 2009, nº6, pp. 933-949.

miembro de acogida, como elemento determinante a la hora de valorar la adecuación al principio de proporcionalidad del requisito de residencia establecido en la legislación nacional para acceder a la prestación⁴⁷. A la vez, hay que tener en cuenta que los criterios que se pueden utilizar para esta constatación varían⁴⁸, resultando esta disparidad relevante porque conduce hacia soluciones de carácter casuístico que conllevan la valoración individual de cada situación particular, con los riesgos que de ello se deriva desde la perspectiva de la seguridad jurídica y el establecimiento de criterios de carácter general.

Sin embargo, los casos analizados no parecen el final de esta cuestión, ya que el acceso por parte de los solicitantes de empleo a las ayudas sociales en el Estado de acogida sigue presentando problemas en relación a la aplicación de legislaciones como la alemana⁴⁹ o la de Gran Bretaña⁵⁰. En consecuencia, los

⁴⁷ En este sentido, el TJUE considera legítimo que el Estado miembro de acogida tenga en cuenta «la existencia de un vínculo real entre el demandante de empleo y el mercado laboral de este Estado» (Vatsouras), «el grado real y efectivo de vinculación entre el solicitante de los subsidios de espera y el mercado geográfico laboral» (Prete) o «su grado de integración» (Caves Krier Frères Sàrl).

⁴⁸ Vatsouras y otros, C 22/08 y C 23/08, *cit.*, apartado 39; Prete, C 367/11, *cit.*, apartados 46 y 50; Caves Krier Frères, C 379/11, *cit.*, apartado 53.

⁴⁹ En la legislación alemana las prestaciones de base a favor de los demandantes de empleo tienen la consideración de prestaciones especiales no contributivas a efectos del Reglamento 883/2004, de cuya aplicación se excluye a los extranjeros que hayan entrado en territorio alemán para lograr una prestación de asistencia social o cuando el derecho de residencia se derive exclusivamente de la búsqueda de empleo. En relación con los asuntos pendientes ante el TJUE que se refieren a esta misma problemática, ver *infra* nota 64.

⁵⁰ La legislación del Reino Unido somete el acceso a una serie de prestaciones contempladas en el Reglamento 883/2004, entre las que se incluyen prestaciones que benefician a los solicitantes de empleo, (Child benefit, Child Tax credit, Jobseeker's Allowance; Employment and Support Allowance y el State Pension Credit) al cumplimiento del llamado «Habitual Residence Test» que incluye la comprobación de un doble requisito: el «right to reside» (legal) y el «habitual residence test» (factual). La Comisión ha venido considerado que tal exigencia resulta contraria a lo dispuesto en el Reglamento 883/2004, que únicamente requeriría que los nacionales de otros Estados miembros que soliciten tales prestaciones tengan su residencia habitual en Gran Bretaña, además de discriminatoria puesto que los nacionales del Reino Unido tienen el derecho a residir en función de su nacionalidad. Por tales razones y hasta el momento, la Comisión ha interpuesto un recurso por incumplimiento en el que sostiene que el Reino Unido impone un requisito no permitido por el Reglamento 883/2004, al exigir a los solicitantes de la ayuda por hijo o del crédito fiscal por hijo que tenga derecho a residir en el Reino Unido como condición para ser tratado como residente en dicho Estado (Asunto C-308/14, Comisión/Reino Unido, presentado el 27/06/2014, DO C 329, de 22.09.2014), p.3). Por lo demás, el Reino Unido ha endurecido

asuntos aun pendientes de resolución pueden resultar de gran valor para ver cómo evoluciona la posición del TJUE en relación a las medidas más recientemente adoptadas por los Estados miembros para limitar el acceso de los solicitantes de empleo a las prestaciones sociales del Estado miembro de acogida.

3. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO A LOS NO ACTIVOS

A) *La progresiva configuración de un principio relativo a la aplicación de la igualdad de trato a los ciudadanos inactivos*

En cualquier caso, la aplicación del principio de igualdad de trato a ciudadanos de la Unión inactivos económicamente es quizás el supuesto más controvertido del debate sobre el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y los recelos ante el turismo social. Como ya avanzamos, el TJUE ha desarrollado en este ámbito una jurisprudencia innovadora que ha dado lugar a la progresiva configuración de un principio conforme al cual los ciudadanos de la Unión inactivos con residencia legal en el Estado de acogida pueden llegar a beneficiarse de la concesión de prestaciones sociales en igualdad de trato con los propios nacionales⁵¹.

El TJUE ha ido construyendo este principio sobre la base del reconocimiento del efecto directo del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión establecido en el artículo 20 apartado 1 del TFUE⁵² y, sobre todo, de

aún más su legislación en relación a los solicitantes de empleo a través de las modificaciones realizadas en la Immigration (European Economic Area) Amendment (Nº2) Regulations 2013 (con entrada en vigor el 01.1.2014) y el Housing Benefit (Habitual Residence) Amendment Regulations 2014 (con entrada en vigor el 01.04.2014). Para un examen más detallado, *vid.* MINDERHOUD, P., «Directive 2004/38 and Access to Social Assistance Benefits» en *The reconceptualization...*, *op.cit.*, pp.219-22) y WRAY, H., HUNTER, A., «Implementation of Directive 2004/38 in the United Kingdom», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Migraciones Internacionales)*, nº110, 2014, pp. 71-78 y 82-86.

⁵¹ Este planteamiento habría llevado a formular la existencia de una regla general conforme a la cual la ciudadanía de la Unión unida a la residencia legal en el Estado de acogida y a una situación dentro del ámbito de aplicación del Tratado daría lugar a un «derecho universal de no discriminación» que incluiría el acceso a las prestaciones sociales en el Estado de acogida, *vid.* ORŠOLIĆ DALESSIO, *cit.*, p.875.

⁵² Sentencia de 17 de septiembre de 2002, Baumbast, C-413/99, apartado 84 y sentencia de 7 de septiembre de 2004, Trojani, C-456/02, Rec. p.I-07091, apartado 31.

la extensión del principio de igualdad de trato a todas las situaciones contempladas dentro del ámbito de la ciudadanía de la Unión en virtud del juego de los Arts. 18, 20 y 21 TFUE, incluyendo a los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente que dispongan de residencia legal en el Estado de acogida⁵³. Esta extensión se ha hecho particularmente evidente a través de la reiterada utilización por el TJUE en su jurisprudencia de la idea que «la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros que permite a aquellos entre dichos nacionales que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico»⁵⁴.

A ello se suma el reconocimiento explícito por el TJUE de que los Estados miembros deben dar muestras, a la hora de organizar sus sistemas de asistencia social, de «cierta solidaridad económica» con los nacionales de otros Estados miembros, en particular si las dificultades que atraviesa el beneficiario tienen un carácter temporal⁵⁵. No obstante, el TJUE ha ido vinculando esta obligación de solidaridad al hecho de que el ciudadano de la Unión no activo económicamente pueda demostrar que ha establecido un vínculo real con la sociedad del Estado de acogida o que tiene un cierto grado de integración en el mismo. Así mismo, el TJUE ha buscado alinearse con los criterios establecidos con la Directiva 2004/38 al considerar, por ejemplo, que el grado de integración, en el caso de los estudiantes, puede concluirse de que se haya residido en ese Estado durante un período de cinco años, el mismo necesario para la adquisición del derecho de residencia permanente⁵⁶.

⁵³ Sentencia de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala, C-85/96, Rec. p.I-02691, apartados 61 y 62.

⁵⁴ De forma sobresaliente, este planteamiento ha permitido incluir dentro del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato de las becas o ayudas de manutención en el caso de los ciudadanos de la Unión que ejercen el derecho de residencia como estudiantes, a pesar de la excepción contenida en el art. 24, p.2 de la Directiva 2004/38 (*Vid.* entre otras, Sentencia de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk, C-184/99, Rec. p. I 6193, apartado 31; Sentencia de 11 de julio de 2002, D’Hoop, C 224/98, Rec. p. I 6191, apartado 2; Sentencia de 15 de marzo de 2005, Bidar, C-209/03, Rec. p.I-02119, apartado 31).

⁵⁵ Grzelczyk, C 184/99, *cit.*, apartado 44, Bidar, C-209/03, *cit.*, apartado 56.

⁵⁶ Sentencia de 18 de noviembre de 2008, Förster, C-158/0, Rec. 2008 I-08507, apartado 49. Para una visión crítica del criterio utilizado por el TJUE en este asunto para constatar la existencia del vínculo real con el Estado de acogida, *vid.* MATAIJA, M, «Case C-158/07, Jacqueline Förster v. IB-Groep-Student aid and discrimination of non-nationals: clarifying or emaciating Bidar?», *The Columbia Journal of European Law on line*,

Por lo demás, aun aclarando que el derecho de residencia de los ciudadanos inactivos no es incondicional y que está sujeto a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación, el TJUE ha señalado que la aplicación de tales requisitos y limitaciones debe realizarse respetando los límites impuestos por el Derecho comunitario y de conformidad con los principios generales de éste, en particular el principio de proporcionalidad. En consecuencia, ha considerado desproporcionado interpretar el requisito del «carácter suficiente de los recursos» establecido en el Art. 7.1 de la Directiva 2004/38, considerando que es el propio interesado quien deba disponerlos, sin que pueda valerse de los recursos de un miembro de la familia que lo acompaña⁵⁷.

Por el momento, el TJUE no se ha apartado de estas líneas jurisprudenciales, sino que parece más bien continuarlas en su jurisprudencia más reciente, aunque ésta también resulte matizada por las nuevas tendencias a las que venimos haciendo referencia. Dos cuestiones destacan en su jurisprudencia más reciente: la relación entre las prestaciones previstas en el Reglamento 883/2004 y el concepto de asistencia social a efectos de la Directiva 2004/38 y la exportación de las ayudas de estudios previstas en el Estado miembro de origen.

B) *La relación entre las prestaciones previstas en el Reglamento 883/2004 y el concepto de asistencia social a efectos de la Directiva 2004/38*

Esta cuestión se ha suscitado a propósito del acceso por parte de los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente a las llamadas «prestaciones especiales no contributivas», previstas en el art. 70 del Reglamento 883/2004⁵⁸. Como es sabido, estas prestaciones tienen por objeto proporcionar unos ingresos mínimos de subsistencia y son facilitadas y sufragadas por el Estado miembro de residencia. El asunto Brey ilustra bien el problema a la vez que encaja claramente en el ámbito de medidas estatales recientes desti-

Vol. 15, 2009, pp.64-63 y VAN DER MEI, A.P., «Union Citizenship and the legality of durational residence requirements for entitlement to student financial aid», *Modern Journal*, Vol. 16, 2009, pp.490-491.

⁵⁷ Sentencia de 23 de marzo de 2006, Comisión/Bélgica, C-408/03, Rec. I-02647, apartado 41.

⁵⁸ Reglamento No 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, *DO L* 166 de 30.04.2004.

nadas a limitar o restringir el acceso de los ciudadanos no activos a prestaciones sociales en el Estado de acogida⁵⁹. En concreto, este asunto plantea si una prestación especial en metálico no contributiva incluida en el ámbito del Reglamento 883/2004 puede o no considerarse una prestación de asistencia social en el sentido del Art. 7 de la Directiva 2004/38 y si el mero hecho del recurso a la misma puede servir para demostrar que el ciudadano de la Unión representa una carga excesiva para el Estado de acogida.

En relación con la primera cuestión, a efectos de determinar qué es una prestación de asistencia social, el TJUE recuerda que tanto de las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido.

Insistiendo en los diferentes objetivos del Reglamento 883/2004 y la Directiva 2004/38, el TJUE considera que el concepto de asistencia social a efectos del Art. 7 de la Directiva 2004/38 no debe determinarse en función de criterios formales, sino del objetivo perseguido por esta disposición de precisar las condiciones de ejercicio del derecho de residencia entre las que se incluye que los ciudadanos de la Unión que no tengan o hayan dejado de tener la condición de trabajador deben disponer de recursos suficientes. En consecuencia, el TJUE interpreta este concepto como referido a 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

⁵⁹ Este asunto plantea el acceso por un jubilado que ha ejercido el derecho de residencia como ciudadano de la Unión al llamado «suplemento compensatorio», una prestación especial en metálico no contributiva, destinada a cubrir la diferencia entre la pensión de vejez y otros ingresos y un determinado importe de referencia en el Estado de acogida (Austria) que éste supedita en su legislación nacional al requisito de tener la residencia habitual y legal en dicho Estado. Austria había modificado a partir del 1 de enero de 2011 el art. 51, p.1, n.º de su Ley de establecimiento y residencia con el objetivo de impedir que nacionales de otros Estados miembros pudiesen disfrutar del derecho de residencia en virtud del Derecho de la Unión, cuando estos nacionales solicitasen durante su periodo de residencia el disfrute del suplemento compensatorio. Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Pensionsversicherungsanstalt y Peter Brey, C-140/12 (aún no publicada).

de la ayuda que puede conceder dicho Estado. De esta manera, concluye que el suplemento compensatorio puede considerarse incluido dentro en la asistencia social del Estado miembro de acogida⁶⁰.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a si el mero hecho de disfrutar de una prestación de asistencia social puede servir para demostrar que el ciudadano de la Unión representa una carga excesiva para el Estado de acogida, el TJUE considera que, si bien podría ser un indicio demostrativo, las autoridades nacionales no pueden deducir tal conclusión sin haber procedido a una apreciación global de la carga que supondría concretamente la concesión de dicha prestación sobre todo el sistema nacional de asistencia social en función de las circunstancias individuales que caracterizan la situación del interesado. Para ello, el TJUE propone que se puede tener en cuenta en particular: la importancia y la regularidad de los ingresos de los que se dispone, el hecho de que éstos hayan llevado a las citadas autoridades a expedirle un certificado de registro, así como el período durante el que la prestación solicitada puede abonársele. Por otro lado, para apreciar con mayor precisión la dimensión de la carga que representaría tal abono para el sistema nacional de asistencia social, el TJUE considera que puede ser pertinente determinar, como había alegado la Comisión en la vista, la proporción de beneficiarios de dicha prestación que tienen la condición de ciudadanos de la Unión titulares de una pensión de vejez en otro Estado miembro⁶¹.

A la vista de estas consideraciones, el asunto Brey permite concluir que no cabe excluir automáticamente a los ciudadanos no activos de las prestaciones sociales en el Estado de acogida y que el mero hecho de disfrutar de una prestación de este tipo no es suficiente para demostrar que éste representa una carga excesiva para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida y, por tanto, negarle el derecho de residencia. La solución parece la correcta desde una perspectiva garantista pero, sin embargo, presenta algunos problemas. El primero es que el TJUE se aparta del criterio del vínculo real y utiliza el de la doble apreciación individual y global de la repercusión de la concesión de la prestación en el sistema nacional de asistencia social. Sin embargo, el resultado es el mismo porque supone cargar nuevamente a los Estados miembros con el examen particularizado y casuístico de cada caso concreto con los riesgos que se presentan desde el punto de la seguridad jurídica⁶².

⁶⁰ *Ibidem*, apartados 49, 60, 61, 62.

⁶¹ *Ibidem*, apartados 64 y 78.

⁶² De hecho, entre otros, VERSCHUEREN ya se había manifestado favorable a la solución de que el recurso a una prestación no contributiva de acuerdo con el Reglamen-

El segundo problema se deriva de que el razonamiento del TJUE podría conducir a la conclusión, tal como plantea el Abogado General Wathelet en el asunto Dano, que los Estados miembros no pueden denegar prestaciones de asistencia social a los ciudadanos de la Unión que ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de obtener la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de los recursos suficientes para acogerse al derecho de residencia por un periodo superior a tres meses⁶³. A este respecto, la opinión del Abogado General, seguida por el TJUE en su sentencia, se alinea perfectamente con las tesis favorables al recorte del acceso a las prestaciones sociales en el Estado de acogida por parte los ciudadanos de la Unión inactivos al considerar que el criterio elegido por la legislación nacional para excluir el acceso a la prestación, permite evitar los abusos y una cierta forma de «turismo social» a la vez que garantizar la viabilidad económica del sistema de Seguridad social y no poner en peligro su equilibrio financiero⁶⁴.

to 883/2004 no debería considerarse como un incumplimiento de la disposición de recursos suficientes (cf. VERSCHUEREN, H. «Free movement of persons in the European Union and social rights: an area of conflicting secondary law instruments?», *ERA-Forum: Scripta Iuris Europaei*, Vol. 12, 2011, nº2, pp. 287-299). Sin embargo, este autor es muy crítico con la solución del TJUE en el asunto Brey por considerar que rompe el compromiso al que se había llegado en 1992 en relación a la inclusión de las prestaciones especiales no contributivas en el ámbito de la seguridad social sujetas únicamente a un requisito de residencia y no como se hace ahora a un doble requisito de residencia legal y no ser una carga excesiva para la asistencia social del Estado de acogida, a la vez que considera que la sentencia aumenta la inseguridad jurídica y la confusión sobre los beneficiarios de tales prestaciones (Cf. «Free movement on benefit tourism: The Unreasonable Burden of Brey», *European Journal of Migration and Law*, Vol. 16, 2014, nº2, pp.159-164).

⁶³ Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior WATHELET presentadas el 20 de mayo de 2014, Dano, C 333/13, punto 105. Este asunto resulta también muy ilustrativo de los supuestos vinculados al debate sobre al derecho de residencia de los no activos, al referirse al caso de una nacional rumana con tarjeta de residencia que vive con su hijo en Alemania en casa de una hermana que los mantiene, y que, sin haber nunca buscado empleo ni ejercido una actividad profesional, solicita las prestaciones del seguro básico para demandantes de empleo previstas en el SGB II (Código de seguridad social alemán). Tal prestación que comprende una prestación de subsistencia, el subsidio social y la participación en los gastos de alojamiento y calefacción, le es denegada en virtud de la legislación nacional que excluye con carácter general del beneficio de dicha prestación a los nacionales de otros Estados miembros que entraron en el territorio del Estado de acogida para obtener la ayuda social o cuyo derecho de residencia se derive del mero objetivo de la búsqueda de empleo. Sentencia de 11 de noviembre de 2014 (aún no publicada), de la que solo podemos dar noticia, supone un viraje «restrictivo» del TJUE.

⁶⁴ *Ibidem*, puntos 131-133. Hay que tener en cuenta que se han planteado ante el TJUE asuntos que se refieren también a la misma cuestión: Petición de decisión prejudicial plan-

Finalmente, llama la atención, como se ha advertido, que el TJUE al analizar el concepto de asistencia social se refiera a conceptos comparables contenidos en instrumentos de Derecho Derivado aplicables a nacionales de terceros Estados como las Directivas 2003/86 (reunificación familiar) y 2003/109 (residentes de larga duración)⁶⁵. En efecto, el TJUE parece equiparar la situación de los ciudadanos de la Unión y la de los nacionales de los terceros Estados con los peligros que puede conllevar en el actual estado de cosas no marcar claramente la diferencia entre ambas categorías en función de la existencia de la ciudadanía de la Unión.

C) *La exportación de las ayudas de estudios previstas en el Estado miembro de origen*

El TJUE también ha tenido la ocasión de confirmar su jurisprudencia en relación al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión que se desplazan como estudiantes. Sin embargo, tal confirmación se va a suscitar en relación a una serie de casos en los que lo que se plantea es la cuestión de la exportación de las ayudas de estudios previstas en el Estado de origen por aquellos estudiantes que en el ejercicio de sus derechos de libre circulación y residencia como ciudadanos de la Unión se desplazan a otros Estados miembros para cursar estudios. En esta problemática se enmarcan los asuntos Prinz, Thiele Meneses y Elrick⁶⁶, en los que

teada por el Sozialgericht Duisburg (Alemania) el 16.01.2014, asunto C-19/14, Ana-Maria Talasca y Angelina Marita Talasca contra Stadt Kevelaer, DO C 142 de 12.05.2014, p.9 (desestimada por el TJUE por manifiestamente inadmisibles, auto del TJUE de 03.07.2014) y la petición de decisión prejudicial planteada por el Bundessozialgericht (Alemania) el 10.02.2014, Asunto C-67/14— Jobcenter Berlin Neukölln / Nazifa Alimanovic y otros, DO C 142 de 12.05.2014, p.14.

⁶⁵ VERSCHUEREN, «Free movement on benefit tourism...», *cit.*, p.166.

⁶⁶ Sentencia de 18 de julio de 2013, Prinz, C 523/11 y C 585/11, sentencia de 24 de octubre de 2013, Thiele Meneses, C 220/12 y sentencia de 24 de octubre de 2013, Elrick, C 275/12 (aun no publicadas). En estos asuntos, el Estado de origen (en los tres supuestos Alemania) condiciona el acceso a una ayuda para cursar estudios en otro Estado miembro al requisito único de que el solicitante haya establecido su residencia permanente en ese Estado durante un mínimo de tres años antes de comenzar los referidos estudios (asunto Prinz); de haber fijado un domicilio permanente en ese Estado o en caso de no tenerlo únicamente, cuando se justifique por circunstancias particulares (asunto Thiele Meneses); y a que la formación a cursar en otro Estado miembro conduzca a un título profesional equivalente a los expedidos por los centros de formación profesional ubicados en ese Estado al finalizar un ciclo de al menos dos años (asunto Elrick).

el TJUE procede a la reafirmación de que los derechos de la ciudadanía de la Unión en el caso de los estudiantes también se pueden invocar frente al Estado de origen⁶⁷. En concreto, el TJUE considera la normativa nacional como una restricción de las libertades de circulación y residencia del art. 21 TFUE.

Lo más interesante es que en estos asuntos resultan perceptibles algunas de las «nuevas» tendencias en la jurisprudencia del TJUE a las que ya hemos referenciado, tal como pone de manifiesto que el TJUE evidencie la transversalidad entre el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y la política de educación, en cuyo marco se sitúa el objetivo promovido por el propio TFUE de favorecer la movilidad de estudiantes y de profesores⁶⁸. La transversalidad también se establece en relación a la política social, recordando que los motivos de carácter meramente económico no pueden constituir razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a la libertad de residencia⁶⁹.

En esta misma línea, hay que destacar que el TJUE establezca como criterio para determinar la obligación del Estado de origen de conceder la ayuda de estudios la existencia de un cierto grado de integración en ese Estado, recordando que la prueba para admitir la existencia de un vínculo real no debe tener un carácter demasiado excluyente, atribuyendo indebidamente prioridad a elementos que no sean necesariamente representativos del grado real y efectivo de vinculación entre el solicitante y dicho Estado miembro. Este razonamiento lleva a que el TJUE considere que los requisitos establecidos en la legislación nacional no resultan proporcionados y que sugiera otros a tener en cuenta como el que el estudiante tenga la nacionalidad del Estado miembro de que se trate y haya estado escolarizado en él durante un período de tiempo significativo, u otros factores tales como, en particular, su familia, su empleo, sus conocimientos lingüísticos o la existencia de otros vínculos sociales o económicos⁷⁰. De esta forma, el TJUE amplía la dimensión del «vínculo real» que no solo se

⁶⁷ Sentencia de 23 de octubre de 2007, Morgan y Bucher, C 11/06 y C 12/06, Rec. p. I 9161.

⁶⁸ Prinz, C 523/11 y C 585/11, *cit.*, apartado 9; Thiele Meneses, C 220/12, *cit.*, apartado 24, Elrick, C 275/12, *cit.*, apartado 24. En este sentido, es relevante que se recuerde que los Estados miembros son competentes en relación los contenidos de la enseñanza y a la organización de los sistemas educativos respectivos, pero que esas competencias tienen que ejercerse respetando las libertades de circulación y residencia reconocidas en el art. 21 TFUE.

⁶⁹ Thiele Meneses, C 220/12, *cit.*, apartado 43.

⁷⁰ Prinz, C 523/11 y C 585/11, *cit.*, apartado 38; Thiele Meneses, C 220/12, *cit.*, apartado 38.

plantea como un vínculo vertical con el Estado miembro sino como un vínculo horizontal de comparación con los ciudadanos de la Unión que se encuentren en una situación similar⁷¹.

IV. DERECHO DE RESIDENCIA Y SOLIDARIDAD SOCIAL EN LA UE: LOS RIESGOS DE LA CASUÍSTICA Y LA NECESIDAD DE UNA CLARIFICACIÓN DEL SISTEMA

Recapitulando todo lo visto, se pone de manifiesto cómo la cuestión relativa al acceso a prestaciones sociales por los ciudadanos de la Unión que ejercen el derecho de residencia, en realidad, lo que plantea es el alcance de la obligación de solidaridad social en la Unión Europea o dicho en otras palabras, si existen obligaciones de justicia distributiva entre los ciudadanos de la Unión Europea⁷². La respuesta no resulta sencilla debido a la debilidad con la que el Tratado de Lisboa trata a la solidaridad como valor propio de la Unión Europea, sin ni siquiera mencionarla a propósito de la ciudadanía de la Unión⁷³.

De forma consciente o inconsciente, el TJUE ha intentado dar respuesta, estableciendo una obligación de solidaridad que, efectivamente supera la lógica economicista de considerar que tal obligación sólo se devenga en relación con los ciudadanos de la Unión activos económicamente que contribuyan al mantenimiento del sistema social del Estado de acogida y la ha extendido también a aquellos en los que existen perspectivas de que lo hagan (como los solicitantes de empleo e incluso los estudiantes) y, de forma más radical, a los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente que simplemente ejercen el derecho fundamental de residencia contemplado en el Art. 21 TFUE.

En esta operación, como hemos visto, el TJUE ha utilizado dos criterios. Uno es el criterio del vínculo de integración que toma en consideración el gra-

⁷¹ Cf. NEUNOVEN, P.J., «In Search of (Even) More Substance for the «Real Link» Test: Comment on Prinz and Seeberger», *European Law Review*, Vol. 39, 2014, nº1, pp. 125-136.

⁷² SANGIOVANNI, A., «Solidarity in the European Union», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.33, 2013, nº2, p. 4.

⁷³ Cf. WILLIAMS, A., *The Ethos of Europe. Values, Law and Justice in the EU*, Cambridge University press, Cambridge, 2010, p. 211. y GUILD, E., «Does European Citizenship Blur the Borders of Solidarity», en *The Reconceptualization...op.cit.*, pp.193-194.

do real y efectivo de conexión con el Estado miembro proveedor de la prestación que con carácter general es el Estado miembro de acogida (como en el caso de los solicitantes de empleo, los trabajadores a tiempo parcial, los hijos de los trabajadores transfronterizos o los estudiantes), pero que también puede ser el Estado de la nacionalidad (como en el caso de los estudiantes). En todo caso, el concepto de «Real link» manejado por el TJUE no es monolítico, sino que las circunstancias a tener en cuenta para determinarlo son plurales⁷⁴.

Cuando no existe un vínculo real y efectivo de conexión con el Estado de acogida, el TJUE considera que para que el Estado miembro pueda demostrar que el acceso por el ciudadano de la Unión a una prestación social representa una carga excesiva para su sistema de asistencia social, tiene que proceder a una apreciación global de la carga que representaría concretamente la concesión de dicha prestación sobre el sistema de asistencia social en función de las circunstancias individuales propias de la situación del interesado.

Desde una visión crítica, la construcción a la que da lugar la utilización de estos criterios presenta, como se ha apuntado, luces y sombras. Por una parte, parece positivo que el TJUE haya optado por un enfoque flexible de la «pertenencia» basada en una valoración del grado de integración, que se determina en cada caso particular en función del vínculo real y efectivo con el Estado miembro concernido. Como se apunta, en principio, este enfoque resulta más adecuado que la utilización de un criterio fijo o formal porque permite llevar a cabo una aproximación más matizada de la justificación de la extensión de la solidaridad social a los ciudadanos de la Unión Europea que ejercen el derecho de residencia, a la vez que sirve para evitar el «turismo social»⁷⁵.

Sin embargo, hay coincidencia al afirmar que al remitir al examen subjetivo y particular de cada caso, este sistema conduce a un resultado impredecible e incierto que no puede tener una aplicación general y que dificulta que los ciudadanos de la Unión sepan realmente el alcance de sus derechos sociales⁷⁶. Se señala también que tal planteamiento, basado exclusivamente en

⁷⁴ LENAERTS, K., «European Union citizenship, national welfare systems and social solidarity», *Jurisprudencija-Jurisprudence*, Vol.18, 2011, nº2, p. 418.

⁷⁵ GOLYNKER, O., «EU Citizenship and the role of the European Court of Justice in reconfiguration of social solidarity in European Union», *RSCAS Working paper*, 2010, p. 6.

⁷⁶ *Ibidem*; O'LEARY, S., «Developing an Ever Closer Union Between the Peoples of Europe? A reappraisal of the case-law of the Court of Justice on the free movement of persons and EU citizenship», *Yearbook of European Law*, 2008, p.182; ORŠOLIĆ DALESSIO, *cit.*, p. 887.

situaciones y derechos individuales, carece de la necesaria dimensión colectiva de la solidaridad y que por tanto resulta dudoso que pueda servir por sí solo como catalizador para la creación de una nueva identidad solidaria entre los ciudadanos de la Unión⁷⁷.

Además de estos argumentos, el *modus operandi* del TJUE resulta criticable, primero por la incertidumbre y la inseguridad jurídica que genera, ya que obliga a un examen de cada situación particular y, sobre todo, porque el TJUE ha ido construyendo esa obligación de solidaridad de los Estados miembros sin apoyo normativo y sin respetar la *ratio legislativa* y el consenso en su día logrado entre los Estados miembros acerca del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión al que responde la Directiva 2004/38 y en concreto la excepción contemplada en el Art. 24.2⁷⁸. Precisamente si esta disposición establece una norma tan poco ambigua es porque el legislador comunitario quiso evitar los problemas derivados de una «sobre personalización» de las reclamaciones, optando por una solución que favorece la seguridad jurídica y la transparencia⁷⁹. Esta incertidumbre se agudiza cuando al intentar reducir los efectos de planteamientos que conducirían a contradecir completamente lo establecido en la Directiva 2004/38, el TJUE fuerza el ajuste al sistema progresivo de la Directiva 2004/38 que únicamente establece una obligación de solidaridad social clara en relación con las situaciones que encajen en el marco del derecho de residencia permanente que se adquiere después de cinco años de residencia legal en el Estado miembro de acogida⁸⁰.

En nuestra opinión, en estos momentos el desfase entre el marco normativo que representa la Directiva 2004/38 y las consecuencias de la jurisprudencia del TJUE, especialmente en relación con el acceso a las prestaciones sociales por parte de los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente, resulta demasiado grande. Esta brecha no solo ha dado lugar a la tensión entre los Estados miembros que ejemplifica el debate actual en torno al dere-

⁷⁷ GIUBBONI, *op.cit.*, p. 194.

⁷⁸ Cf. MARTIN VIDAL, M.A., «La dimensión social de la ciudadanía europea con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº8, 2007, Julio-Diciembre, pp.128-129.

⁷⁹ LENAERTS, *cit.*, p.408.

⁸⁰ *Vid.* las reflexiones de CAICEDO CAMACHO, N., «La Directiva 2004/38/CE y la jurisprudencia del TJCE sobre el disfrute de las prestaciones sociales: ¿freno al avance en materia social o adecuación a los intereses de los estados?», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, nº 19, 2014, pp. 96-143.

cho de residencia, sino que incluso podría estar teniendo incidencia en el propio proceso de integración, tal como se pone de manifiesto en los resultados de las elecciones al Parlamento Europeo y el ascenso de los partidos con discursos populistas que propugnan claramente el recorte de los derechos de libre circulación y residencia aparejados a la ciudadanía de la Unión Europea.

Por esta razón, en primer lugar, nos parece que sería muy oportuno proceder a una modificación de la Directiva 2004/38 en la que se recogiese de forma clara el alcance del principio de igualdad de trato en relación con el acceso a las prestaciones sociales por parte de todos los ciudadanos de la Unión Europea que ejercen el derecho de residencia⁸¹. Somos plenamente conscientes de que existe el riesgo de que algunos Estados miembros pudieran aprovechar tal oportunidad para plantear recortes al sistema existente⁸². Obviamente no se trata de dar marcha atrás de lo ya conseguido, sino de clarificar y dar coherencia al sistema. En este sentido, si hay consenso acerca de que el criterio del vínculo real y efectivo puede ser un mecanismo adecuado para establecer un sistema de solidaridad social entre los ciudadanos de la Unión, el objetivo debería ser incorporarlo junto con todos los avances de la jurisprudencia del TJUE en relación, entre otros, a la delimitación del concepto de asistencia social y la interpretación restrictiva de los requisitos del Art. 7. Se trataría por tanto de establecer una fórmula que permita la aplicación del criterio del vínculo real y que, siendo flexible, ofrezca a la vez la necesaria seguridad jurídica y alcance general de aplicación. En esta misma línea, debería aclararse el concepto de «carga excesiva» para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida, sin que los Estados miembros tengan que proceder a apreciaciones globales de tal carga sobre sus sistemas de asistencia social en función de las circunstancias individuales propias cada situación.

En segundo lugar, sería muy conveniente reforzar el objetivo de la solidaridad al que se refiere con carácter general el TUE en sus Arts. 2 y 3 con acciones concretas que sirvan para resolver las tensiones que genera entre los Estados miembros el acceso a prestaciones sociales por los ciudadanos de la Unión que ejercen el derecho de residencia. A este respecto, hay que tener en cuenta el interés que tendría proceder a una mayor coordinación en el ámbito social que permita la exportabilidad de las prestaciones de asistencia so-

⁸¹ GOLYNKER, *cit.*, p.7.

⁸² Tal como alertan, GUILD, CARRERA, EISELE no deberían proponerse modificaciones de la Directiva 2004/38 sino se prueba que son necesarias y proporcionales para alcanzar un fin público y se fundamentan en datos objetivos y contrastados (*op.cit.*, p.141).

cial, especialmente aquellas que garantizan unos ingresos mínimos y las prestaciones de desempleo. Desde esta misma opinión, aunque reconociendo de forma realista la dificultad de llevarla adelante en el momento actual, se plantea la posibilidad de establecer un «Ingreso mínimo europeo»⁸³. Así mismo, se ha planteado la creación de un fondo de la Unión Europea destinado a compensar a los Estados miembros que en un momento puedan ser importadores netos de solicitantes de ayudas sociales⁸⁴.

De forma complementaria, hay también que hacer referencia a las propuestas destinadas a contrarrestar los efectos de la movilidad del talento, como la relativa a la creación de un «Acuerdo europeo justo sobre el talento»⁸⁵. En esta misma línea, hay que recordar finalmente la importancia de los mecanismos de cohesión económica y social puesto hay que tener en cuenta, en todo caso, una versión en negativo de los derechos de libre circulación y residencia del ciudadano de la Unión que sería el no verse obligado a ejercerlos debido a la falta de oportunidades en el Estado miembro de origen⁸⁶.

V. REFLEXIONES FINALES

Comenzamos este trabajo preguntándonos acerca de las repercusiones y el alcance de la crisis sobre los derechos de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión Europea. Pues bien, el examen realizado confirma efectivamente que la profunda crisis por la que atraviesa la UE ha afectado a dichos derechos en la medida en que ha erosionado los principios fundacionales de solidaridad e igualdad de trato.

⁸³ GIUBBONI, *op.cit.*, p. 196

⁸⁴ SANGIONANNI, *cit.*, p. 28.

⁸⁵ *Vid.* BUSSE, M., MOREHOUSE, C., «Unblocking the Lifeline of Talent», *CEPS Policy Brief*, N°306 de 6.12.2013. Esta propuesta, que sería particularmente interesante para España, contempla la articulación de un mecanismo de estabilización de la movilidad del talento (European Fair deal on Talent Strategy) que consistiría en un paquete económico administrado por la Unión Europea y que financiado por los Estados miembros que en un momento determinado resulten beneficiarios netos de la movilidad del talento estaría destinado a los Estados miembros de donde proceda el talento con el objetivo de aumentar las perspectivas de empleo, promoviendo la inversión en educación y formación.

⁸⁶ Cf. STRUMIA, F., «Remedying the inequalities of economic citizenship in Europe: cohesion policy and the negative right to move», *European Law Journal*, Vol. 17, 2011, n°6, p. 739.

Desde una perspectiva común a ambas libertades, la crisis ha tenido un doble efecto derivado de los recelos ante las consecuencias económicas de su ejercicio sobre el gasto público que explican la perniciosa conexión entre las nuevas tendencias restrictivas del derecho de libre circulación que persiguen una finalidad económica con las medidas adoptadas por algunos Estados miembros para restringir el acceso a sus sistemas de asistencia social de los ciudadanos de la Unión Europea que ejercen el derecho de residencia.

De esta forma, el primer efecto constatable es la división de los ciudadanos de la Unión en dos bandos enfrentados entre sí: los «estáticos» y los «dinámicos». Los primeros, entendiéndolo por tal a quienes no ejercen habitualmente el derecho a la libre circulación y residencia que les confiere la ciudadanía europea, consideran que los segundos, que sí han recurrido a ese derecho desplazándose desde su Estado de origen hacia uno o varios Estados de acogida para mejorar su calidad de vida, constituyen una minoría que está sobre-exploando los beneficios inherentes a la ciudadanía. Esta dinámica de antagonismo ha alimentado la idea de una inversión de la relación coste-beneficio, de manera que las libertades de circulación y residencia, en lugar de reportar múltiples ventajas de índole económica, social y política, se han convertido en un lastre para el desarrollo de la Unión y de sus Estados miembros.

El examen realizado permite vislumbrar un segundo efecto que se identifica con una suerte de convergencia negativa entre el estatuto privilegiado de los ciudadanos europeos y el de inmigrante aplicable a los nacionales de terceros países. En lugar de consolidarse una redefinición positiva encaminada a atribuir a determinadas categorías de nacionales de terceros países derechos y obligaciones similares a los de los ciudadanos europeos, se estaría operando justo el proceso inverso, de forma que los ciudadanos de la UE que supongan una carga económica para el Estado de acogida están empezando a ser calificados y tratados como «inmigrantes de otros Estados miembros» o simplemente extranjeros. Este giro supone un gran riesgo puesto que devaluaría la ciudadanía europea, que estaría fracasando en su vocación de convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de todos los Estados miembros y asegurar su igualdad, además de ensombrecer el porvenir de una UE en la que parece haberse resquebrajado el consenso constituyente sobre la intangibilidad de los derechos de libre circulación y residencia.

Estos elementos sombríos se proyectan de forma concreta y específica en el ejercicio del derecho de residencia, en el que se percibe una tendencia hacia la «polinización recíproca» entre el derecho de residencia cubierto por la libre circulación de trabajadores y el de los ciudadanos inactivos económi-

camente, especialmente palpable por la vía de la utilización del criterio del vínculo real para determinar el alcance de la obligación de solidaridad de los Estados miembros. Las consecuencias de tal interacción aún no están plenamente definidas pero apuntan hacia su utilización como un mínimo común a la baja e incluso como una forma de retroceder en los derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión que ejercen el derecho de residencia en el marco de la libre circulación de trabajadores.

Por otra parte, sin empañar el papel absolutamente trascendental desempeñado por el TJUE en la progresiva ampliación del ámbito de los ciudadanos de la Unión beneficiarios de solidaridad social en el ejercicio del derecho de residencia, dos razones evidencian la necesidad de proceder a la modificación de la Directiva 2004/38 con el objetivo de clarificar y dar coherencia al sistema. Una se debe a la brecha existente entre algunas de las soluciones dadas por el TJUE para hacer efectiva esa solidaridad y el marco normativo que ofrece esta disposición. La otra razón se encuentra en la incertidumbre que genera la utilización de criterios basados en la aproximación casuística y el examen particularizado de cada situación.

En todo caso, corresponde al TJUE seguir garantizando el ejercicio efectivo del derecho de residencia y el principio de igualdad de trato, controlando la adecuación de las medidas nacionales restrictivas a los principios que se han ido consolidando. En este sentido, la labor del TJUE no está exenta de dificultades, en tanto que el Tribunal, como el resto de Instituciones europeas, no está libre de las presiones restrictivas que emanan de los Estados miembros. Por esta razón, nos parece necesario continuar investigando en el futuro para dilucidar si las tendencias restrictivas de la libre circulación y residencia que hemos detectado responden a un contexto y un escenario puntual marcado por la crisis económica o, por el contrario, son la punta del iceberg de un proceso de mayor calado con impredecibles consecuencias para la integración europea.

DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNION
Y PRESTACIONES SOCIALES EN TIEMPOS DE CRISIS: ¿HACIA UN
PLANTEAMIENTO CASUÍSTICO Y AMBIGUO DE LA SOLIDARIDAD
ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS?

RESUMEN: La proyección de la crisis económica sobre el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión ha reavivado el debate en torno a la aplicación del principio de igualdad de trato al acceso a las prestaciones sociales en el Estado miembro de acogida (o

incluso en el de origen) en el marco de la aplicación e interpretación de la Directiva 2004/38. El análisis de la jurisprudencia reciente del TJUE en relación a los supuestos en los que se centra este debate, que afecta especialmente a los ciudadanos de la Unión no activos económicamente, permite identificar una serie de tendencias que podrían tener efectos restrictivos. La cuestión clave sigue siendo determinar el alcance de la solidaridad social en la Unión a la vista de los riesgos que suscita la casuística y clarificar el sistema.

PALABRAS CLAVE: Derecho de residencia; ciudadanía de la Unión; igualdad de trato; prestaciones sociales; solidaridad; vínculo real; Directiva 2004/38.

RIGHT OF RESIDENCE OF THE UNION'S CITIZENS AND ACCESS TO SOCIAL BENEFITS IN TIMES OF CRISIS: TOWARDS A CASUISTIC AND AMBIGUOUS APPROACH OF THE SOLIDARITY BETWEEN STATE MEMBERS?

ABSTRACT: The projection of the economic crisis on the right of residence of citizens of the Union has rekindled the debate on the application of the principle of equal treatment to the access to social benefits in the host Member State (or even in the State of origin) in the framework of the application and interpretation of Directive 2004/38. The analysis of the recent jurisprudence of the European Court of Justice in relation to the cases in which this debate focuses, especially the citizens of the Union not active economically, allows the identification of a number of trends, which might have restrictive effects. The key question is still determining the extent of social solidarity in the Union in view of the risks that raises the casuistic and to clarify the system.

KEY WORDS: Right of residence; citizenship of the Union; equal treatment; social welfare; solidarity; real link; Directive 2004/38.

DROIT DE SÉJOUR DES CITOYENS DE L'UNION ET ACCÈS AUX PRESTATIONS SOCIALES EN TEMPS DE CRISE: VERS UNE APPROCHE CASUISTIQUE ET AMBIGUË DE LA SOLIDARITÉ ENTRE LES ÉTATS MEMBRES?

RÉSUMÉ: La projection de la crise économique sur le droit de séjour des citoyens de l'Union a ravivé le débat sur l'application du principe d'égalité de traitement à l'accès aux prestations sociales dans l'État membre d'accueil d'origine dans le cadre de l'application et l'interprétation de la Directive 2004/38. L'analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Justice européenne en ce qui concerne les cas dans lesquels ce débat se concentre, surtout les citoyens de l'Union non active sur le plan économique, permet d'identifier un certain nombre de tendances qui pourraient avoir des effets restrictifs. La question clé reste déterminer l'étendue de la solidarité sociale dans l'Union compte tenu des risques qui déclenche la casuistique et clarifier le système.

MOTS CLÉS: Droit de résidence; citoyenneté de l'Union; égalité de traitement; protection sociale; solidarité; lien réel; Directive 2004/38.