

LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y LIMITACIONES DE LA ACCIÓN ASISTENCIAL: ¿QUO VADIS MODELO DE SOLIDARIDAD EUROPEO?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la
Unión Europea de 15 de septiembre de 2015, asunto C-67/14**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

*«Cada vez más el resto de Europa ve las cosas a
nuestra manera. Es un buen presagio para una de
nuestras áreas clave de la renegociación» (de la
pertenencia del Reino Unido a la UE)*

Anthea McIntyre

(Eurodiputado conservador británico)¹

1. MARCO COMUNITARIO: ¿EL ESTADO QUE PAGA LA ASISTENCIA SOCIAL, SELECCIONA A SUS RESIDENTES?

El artículo 18 del **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea** –TFUE– prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad. En coherencia, y para la libre circulación de trabajadores, se impone la abolición de toda discriminación por esa causa con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo (art. 45.2 TFUE), así como el derecho de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo; eso sí, «en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión» (art. 45.3 TFUE). Entre ellos está el **Reglamento (CE) n.º 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004**, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Asimismo, hay que

¹ «Increasingly the rest of Europe is seeing things our way. It bodes well for one of our key areas of renegotiation». En <http://www.politico.eu/article/migrants-refugees-social-security-eu-court-deals-blow-to-benefits-migration/>

tener en cuenta la [Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004](#) (derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados –art. 24.2–).

El artículo 4 del [Reglamento n.º 883/2004](#) hace extensivo ese principio de igualdad de trato «... en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento». Su artículo 70 incluye a las «Prestaciones especiales en metálico no contributivas». Estas prestaciones –en cuanto destinadas a meros fines de subsistencia, con financiación por vía de los impuestos y listadas de forma específica como tales– «únicamente serán facilitadas en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan, y de conformidad con su legislación». Comprobamos, pues, que la libertad de circulación y el derecho de integración en el mercado de acogida mediante la residencia efectiva se acompaña de la protección social que asegure el efecto útil de aquella libertad socio-económica fundamental de la Unión Europea –UE–.

Si la primera se reconoce como derecho fundamental comunitario –art. 15.2 de la Carta Comunitaria: Libertad de buscar empleo–, la segunda también –art. 34. 2 y 3: Derecho de solidaridad a prestaciones de acción social para todas las personas que residan y se desplacen legalmente dentro de la UE–. Pese al rotundo tenor de la Carta Comunitaria, y del Derecho Fundacional, los considerandos 10, 16 y 21 de la [Directiva 2004/38/CE](#) alertan sobre la necesidad de conciliar ese reconocimiento de solidaridad con un adecuado equilibrio de la acción social de los Estados de acogida, pues:

«(10) Conviene... evitar que los beneficiarios del derecho de residencia se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida...».

Entre este tipo de prestaciones, listadas en el anexo X del [Reglamento n.º 883/2004](#) («Prestaciones especiales en metálico no contributivas»), se incluyen, por lo que se refiere a la República Federal de Alemania, las siguientes prestaciones:

«... b) Prestaciones del seguro básico para demandantes de empleo encaminadas a garantizar la subsistencia... [apdo. 1 del art. 24 (libro II)]».

Alemania está sujeta al [Convenio europeo de asistencia social y médica](#), suscrito por los miembros del Consejo de Europa el 11 de diciembre de 1953, que prohíbe la diferencia de trato entre nacionales del Estado y nacionales de otros Estados de la UE que residan legalmente en el primero, interpretación de la norma que era la fijada por el Tribunal Federal de lo Social en Sentencia de 19 de octubre de 2010. No obstante, en aplicación del artículo 16 b), que permite a los Estados formular reservas a la aplicación de una nueva ley a los nacionales de las demás partes contratantes, Alemania estableció, el 19 de diciembre de 2011, la siguiente:

«El Gobierno de la República Federal de Alemania no se compromete a que los nacionales de las demás Partes Contratantes participen, al igual que sus propios nacionales y en las mismas condiciones de las prestaciones previstas en el libro II del Código social (Sozialgesetzbuch Zweites Buch) –Protección social básica para los demandantes de empleo–, en su versión en vigor al tiempo de la solicitud».

Conectando los marcos supralegales con los nacionales, el Código Social y la ley sobre la libre circulación concretan esa restricción. En suma, los «extranjeros» –también ciudadanos de la UE– que llegan a Alemania para obtener una ayuda, o cuya residencia solo se justifica por buscar trabajo, están excluidos de las prestaciones del seguro básico alemán.

2. SUPUESTO DE HECHO: SÍNTESIS DEL RELATO FÁCTICO DEL CASO

Una ciudadana sueca (aunque nació en Bosnia), con tres hijos –nacidos en Alemania– ejerció la libertad de circulación de trabajadores para hallar trabajo. A tal fin, tras una primera residencia, y posterior desplazamiento a Suecia, regresó a Alemania en 2010. Tanto ella como la hija mayor ocuparon varios empleos de corta duración, no encontrando oportunidades de empleo por tiempo superior a un año. Desde entonces no ejercieron actividad profesional alguna –desde diciembre 2011 a mayo de 2012–. Durante seis meses se concedieron a la familia prestaciones de seguro básico. No se trata únicamente de una dotación económica, puesto que supone un híbrido entre una ayuda social y una contribución para buscar empleo. La autoridad competente –centro de empleo de Berlín– dejó de pagar las prestaciones por considerar que, en aplicación de la normativa de seguridad social alemana, la demandante y su hija mayor estaban excluidas de aquellas prestaciones por su condición de demandantes de empleo extranjeras cuyo derecho de residencia únicamente se justifica por buscar trabajo.

En consecuencia, la citada autoridad decidió excluir también a los otros hijos de las prestaciones respectivas. Recurrida la decisión judicialmente por entender que se vulneraban sus derechos como ciudadana comunitaria –libertad de circulación e igualdad de trato–, el centro de empleo alegó que las prestaciones cuyo objeto es garantizar la subsistencia constituyen «prestaciones de asistencia social», en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la [Directiva 2004/38/CE](#), de las que por tanto se puede excluir a las personas en busca de empleo.

La cuestión jurídico-social comunitaria de fondo es la siguiente: Una ciudadana sueca –y su familia–, cuyo derecho de residencia en el territorio de un Estado de acogida –Alemania– halla su fundamento en la búsqueda activa de empleo, ¿puede ver cómo se le deniegan prestaciones no contributivas de asistencia social (conocida como *Hartz IV*) cuando, para los nacionales de ese Estado miembro sí se reconocen, sin que se lesionen los derechos-principios de igualdad de trato y a la libre circulación en la UE? El Tribunal Federal de lo Social de Alemania (*Bundessozialgericht*) desea saber si esa exclusión es legítima por lo que plantea cuestión prejudicial a fin

de saber si esa disposición del Derecho alemán infringe el principio de no discriminación (art. 4 [Reglamento n.º 883/2004](#)), así como su derecho a la libre circulación como personas en busca de empleo (art. 45.2 en relación con el art. 18 ambos del [TFUE](#)).

3. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: BREVIO DE LOS RAZONAMIENTOS PARA EL FALLO

En respuesta a las cuestiones del tribunal alemán, el TJUE declara que las mencionadas ayudas deben calificarse como «prestaciones de asistencia social» y no como «prestaciones de inserción profesional», esto es, su finalidad primaria es la de asegurar la subsistencia personal y no la de facilitar el acceso al mercado de trabajo. El TJUE reconoce dos situaciones para atribuir la residencia en esta situación:

- a) Un ciudadano de la UE en paro –involuntario, pues–, habiendo disfrutado de derecho de residencia como trabajador y trabajado menos de un año –plazo para poder tener acceso a la protección por desempleo–, e inscrito en el servicio competente como demandante de empleo, conserva la condición de trabajador –y de residencia– durante al menos seis meses. En este periodo puede invocar el principio de igualdad de trato y el derecho a prestaciones de asistencia social.
- b) Cuando aún no ha trabajado en el Estado de acogida, o ha terminado el periodo de seis meses, el demandante de empleo no puede ser expulsado mientras pruebe que sigue buscando trabajo y que tiene posibilidades reales de hallarlo. No obstante, sí podría el Estado de acogida denegar cualquier prestación de asistencia social.

Pese a todo, y en el marco del omnipresente método de la «norma de justicia para el caso concreto», el TJUE apela a la exigencia de la [Directiva 2004/38/CE](#) de atender a la «situación individual de la persona interesada» (en esta línea la [STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto C-140/12](#)). Sin embargo, el Tribunal de Justicia destaca que ese examen individual no es exigible en un supuesto como el examinado, porque el propio sistema gradual de mantenimiento de la condición de trabajador previsto en la Directiva «ciudadano de la Unión» (cuya finalidad es garantizar el derecho de residencia y el acceso a las prestaciones sociales) atiende ya a los diferentes factores que caracterizan la situación individual del solicitante de la prestación.

Para el TJUE, la normativa europea y alemana «... permite... garantizar un alto grado de seguridad jurídica y de transparencia en el contexto de la concesión de prestaciones de asistencia social..., a la vez que se ajusta al principio de proporcionalidad». Además, excluye la calificación de la ayuda como «carga excesiva» para el Estado de forma individual o aislada, para exigir que sea global y *a posteriori*, evaluadas en el conjunto de las pedidas y concedidas.

4. MÁS ALLÁ DE LA «(IN)JUSTICIA DEL CASO»: EL AVAL JURISPRUDENCIAL A UNA POLÍTICA DEL DERECHO ANTISOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

a) Una quiebra de la línea de política judicial del Derecho de la UE favorable a la garantía de efectividad de la integración social en el Estado-Mercado de acogida

La doctrina del TJUE que analizamos tiene una extraordinaria trascendencia más allá de la, errática a mi juicio, solución al caso concreto, tanto por lo que parece dejar atrás cuanto por lo que claramente avala de futuro. De ahí que presente un especial interés para conocer cuáles son las líneas de tendencia no solo de la «política judicial» sino de la «política legislativa» en materia de integración socio-laboral en la UE de las personas que se desplazan dentro de ella —«inmigrantes comunitarios», que ejercen libertad de circulación—, y no solo hacia ella —«inmigrantes extracomunitarios» y/o «refugiados», que no ejercen libertades circulatorias pero sí otros derechos humanos—. Aunque el foco de la actualidad se sitúa en estos últimos, muy en especial en la odisea que viven millones de refugiados, en especial sirios, acampados a las puertas, o incluso dentro, de la UE y sin que reciban una respuesta —solidaria— específica, los «otros», los que se creen al margen de esas tribulaciones por entenderse protegidos bajo el manto de la libertad de circulación y los derechos de solidaridad, también se encuentran intensamente «amenazados».

Decía que la sentencia objeto de este diálogo (sentencia *Alimanovic*) debía preocupar por lo que parece dejar atrás. Al respecto, sabido es que, dentro de la línea del TJUE favorable al principio de realismo, frente al formalismo, y a las lecturas expansivas, en aras de la garantía del efecto útil de las normas que reconocen derechos y libertades básicos en el seno de la UE, frente a las restrictivas, siempre ha venido mostrando un especial cuidado por el aseguramiento de un derecho a la integración efectiva de quien adopta una decisión de movilidad transnacional en el seno de la UE. Por eso, el TJUE refleja una concepción expansiva de la prohibición de obstaculización que no resulte justificada y proporcionada. Es el caso, por ejemplo, de la [STJUE de 2 de septiembre de 2015, asunto C-309/14](#) (respuesta a la cuestión prejudicial del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio), que considera que unas tasas excesivas —en el caso ocho veces superior a las exigidas para obtener el DNI— para la renovación de las autorizaciones constituyen un obstáculo para el acceso a la residencia de los extranjeros y, en consecuencia, vulneran la [Directiva 2003/109/CE](#). El TJUE recuerda que el fin principal de la Directiva es «la integración de los nacionales de terceros países que se han instalado permanentemente en los Estados miembros» ([STJUE de 26 de abril de 2012, asunto C-508/10](#), que tiene por objeto un recurso por incumplimiento del artículo 258 del [TFUE](#); *Comisión/Paises Bajos-con apoyo de Grecia*).

Igualmente, el TJUE acoge esta línea de interpretación flexible de las normas, a fin de favorecer una medida de integración efectiva, como en el [asunto C-423/12 \(STJUE de 16 de enero de 2014, caso *Flora May Reyes*\)](#). La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 2.2 c) de la [Directiva 2004/38/CE](#) sobre el derecho de los ciudadanos de

la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y el litigio concreto versó sobre la solicitud de permiso de residencia en calidad de miembro de la familia, a cargo de la madre (nacida en Filipinas y con adquisición posterior de la nacionalidad alemana) y de su pareja noruega. La denegación de la solicitud se basó en que la solicitante no había podido probar, según la autoridad sueca, «estar a su cargo». Para el TJUE, atendiendo a las «circunstancias concretas», basta con comprobar la provisión regular de un ciudadano de la Unión a su familiar «de una cantidad de dinero necesaria para que este cubra sus necesidades básicas en el Estado de origen», a fin de probar la dependencia real, sin que pueda «exigirse a dicho descendiente que, además, demuestre haber intentado conseguir un empleo, una ayuda de subsistencia de las autoridades de su país de origen y/o alguna otra forma de subsistencia, sin lograrlo».

Cierto, siempre ha exigido que las situaciones de integración de las personas en el Estado de acogida presupongan un elemental respeto de las normas de convivencia de aquel², de ahí que, por ejemplo, no considera computables los periodos de prisión –SSTJUE de 16 de enero de 2014, asuntos C-400/12 y C-378/12 (sendas cuestiones prejudiciales de tribunales británicos ante decisiones de expulsión)–. Eso sí, esas exigencias deben estar justificadas de una forma suficiente y resultar proporcionadas. En este sentido, la STJUE de 9 de julio de 2015, asunto C-153/14, no considera que lo sean las pruebas o exámenes de «integración cívica» cuando ni se prevén reglas flexibles de exoneración, sino rígidas, ni se establecen precios ajustados.

b) Crónica de un giro restrictivo anunciado: La segunda parte de la «sentencia Dano» (STJUE de 11 de noviembre de 2014, asunto C-333/13)

No obstante este bagaje jurisprudencial previo –precedente inespecífico o indirecto, pero pertinente–, que podría hacer pensar en una posición más flexible y garantista por parte del TJUE, lo cierto es que el resultado negativo alcanzado ya parecía predeterminado casi un año antes. El TJUE ya dio muestras de inclinarse hacia el «lado oscuro» de su fuerza creativa, pretoriana, que señalara en el primer Diálogo de este monográfico, cuando decidió asumir una clara tendencia a restringir el reconocimiento del derecho a ayudas de asistencia social a ciudadanos de la UE en el marco de la libre circulación de trabajadores. Fue el caso de la «sentencia Dano». Aquí, el TJUE declaró, deslizando algún argumento problemático, como su adscripción a la corriente que da realidad a lo que es puro mito, el «turismo social»³, que la exclusión de los beneficios sociales es legítima respecto de los nacionales de un Estado miembro que llegan al territorio de otro Estado miembro sin una voluntad efectiva de hallar empleo en él (sin compromiso con la búsqueda activa de empleo).

² Aunque también reconozca derechos a los trabajadores extranjeros en situación irregular, como sucede con las prestaciones económicas en caso de insolvencia del empresario. Vid. STJUE de 5 de noviembre de 2014, asunto C-311/13.

³ Una sugerente, y muy bien fundada, crítica de esta doctrina puede encontrarse en MIÑARRO YANINI, M.: «Límites económicos a la libertad de circulación: ¿"sopa boba" o "solidaridad"»?», RTSS.CEF, núm. 382, págs. 223 y ss.

Pese a todo, había una fundada expectativa jurídico-social de que no se cumpliera esta segunda parte, en la medida en que la existencia de esa voluntad probada de inserción por el empleo sí podría, y debería, alterar la conclusión. No ha sido así. El TJUE, responsabilizando de una forma velada al juez remitente, que es el que marcaría las pautas sobre la comprensión de la institución nacional, ha privado a la ayuda «Hartz IV» –que es la que está en juego– de cualquier aspecto de «renta de reinserción», pese a que en ella se ofrecen servicios de asesoría laboral, pago de convalidación de títulos europeos o cursos de alemán, que se orientan principalmente a facilitar la entrada de esa persona en el mercado laboral.

Una dimensión ocupacional que se reafirmaría si se tiene en cuenta que para solicitar la ayuda es imprescindible contar con el estatus de trabajador (tener un *minijob*, ser autónomo con unos ingresos mínimos o haber trabajado y perdido tu empleo por despido o finalización de contrato hasta un máximo de seis meses antes, aunque solo en el caso de que no se tenga nacionalidad alemana). Al contrario, ignorando este cierto carácter mixto o híbrido –asistencial y ocupacional–, se ha centrado en su valor de ayuda social –incluye el pago del seguro médico, que es obligatorio en Alemania y que cuesta unos 150 euros al mes; principal motivo por el que se solicita, dado que la imposibilidad de hacer frente a este seguro supone una exclusión sanitaria con deuda retroactiva⁴.

Asimismo, sorprende sobremanera que el TJUE haya descartado de esta forma tan drástica el examen individualizado, presente en su doctrina general y en la Directiva citada, cuando las circunstancias familiares –tres hijas a cargo y nacidas en Alemania, con el evidente arraigo de la familia y la necesidad de una mínima protección social–. Como inquietante es, más si cabe, que libere también a la autoridad nacional competente de probar el carácter de «carga excesiva» de esta ayuda, en un contexto en el que Alemania, además, presume por doquier de su situación saneada. Es evidente que se está presumiendo el desequilibrio de las finanzas asistenciales, con lo que quiebra el espíritu y la letra de la Directiva, ignorando el carácter de derecho fundamental comunitario de la prestación asistencial.

c) La doctrina del TJUE se hace cómplice de las políticas gubernamentales de «expulsión indirecta» de los menesterosos

Formalmente, el TJUE, porque no puede concluir de otro modo a tenor del Derecho de la UE, separa la facultad –muy limitada– de «expulsión» de los ciudadanos comunitarios con la condición de trabajador o de demandante de empleo de aquella otra de excluir de prestación asistencial. Sin embargo, en la práctica, las denegaciones de la ayuda avaladas están obligando a muchos emigrados de la UE a marcharse de Alemania –y de otros países–, a pesar de no poder ser expulsados de forma directa, por la imposibilidad de sostenerse mínimamente en el país, más si se tienen cargas familiares. De este modo, no solo se abre una brecha sideral entre los demás

⁴ Para un buen reportaje periodístico de la decisión *vid.* L. CRUZ: «Alemania corta el grifo de las ayudas sociales a los comunitarios», en <http://www.publico.es/internacional/alemania-corta-grifo-ayudas-sociales.html>.

ciudadanos de la UE y los ciudadanos alemanes en Alemania, pues estos sí que pueden cobrar esta ayuda social sin haber trabajado nunca, con la consiguiente erosión del que hoy no es solo un principio, sino un derecho fundamental comunitario, la igualdad de trato por razón de la nacionalidad. Además, el TJUE está creando –sin que haya para ello una base clara en el Derecho de la UE– una fuerte presión a estos colectivos, en aumento, para que se conviertan en una «sub-clase socio-ocupacional» aún más precaria, pues se verán obligados a aceptar cualquier empleo para mantenerse en el país.

Si en el plano estrictamente jurídico, las críticas a esta odiosa –por restringir derechos fundamentales– doctrina del TJUE son muy fundadas, lo son más en el plano de la política del Derecho, por su carácter antisocial e insolidario. Una orientación especialmente preocupante en un momento en el que la tendencia de los Estados es la de intensificar esas exclusiones, ampliando la insolidaridad, esto es, proponiendo menos Europa. Por lo tanto, esta se avista, una vez más –frente a la visión de Ortega y Gasset–, como problema y no como solución.

Al TJUE le correspondía, como garante de los derechos de solidaridad, contener esas tendencias, dentro de lo razonable y sin proponer usos alternativos sociales del Derecho, pero sí apelando a su papel de equilibrador dinámico; realiza justo lo contrario, se alinea con esos Estados, precisamente los más poderosos, los más ricos. El reconocimiento de la acción social –tanto para comunitarios como para extracomunitarios– no debería ser reconocido como algo «graciable», como un «grifo de caridad» que se abre y se cierra, como tiende a representarse mediáticamente, sino que se trata de un derecho de mínimos asociado a una condición –ciudadano desplazado y que conserva la cualidad de demandante de empleo–.

De este modo, el TJUE, lejos de desincentivar cualquier tentación de políticas dirigidas a la «denegación masiva de ayudas sociales a ciudadanos de la UE», en aras de la austeridad y la reducción del déficit público –también como expresión de una nueva moral protestante, que hace responsables a los pobres de su condición, tengan la nacionalidad que tengan–, las avala y les da alas. Buena prueba de ello es el fervor con que ha sido acogida la doctrina no ya en el país que ha dado origen a la misma, Alemania, sino también, y sobre todo, en el Reino Unido, cuyos políticos se frotan las manos con esta posibilidad de convertir lo que, hoy, es una ventana abierta, en un *portón de expulsión indirecta de ciudadanos de la UE* que, por esa vía, se convierten en un creciente contingente de «inmigrantes comunitarios» a sumar al cada vez más nutrido de «inmigrantes extracomunitarios», a su vez añadidos a la legión de «refugiados». En definitiva, el TJUE ha puesto su contribución para un Derecho Antisocial en el que también los «ciudadanos comunitarios» forman parte, si carecen de empleo y recursos suficientes, aunque busquen activamente trabajo, de un proceso creciente de precarización de los flujos migratorios, incluso internos a la UE.

En este peligroso retorno al modelo liberal y meramente económico de la libertad de circulación, en detrimento de su evolución como fuente de un derecho social de acceso a prestaciones asistenciales, cómo no acordarse, por enésima vez –eso sí, renuevo el texto seleccionado–, de ese canto monumental a las miserias de la insolidaridad humana:

*«(...) Cuando encarcelaron a los socialdemócratas, guardé silencio,
porque yo no era socialdemócrata,
Cuando vinieron a buscar a los sindicalistas, no protesté,
porque yo no era sindicalista
(...)
Cuando vinieron a buscarme, no había nadie más que pudiera protestar».*

(Martin NIEMÖLLER, pastor luterano alemán y antinazi; si fuera de Bertolt BRECHT, que no parece, también sería de un alemán, en este caso poeta y dramaturgo –una vez más se confirma que Alemania es capaz de lo mejor y de lo peor–).