

Las prestaciones de asistencia social en la Unión Europea: entre política y jurisprudencia, o la jurisprudencia contaminada de la política

Welfare benefits in the European Union: between policy and case-law, or case law contaminated by policy

JAIME CABEZA PEREIRO

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE VIGO

Resumen

Ha habido recientemente algunas sentencias del TJUE que han cambiado su jurisprudencia tradicional sobre el acceso a los subsidios sociales en los Estados de acogida en el caso de las personas migrantes. La actual posición del Tribunal permite mayor libertad a los Estados miembros para denegárselos a quienes las solicitan si no cumplen estrictamente los requisitos de residencia legal de la Directiva 2004/38/CE. En particular, el requisito de no constituir una carga para los sistemas públicos se ha erigido en una barrera muy importante, pues se ha interpretado literalmente y sin atender a las circunstancias concretas de cada situación particular. Este cambio coincide en el tiempo con un gran debate político acerca del turismo de asistencia social, cuyo epicentro está en el referéndum de salida del Reino Unido y en ciertas posturas políticas próximas a la xenofobia. Pero da la impresión de que el Tribunal se está contagiando del debate. En este estudio se desarrolla una valoración crítica del problema y se formulan severas objeciones a dicha jurisprudencia.

Abstract

There have been some Resolutions of the ECJ that have changed its traditional case-law on social benefits access in the host States in the case of migrant people. The current position of the Courts allows more margin of appreciation to Member States to deny those benefits to applicants who not fulfill strictly the legal residence requirements established in Directive 2004/38/CE. Particularly, the requirement of not being a burden for the public system has resulted in a very important barrier because it has been understood in its literal terms disregarding the particular circumstances of each individual situation. This change coincides in time with a huge political discussion about social benefit tourism whose epicenter is located in the Brexit referendum and in some political positions close to xenophobia. It is apparent that the Court has been affected by this discussion. In this article it is developed a critic about this problem and some objections to this case law are expressed.

Palabras clave

asistencia social, libre circulación de personas, ciudadanía europea, residencia legal

Keywords

social assistance, free movement of persons, European citizenship, legal residence

1. IDEAS INTRODUCTORIAS

La interpretación conjunta de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento y del Consejo, de 29 abril 2004, relativa al 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 del Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, ha producido noticias muy poco halagüeñas para la consolidación de la ciudadanía europea. El argumento de que los

ciudadanos del Este –o, también, los nacionales españoles– se dedican al turismo de asistencia social para holgazanear en los prósperos Alemania, Reino Unido, Holanda o Austria evoca la misma opinión esgrimida por la bien-pensante derecha española en relación con las personas que inmigraban a España desde Latinoamérica, Rumanía o Marruecos en la época durada del ladrillo y del pelotazo. Lo malo es que somos ahora nosotros los que vamos a mendigar subsidios a la Alemania de A. Merkel o al Reino Unido de D. Cameron. Bueno, no solo nosotros, pero también nosotros.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– se ha contaminado del discurso político en una época especialmente delicada, a las puertas del referéndum del “Brexit”. Cuando escribo estas letras falta poco más de una semana para su celebración, pero el eventual voto favorable a la permanencia ya viene aderezado por el acuerdo de febrero 2016 fraguado en el Consejo de la Unión Europea, por el que se le hacen al Reino Unido ciertas concesiones en torno a la materia de la que me voy a ocupar en estas páginas. Es verdad que el TJUE evita entrar en consideraciones políticas en sus fundamentaciones de derecho, al menos en menor medida de lo que hace la Abogacía General en sus conclusiones, pero la coincidencia temporal entre unas graves decisiones políticas adoptadas en el órgano intergubernamental de la UE y una doctrina judicial restrictiva de derechos para las personas económicamente inactivas que se desplazan de unos Estados a otros no parece casual. Hay, cuando menos, un “diálogo silencioso” entre una política “euro-realista” –dicho en términos de adscripción ideológica al grupo del Parlamento Europeo de los Conservadores y Reformistas– y las sentencias recientes relativas a los subsidios de asistencia social.

En efecto, en abril de 2013 los gobiernos de Austria, Alemania, Holanda y Reino Unido mostraron su disconformidad ante la presidencia de turno –irlandesa– del Consejo de la UE por lo que consideraban un fraude y un abuso sistemático que se producía en conexión con el derecho de libre circulación. De acuerdo con esta misiva, los ciudadanos de algunos Estados de la UE se desplazaban hacia dichos países con la vista puesta en los subsidios sociales que ofrecían para las personas carentes de recursos económicos¹. Es decir, se habían generalizado, en apariencia, las prácticas de “migración de bienestar” (*welfare migration*) y de “turismo social” con grave carga de las arcas públicas de los países de inmigración².

La polémica desatada se centra, así pues, en el derecho de libre circulación frente a su fantasmagórico opuesto, es decir, el derecho del país de acogida de no sufrir un daño por un ejercicio abusivo de aquél³. El estereotipo del migrante que accede a la Europa más próspera con el objetivo de acceder con prontitud a una cobertura social que le ofrezca una vida de mayor acomodo constituye un retrato expresionista que se ha cultivado desde ciertos grupos de interés⁴.

¹ Al respecto, BENTON, M., *Reaping the benefits? Social security coordination for mobile EU citizens*, Policy Brief Series, noviembre 2013, p. 5.

² BLAUBERGER, M. y SCHMIDT, S.K., *Welfare migration? Free movement of EU citizens and access to social benefits*, Research and Politics, octubre-diciembre 2014, p. 1.

³ KUKOVEC, D., *Law and the periphery*, European Law Journal, vol. 21, n1 3, 2015, p. 412.

⁴ MANTU, S. y MINDERHOUD, P. *Solidarity (still) in the making or a bridge too far?*, Nijmegen Migration Law Working Paper Series, 2005/01, p. 5.

Puede decirse que en 2004 comenzó esta historia, con tres acontecimientos prácticamente simultáneos: por una parte, la entrada en vigor de la Directiva 2004/38/CE, que en el fondo no es sino una codificación de normas anteriores que pretende darle mayor relieve al derecho de libre circulación y superar interpretaciones restrictivas del mismo⁵. Por otra, la aprobación del Reglamento 883/2004, con la consiguiente refundición de reglamentos anteriores, la actualización de las reglas de coordinación de los sistemas de Seguridad Social y el acogimiento de una doctrina judicial muy intensa que se había producido bajo la vigencia del Reglamento 1408/71/CEE. Y por último, el ingreso en la UE de diez nuevos miembros, de los cuales ocho de ellos habían pertenecido al bloque soviético⁶. Este último hecho iba a ser decisivo en los movimientos migratorios que han sucedido en los últimos años. En efecto, se ha multiplicado exponencialmente el trasiego del Este hacia el Oeste a medida que se han ido alzando las restricciones a la libre circulación de trabajadores. Lo cual era fácil de prever a la vista de las diferentes condiciones de vida que existen entre los nuevos Estados Miembros y los más tradicionales pertenecientes al bloque occidental y nórdico⁷. Pero se ha producido en términos más intensos si cabe de los inicialmente previstos a causa de la crisis económica, porque ha confluído asimismo otro movimiento migratorio cruzado, desde los países con mayores problemas de desempleo y desocupación hacia aquéllos con más oportunidades laborales.

Habría que retroceder algo más en el tiempo y evocar el Tratado de Maastricht, como momento fundacional del concepto de ciudadanía europea, hoy contenido en el art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Su desarrollo y dotación de contenido real pugnan contra las medidas restrictivas de derechos que produzcan disparidades de tratamiento entre ciudadanos nacionales del Estado de acogida y ciudadanos nacionales de otros Estados Miembros. Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE ha ponderado de forma distinta su importancia en unos pronunciamientos y otros, con una tendencia actual hacia el silencio de la misma.

Ahora bien, está lejos de ser pacífico y constatado que se haya producido una migración derivada de la búsqueda de subsidios sociales. Que se ha incrementado el número de desplazamientos por una serie de factores derivados, en suma, de los diferentes estándares sociales no significa automáticamente que se haya desatado ese turismo asistencial. Más bien, la mayoría de los estudios al respecto concluyen que no se ha producido a gran escala⁸. Puede entenderse que han crecido los desplazamientos en busca de empleo y de ocupación y que, en ese contexto de migración con perspectiva laboral las personas interesadas pretenden acogerse en determinados momentos a los subsidios. Pero eso es distinto a afirmar que existe un efecto llamado masivo a causa de los opulentos sistemas de protección social de los Estados con Gobiernos quejosos, que actuarían como “único objetivo” o “propósito

⁵ Sobre este tema, me remito a mi estudio *La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía*, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 122, 2016, p. 123, con cita de jurisprudencia al respecto.

⁶ Reflejando esta coincidencia, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M.Y., *Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE*, La Ley Unión Europea, nº 32, 2015. También, MANTU, S. y MINDERHOUD, P., *op. cit.*, p. 4.

⁷ MANTU, S. y MINDERHOUD, P., *op. cit.*, pp. 7-8.

⁸ *Ibid.*, p. 10.

principal” para la circulación entre Estados Miembros⁹. Dicho sea de paso, a la doctrina tradicional del TJUE siempre le resultó indiferente los motivos del ejercicio de la libre circulación, hasta muy recientemente, cuando se ha “contagiado” de esta presunción de migración de subsidio asistencial. Y ha comenzado una senda jurisprudencial que puede considerarse, a primera vista, como de una fuerte hostilidad a la emigración. Desde luego, como contraste con la jurisprudencia anterior, que, partiendo de una postura más comprometida con la ciudadanía europea, propició el debate sobre el turismo social.

2. DE *BREY* A *ALIMANOVIC* O EL RÁPIDO DERRUMBE DE LOS PRINCIPIOS

La cuestión fundamental a la que se enfrenta el Tribunal se refiere a los límites que pueden esgrimirse lícitamente a la igualdad de trato entre nacionales de unos Estados Miembros y otros a causa de los requisitos que la Directiva 2004/38/CE permite establecer para la residencia legal en un Estado de acogida en los momentos previos a la adquisición del derecho a la residencia de larga duración, en particular cuanto se sobrepasan los tres meses pero no se alcanzan los cinco años¹⁰. En concreto, su art. 7.1 b) condiciona la residencia legal en este período a disponer de recursos suficientes para sí y para los miembros de su familia, al objeto de no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida. En similares términos, el art. 14 impone el mismo requisito para quienes se encuentren en el estadio inicial de residencia durante los tres primeros meses. Es evidente que está pensado para restringir el acceso de los no nacionales del Estado de acogida pero ciudadanos de la UE a los sistemas de Seguridad Social y de asistencia social nacionales. No obstante, el TJUE lo matizó, en unos términos que pueden sintetizarse en la sentencia que dio respuesta al asunto *Brey*¹¹.

De acuerdo con ella, es exigible cierto grado de solidaridad financiera entre los nacionales de los Estados de acogida con los de otros Estados miembros, “*en particular, si las dificultades que atraviesa el beneficiario del derecho de residencia tienen carácter temporal*”. Afirma concesivamente el Tribunal que el ejercicio del derecho de residencia por los ciudadanos de la Unión puede estar subordinado a los intereses legítimos de los Estados miembros, en particular, la protección del erario. Y reconoce que el art. 24.2 de la Directiva 2004/38/CE permite establecer excepciones al principio de igualdad para el caso de los ciudadanos de la Unión que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, o mantengan el status de tales, o sean miembros de sus familias, de tal forma que no tengan acceso a las prestaciones de asistencia social, sobre todo durante los tres primeros meses de residencia. Sin embargo, no cabe una denegación de la solicitud por parte de las autoridades del Estado de acogida “*sin haber procedido a una apreciación global de la carga que supondría concretamente la concesión de esta prestación sobre todo el sistema nacional de asistencia social en función de las circunstancias individuales que caracterizan la situación del interesado*”. Pues la Directiva no excluye la posibilidad de conceder tales prestaciones, antes bien, varios de sus preceptos abogan directamente por que puedan reconocerse. Además,

⁹ LIROLA DELGADO, I, *La ciudadanía de la Unión Europea en retroceso: el cambio de rumbo del tribunal de justicia en los asuntos Brey, Dano y Alimanovic*, Revista Jurídica do CESUGA, vol. 3, nº 6, 2015, p. 142.

¹⁰ Un planteamiento claro del problema en ZAHN, R., ‘*Common sense*’ or a threat to EU integration? *The Court, economically inactive EU citizens and social benefits*, Industrial Law Journal, vol. 44, nº 4, 2015, pp. 573 ss.

¹¹ C-140/12, sentencia de 19 septiembre 2013.

conforme a su art. 8 no cabe el establecimiento de un importe fijo de qué haya de considerarse como “ingresos suficientes”, sino que hay que tener en cuenta la situación personal del interesado. Es más, el nivel exigible nunca podrá superar aquel a partir del cual el Estado de acogida concede subsidios de asistencia social o, en su defecto, que establezca como importe de la pensión mínima. Por supuesto, antes de adoptar una medida de expulsión debe examinar si el interesado pasa por dificultades económicas temporales y tener en cuenta la duración de la residencia y sus circunstancias personales. Porque el recurso a la asistencia social no puede tener como consecuencia automática tal medida de expulsión. En suma, la libre circulación, como principio fundamental de la Unión, es la regla general, de tal forma que los requisitos del art. 7 deben ser interpretados en términos restrictivos. Por consiguiente, “*el mero hecho de que un nacional de un Estado miembro disfrute de una prestación de asistencia social no basta para demostrar que represente una carga excesiva para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida*”.

Tal doctrina se formula en términos abstractos, pero inequívocamente excluye que pueda denegarse sin más una prestación de asistencia social por aplicación directa del art. 7 –o del art. 14– de la Directiva 2004/38/CE. Impone un estudio casuístico de cada situación que se plantee, por más que mantenga ciertos flancos de incertidumbre e inseguridad jurídica, amén de no pocas lagunas interpretativas. Invoca el principio de proporcionalidad, con una expresa interdicción de los automatismos en las decisiones desfavorables. Por lo demás, plantea abiertamente el incómodo tema de las decisiones de expulsión en relación con la denegación de ayudas sociales. Aboga a este respecto por un criterio sumamente restrictivo, aunque el asunto solo se plantea en hipótesis. El asunto *Brey*, al igual que ocurre con los que a continuación van a describirse, no se refiere a una expulsión, sino a denegaciones de ciertas prestaciones. Con todo, parece inequívoca una postura jurisprudencial muy restrictiva, además coherente con la que expresa la propia Directiva: solo en casos muy excepcionales podrá admitirse una decisión de expulsión de un nacional de otro Estado Miembro por el hecho de suponer una carga para sus cuentas públicas.

Es cierto que alguna autora ya advierte en el asunto *Brey* cierto sesgo de vuelta atrás y de aproximación hacia posturas más restrictivas de los derechos de ciudadanía¹². Pero, claramente, el retroceso comienza con el asunto *Dano*. Antes de comentar esta sentencia, es conveniente precisar el concepto de trabajador por cuenta ajena a los efectos de la Directiva 2004/38/CE en relación con el desempleo involuntario. Su art. 7.3 expresa que se mantiene la condición de trabajador cuando se haya perdido involuntariamente el empleo después de un año de empleo y se haya producido la inscripción en el servicio de empleo para buscar nueva ocupación. O bien, si el paro involuntario se produce antes de los doce meses y exista inscripción como demandante de empleo, pero en tal caso tal condición se mantiene por un plazo no inferior a seis meses. Por consiguiente, en el caso de los nacionales de Estados Miembros que hayan trabajado en el país de acogida por menos de un año, podrán dejar de ser considerados trabajadores después de seis meses sin empleo y sometidos, por lo tanto, al escrutinio de si constituyen una carga para la asistencia social.

El asunto *Dano* se refería a una nacional rumana cuyo hijo había nacido en Alemania en 2009. Tras la última vez que había entrado en Alemania, en 2010, una autoridad local le

¹² LIROLA DELGADO, I., *op. cit.*, p. 140.

había expedido meses más tarde un certificado de residencia permanente, pero en el que señalaba como fecha de ingreso en el país una próxima a dicha expedición. Desde 2010, madre e hijo residían con la hermana de aquélla y a su costa. En relación con el hijo, la señora Dano cobraba una prestación por hijo a cargo y un anticipo de pensión alimenticia. Por lo demás, no contaba con ningún certificado de estudios. Entendía el alemán, pero no podía expresarse correctamente en dicho idioma. No tenía cualificación profesional alguna, no había ejercido ninguna actividad profesional en Rumanía o en Alemania y nada inducía a pensar que estaba buscando trabajo. En estas circunstancias, madre e hijo pidieron una prestación de seguro básico que fue rechazada por el servicio de empleo alemán. En un segundo intento, igualmente desestimado, la señora Dano presentó una reclamación administrativa y luego, judicial, que dio lugar a la consiguiente cuestión prejudicial. En ella, se dilucidaba de nuevo si la denegación de la prestación era congruente con la Directiva 2004/38/CE. Así como si no infringía el art. 4 del Reglamento 883/2004, pues se trataba de la denegación de una prestación en metálico no contributiva.

Para dar respuesta a esta cuestión, el TJUE argumenta de modo simétricamente opuesto a como lo había hecho en el asunto *Brey*. Admite que la ciudadanía de la Unión, tal como está definida en el art. 20 TFUE, está destinada a convertirse en la condición fundamental de los ciudadanos de la Unión. De tal modo que todos deberán recibir en cualquier Estado de la UE el mismo trato jurídico. La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad del art. 18 TFUE puede invocarse, por consiguiente, en torno a los derechos vinculados a la residencia. Prohibición que se concreta en el art. 4 del Reglamento 883/2004 y en el art. 24 de la Directiva 2004/38/CE, pues las prestaciones en metálico no contributivas merecen la consideración de prestaciones de asistencia social, en los términos de esta última. Pero su art. 14 condiciona el derecho de residencia a que la persona solicitante no se convierta en una carga excesiva para la asistencia social del Estado de acogida. Expresa en consecuencia el Tribunal que un nacional de otro Estado Miembro “*sólo puede reclamar la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado miembro de acogida si su estancia en el territorio de dicho Estado cumple los requisitos de la Directiva 2004/38*”. Por lo tanto, y puesto que la señora Dano llevaba más de tres meses en Alemania, argumenta acerca del cumplimiento de los requisitos del art. 7, y, en concreto, sobre el concepto de “carga excesiva”. Esta condición no cabría imponerla a quien desarrolla una actividad profesional, solo a las personas económicamente inactivas.

Hasta este punto, ninguna discrepancia cabe observar en relación con su doctrina anterior. Pero seguidamente, el TJUE reorienta el discurso: el art. 7 “*pretende impedir que los ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica utilicen el sistema asistencial del Estado miembro de acogida para garantizar su subsistencia*”. De modo que la desigualdad de trato en orden a la obtención de prestaciones sociales entre nacionales y no nacionales del Estado de acogida es “*una consecuencia inevitable*” de la Directiva. Lo que obliga a que dicho Estado deba tener la posibilidad de denegar la prestación cuando los solicitantes que no sean nacionales suyos no dispongan de recursos suficientes. Y todo ello aboca a efectuar un examen concreto de la situación económica de cada interesado. Examen con respecto al cual la sentencia expresa, lapidariamente, que “*los demandantes no disponen de recursos suficientes y, por ello, no pueden reclamar un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida en virtud de la Directiva 2004/38*”. Lo cual es así también desde la perspectiva del art. 4 del Reglamento 448/2004, pues las prestaciones se conceden en el Estado en el que el solicitante resida y de acuerdo con su legislación.

La argumentación del asunto *Dano* no es mucho más prolija, pero implica un claro cambio de rumbo. No se mantiene ninguna apelación a la solidaridad financiera, ni ninguna invocación a las circunstancias personales de la interesada, al margen de su falta de recursos. Ningún interés tenía que su hijo hubiera nacido en Alemania, de modo que tuviese cierto arraigo, ni tampoco el hecho de que no hubiese solicitado el subsidio controvertido hasta más de un año después de su último ingreso en el Estado de acogida. No importaba que existiese una familiar de segundo grado que hubiese sido determinante en su manutención. Tampoco que hubiese sido reconocida una prestación de crianza para el hijo, o que se le concediese una pensión alimentaria a título de anticipo en sustitución de un padre desconocido. Estas todas fueron circunstancias irrelevantes para el Tribunal. Y, aunque no se diga con rotundidad, la sentencia se regodea en la circunstancia de la falta de profesionalidad de la señora *Dano*, generando así la apariencia de que el motivo real de su cambio de residencia a Alemania no era otro que beneficiarse del sistema de protección social germano. Se ha dicho, con razón, que a partir de este momento el TJUE se preocupa por el motivo o intención de la movilidad¹³. Y lo hace desde el prisma de la sospecha y de la desconfianza.

Hay otro punto de vuelta atrás en la sentencia *Dano* que merece la pena destacarse, por más que sobre él los fundamentos de derecho guardasen un espeso silencio. Se trata de que, como quiera que la controversia se configurase en términos de naturaleza jurídica, la prestación discutida era gestionada por las entidades de empleo. Pudiera decirse con el TJUE que, a fin de cuentas, la interesada no había pretendido buscar empleo en términos materiales, pero eso no impide que el subsidio denegado tuviese, en apariencia, un vínculo apreciable con las políticas de empleo. Siendo ello así, da la impresión de que el Tribunal se desdice por la tácita de su doctrina anterior, conforme a la cual los subsidios vinculados a la búsqueda de empleo no pueden denegarse a los nacionales de otros Estados Miembros. El tema es oscuro porque, desde la perspectiva del Gobierno alemán, la función fundamental de la prestación controvertida consiste en garantizar los medios de subsistencia mínimos necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana. Es decir, pudiera interpretarse que su relación con el empleo es más bien circunstancial y no hay un apartamiento de la jurisprudencia anterior. Así se confirma, como va a verse, de forma casi inmediata.

A continuación se dictó la sentencia del asunto *Alimanovic*, que profundizó en la herida abierta en el asunto *Dano*. Debe anticiparse que esta sentencia ha debilitado el estatus legal de las personas económicamente inactivas bajo el prisma del Derecho de la UE¹⁴. Se refería a una familia compuesta por madre y tres hijos, de nacionalidad sueca, aunque los tres hijos habían nacido en Alemania. En 1999 se habían trasladado de Alemania a Suecia y once años más tarde, en 2010, regresaron a Alemania. Entre 2010 y 2011 la señora *Alimanovic* y su hija mayor desarrollaron trabajos de escasa duración, en todo caso por menos de un año. Entre finales de 2011 y mayo 2012 se le reconocieron prestaciones familiares por sus dos hijos menores y, en relación con ella y con su hija mayor, prestaciones de subsistencia para desempleados de larga duración —es decir, las mismas que se habían dilucidado en el asunto *Dano*—. Sin embargo, a causa de unas vicisitudes internas que no interesan a los efectos de este estudio, a partir de mayo se revocaron tales prestaciones de asistencia social, lo cual

¹³ SÁNCHEZ-URÁN, AZAÑA, Y., *op. cit.*

¹⁴ Así lo entiende VAN DER MEL, A.P., *Overview of recent cases before the Court of Justice of the European Union (July-December 2015)*, European Journal of Social Security, vol. 18, 2016, p. 74.

provocó una cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad de esta decisión con la Directiva 2004/38/CE.

En su argumentación, el Tribunal reconoce el derecho de residencia en Alemania de la señora Alimanovic y de su hija en su condición de personas en busca de empleo. Desde este prisma hay que analizar la compatibilidad con el Derecho de la UE de una norma interna que las excluye de unas prestaciones de asistencia social. Para ello, parte de clarificar la duda antes expresada sobre la relación de éstas con el desempleo. En efecto, expresa el Tribunal que *“la función preponderante de las prestaciones discutidas es precisamente garantizar los medios de subsistencia mínimos necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana”*, de modo que *“no se pueden calificar como prestaciones económicas destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo de un Estado miembro”*. En consecuencia, el TJUE no se desdice de su doctrina anterior: estas últimas no pueden denegarse a los demandantes de empleo, pero sí las que tengan un sesgo fundamental de asistencia social. Aunque sí que hay, claramente, un apartamiento material de la misma, al interpretarse de modo estricto el ámbito de subsidios que no pueden condicionarse a un derecho de residencia legal.

Por lo demás, la sentencia reitera la doctrina del anterior asunto *Dano*. Entiende que, durante los seis meses posteriores a sus empleos de menos de un año, la señora Alimanovic y su hija podían ampararse en el principio de igualdad de trato y ser beneficiarias de las ayudas controvertidas. Es decir, como durante ese período conservaron la condición de trabajadoras en los términos del art. 7 de la Directiva, tienen derecho a no ser tratadas peor que los nacionales alemanes. Pero la resolución revocatoria de sus derechos prestaciones fue dictada más allá de ese plazo de seis meses, de modo tal que no vulneró el Derecho de la UE. Es verdad que, como demandantes de empleo, ambas tenían derecho de residencia en el Estado de acogida, pero éste podía denegarles las prestaciones de asistencia social al amparo del art. 24.2 de la Directiva.

Si hasta aquí la doctrina de *Alimanovic* no introducía significativos perfiles propios, en este punto construye sobre el asunto *Brey* en términos restrictivos: la exigencia de considerar la situación individualizada de la persona es exigible cuando se trata de adoptar una medida de expulsión, pero no cuando se discute su acceso o no a un beneficio social. El giro es muy importante, porque el TJUE se decanta ahora por defender la denegación automática y sin más consideraciones. La seguridad jurídica es más importante en esta nueva orientación que la solidaridad financiera a la que antes se apelaba: *“...al permitir que los interesados conozcan sin ambigüedad sus derechos y sus obligaciones, el criterio previsto tanto en el artículo 7, apartado 1, del Libro II, puesto en relación con el artículo 2, apartado 3, de la Ley sobre la libre circulación, como en el artículo 7, apartado 3, letra c), de la Directiva 2004/38, a saber, un plazo de seis meses desde el cese de una actividad profesional durante el que se mantiene el derecho a la ayuda social, permite, por tanto, garantizar un alto grado de seguridad jurídica y de transparencia en el contexto de la concesión de prestaciones de asistencia social del seguro básico, a la vez que se ajusta al principio de proporcionalidad”*. Es decir, no contando con recursos propios y no manteniendo un derecho de residencia en los términos literales de la Directiva 2000/34/CE, no hay defensa posible: los Estados Miembros pueden libérrimamente denegar las prestaciones. El concepto de carga excesiva se acredita a partir de la propia petición del subsidio, que se convierte en prueba objetiva de que no se dispone de recursos suficientes. Es decir, el tribunal se desdice de su doctrina formulada muy poco antes en el asunto *Brey*.

La sentencia incluye un argumento a mayor abundamiento: si el solicitante fuera una única persona, difícilmente podría concluirse una carga excesiva, pero si se produjese un sumatorio de solicitudes, la conclusión podría ser otra muy distinta. En todo caso, los indiscutibles vínculos de la familia Alimanovic con Alemania nada importaron. Tampoco tuvo trascendencia alguna que su traslado de Suecia a Alemania no se había producido sino para trabajar en Alemania. No parecería, a primera vista, que las prestaciones para los hijos menores tuvieran una importancia decisiva en la migración. Claramente, hubo un trasfondo laboral que distinguía este caso del anterior *Dano*. Por lo demás, hay una circunstancia diferente: ya no se trataba en este caso de una migración del Este hacia el Oeste, sino entre países con consolidados sistemas de protección social. Es cierto que la señora Alimanovic había nacido en Bosnia, pero su nacionalidad era sueca, igual que la de sus hijos. No es este un caso de turismo de asistencia social. Más bien parece uno de dificultades económicas temporales, que debieran merecer una consideración más inclusiva y solidaria. Al menos desde una mínima toma en consideración de la ciudadanía europea. Tópico de ciudadanía que es el gran olvidado en la sentencia *Alimanovic*.

3. EL ASUNTO *GARCÍA NIETO* Y LOS ÚLTIMOS ESCARCEOS

A continuación le tocó el turno a una familia de nacionalidad española¹⁵. Se trataba de una pareja de hecho no registrada que conformaba una unidad económica con la hija de ambos y un hijo del hombre. Ambos hijos eran menores de edad. La mujer se desplazó a Alemania con la niña en 2012 como demandante de empleo y empezó a trabajar después de haberse inscrito en la oficina pública. Poco más de un mes después de su afiliación a la Seguridad Social alemana se reunieron con ella su pareja y su hijo. Toda la familia residió hasta noviembre 2012 en casa de la madre de la mujer y subsistió con los ingresos de ésta. Además, desde julio 2012 percibieron ingresos por los hijos, escolarizados desde agosto 2012. En estas condiciones, solicitaron a finales de julio 2012 prestaciones de subsistencia ante el Job Center –esto es, el mismo tipo de prestaciones que se habían discutido en los asuntos *Dano* y *Alimanovic*–. Pero, por lo que respecta al hombre y a su hijo, obtuvieron respuesta desestimatoria en cuanto a las mensualidades de agosto y septiembre 2012, de modo que a ambos no les fue reconocida sino hasta octubre 2012. La causa de la denegación consistía en que ambos no llevaban tres meses residiendo en Alemania y, en cuanto al padre, no tenía la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia.

En realidad, a la vista del asunto *Alimanovic* la suerte de este asunto estaba clara, en sentido confirmatorio de la adecuación al Derecho de la UE de la resolución denegatoria. El Tribunal insiste en que no se trata de prestaciones económicas destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo, sino de asistencia social. De tal modo que un ciudadano de la Unión únicamente puede reclamar el derecho a la igualdad de trato si la estancia en el Estado de acogida cumple los requisitos de la Directiva. Entre otros, “evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida”.

He querido reproducir literalmente este argumento para poner de manifiesto cómo e TJUE ya se ha liberado de todas sus ataduras conceptuales. Hasta da la impresión de que

¹⁵ Asunto C-299/14, *García-Nieto*, sentencia de 25 febrero 2016.

utiliza la paradoja como recurso literario: ciudadano de la Unión y carga. Es decir, el ciudadano como carga, lo cual constituye la concepción inversa de lo que debería ser la ciudadanía europea tal y como está concebida en el art. 20 TFUE.

Esta idea expresada, es claro que el art. 24.2 de la Directiva 2004/38/CE, en su literalidad aplicativa, permite una denegación del subsidio que había solicitado, al menos durante los primeros tres meses de residencia. Cuestión distinta es que, como familiar de una trabajadora, al amparo del art. 7.1 d) resida legalmente en Alemania más allá de los tres meses y, desde entonces, tenga derecho al principio de igualdad de trato, al menos en cuanto su pareja conserve la condición de trabajadora. De nuevo, el TJUE invoca la necesidad de preservar el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social de los Estados Miembros, pero con una piqueta argumental que se vuelve contra la doctrina de los asuntos *Dano* y *Alimanovic*: puesto que los Estados Miembros no pueden exigir durante el período inicial de tres meses que los ciudadanos de la Unión Europea cuenten con medios suficientes y con una cobertura médica personal, es legítimo que los Estados de acogida no tengan que hacerse cargo durante ese período de los ciudadanos que residen en ellos con base en el art. 6 de la Directiva. Lo cual, *a contrario sensu*, impondría el reconocimiento del subsidio más allá de los tres meses, al serles exigibles a los nacionales de otros estados miembros dicha suficiencia económica. Pero, ¿cuál es ésta que, existiendo, exige que el Estado de acogida deba reconocerles una prestación de asistencia social? Se trata de una enigmática pregunta, pero poco compatible con los automatismos que se admiten en dichas sentencias *Dano* y *Alimanovic*.

A continuación, la sentencia *García-Nieto* incurre en una nueva contradicción con la anterior *Alimanovic*: de nuevo, al igual que se decía en el asunto *Brey* –al que cita expresamente– la consideración de las circunstancias singulares de la persona interesada no sólo es exigible cuando se vaya a adoptar una medida de expulsión, sino también a la hora de declarar que una persona genera una carga excesiva para el sistema nacional de Seguridad Social. Ahora bien, tal examen individualizado se excluye durante los tres primeros meses de residencia. Claro que, seguidamente se desdice y parafrasea la anterior sentencia al aseverar que dicho examen personalizado tampoco es exigible cuando la persona interesada ya no tiene la condición de trabajador. Desde luego, estas oscilaciones en la argumentación para nada ayudan a consolidar criterios inequívocos. Pero, sorprendentemente, apela a continuación y sin empacho a la seguridad jurídica y a la transparencia como argumentos que justifican la denegación del subsidio. Con el corolario final, ya conocido, de que no es lo mismo reconocer un subsidio que varios a la misma unidad familiar. Para finalizar, el TJUE insiste, con respecto al art. 4 del Reglamento 883/2004, en que las prestaciones especiales en metálico no contributivas se facilitan en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan y de conformidad con la legislación de ese Estado. Que puede denegarlas en términos compatibles con la Directiva 2004/38/CE.

Hasta aquí se ha comentado la sucesión de sentencias dictadas en los últimos años. Hay alguna cuestión prejudicial pendiente a la que inmediatamente se hace referencia. Pero conviene un comentario provisional, de clara tendencia: es evidente que, desde el asunto *Dano*, el TJUE se ha orientado hacia una postura mucho más permisiva hacia las legislaciones y las prácticas administrativas de los Estados de acogida, que pueden denegar estas prestaciones de asistencia social sin tener que abordar un estudio individualizado caso por caso, en particular cuando en una unidad familiar concurren varias solicitudes. El asunto puede ser más discutible en el caso de personas que residan solas en términos

discutiblemente compatibles con la Directiva. Con todo, el argumento de la ciudadanía europea ha sufrido un gran eclipse a medida que el TJUE estaba dando pasos atrás en el principio de igualdad de trato.

A poco más de una semana del referéndum acerca del *Brexit* no es muy probable que se dicte una sentencia pendiente, en relación con el asunto C-308/14, *Comisión c. Reino Unido*. No es verosímil que los tiempos judiciales empañen los políticos en un tema delicado para la sensibilidad de los partidarios del “sí” al abandono. La Comisión impugna cierta normativa interna en relación con ciertas prestaciones por menor a cargo. Sobre lo cual, el Abogado General Pedro Cruz Villalón dictó conclusiones el 6 octubre 2015. Entiende que dichas prestaciones deben considerarse como de Seguridad Social a los efectos del Reglamento 883/2004, cualquiera que sea el modo de financiación al que se adscriban. Una vez dicho lo cual, el asunto estriba en si se acomoda a la normativa derivada una ficción jurídica conforme a la cual no se encuentran en el Reino Unido, para el acceso a tales prestaciones, quienes no se hallen en él de conformidad con el Derecho de la Unión Europea. Por lo tanto, la legislación británica ha incluido *de facto* una exigencia de residencia legal. El Abogado General, él sí, apela a la ciudadanía de la Unión, pero matiza que el art. 20 TFUE, en su art. 20.2 puntualiza que los derechos derivados de la misma se ejercerán “*en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos*”, condicionante al que también remite el art. 45 de la Carta de Derechos Fundamentales. De modo que el Reglamento 883/2004 tiene que interpretarse de conformidad con la Directiva 2004/38/CE, pues uno y otra no son compartimentos estancos. Es decir, y como ya se había expresado claramente en el asunto *Alimanovic*, la residencia a la que se refiere la norma de coordinación de Seguridad Social no puede ser otra que la que cumpla con los requisitos de la norma derivada de ciudadanía. Lo que lleva a una afirmación muy importante de estas conclusiones: “*la diferencia que resulta entre nacionales británicos y nacionales de otros Estados Miembros está en la propia naturaleza del sistema, en el sentido de que, en el actual estado del Derecho de la Unión, la pertenencia a uno u otro Estado miembro no es irrelevante a la hora de ejercer la libertad de circulación y residencia*”. Lo cual conduce a una conclusión desestimatoria del recurso planteado por la Comisión Europea.

Las conclusiones continúan por unos derroteros que ya no son del interés central de este estudio. Con todo, el argumento del Abogado General resuena metálicamente en nuestras conciencias europeas: la diferencia de trato está en la naturaleza del sistema, pues la pertenencia a uno u otro Estado miembro no es irrelevante. Debe reconocerse, por lo tanto, *contra natura* invocar la igualdad de trato en materia de asistencia social, al menos antes de la residencia permanente tras el transcurso de cinco años. La ciudadanía europea tiende a ser, pues, un concepto huero en esta materia, bien al contrario de lo que proclama retóricamente el TJUE. No quiero con estos comentarios mostrar un repudio especial a las conclusiones de este concreto asunto. Son la consecuencia inevitable de un doctrina judicial ya bastante decantada. Pero describen el paisaje después de la batalla. La Unión Europea que se describe a continuación en la que los “Euro-realistas” europeos han vencido, sea cual sea el resultado del referéndum del *Brexit*.

4. UNAS CONSECUENCIAS OBIAS DE LAS CORRIENTES DOMINANTES

Parece indiscutible que la nueva jurisprudencia del TJUE provoca una incidencia mínima del Derecho de la Unión. O, dicho en otros términos, los Estados de acogida ganan soberanía a la hora de diseñar las limitaciones al acceso a las prestaciones de asistencia social por parte de los ciudadanos de otros Estados Miembros que las soliciten¹⁶. De este modo, la actuación judicial del TJUE a partir de 2013 se ha convertido en una especie de amortiguador de la actuación de los mandatarios de la Unión Europea. Se había dicho desde posiciones liberales, y con cierta coherencia ideológica, que las dificultades para desarrollar normativa armonizadora en materia de Seguridad Social –básicamente, la exigencia de unanimidad– constituían una barrera conveniente para evitar un excesivo activismo político. Y también, que evitaban una actuación del Tribunal de Justicia de excesiva intromisión en los sistemas internos¹⁷. No cabe duda de que la jurisprudencia del TJUE es fiel a esta consigna, aparentemente como reflejo de la adscripción ideológica de los mandatarios que designan a los jueces. Son los Estados Miembros quienes retienen amplias competencias en la esfera social y de bienestar, en tanto que la Unión Europea tan solo asume el establecimiento de unas reglas mínimas de coordinación totalmente deudoras del principio de libre circulación de trabajadores expresado en sus términos más clásicos. Incluso esta idea empieza a ser mentira, por lo menos en los Estados Miembros del Sur de Europa, obligados a importantes reformas “estructurales”, en el seno de una política de “condicionalidad” que se ha consolidado con el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y monetaria. Es decir, la UE aprieta doblemente a los ciudadanos de los Estados Miembros con mayores problemas de desequilibrios macroeconómicos: de un lado, dificulta las condiciones para que puedan acceder a las prestaciones de asistencia social en los Estados de acogida y, por otra, erosiona los sistemas de protección social de sus países de origen, de tal manera que los convierte en ciudadanos de la UE doblemente parias. Y se dirá, con un formalismo jurídico hipócrita, que, a fin de cuentas, los mecanismos de control de los desajustes económicos no son estrictamente acervo de la UE. Pero eso solo es verdad desde un prisma de estricta formalidad. La verdad incómoda consiste en que se les permite a los Estados miembros de “acogida” dar tan fría bienvenida a los ciudadanos de otros Estados Miembros, pues retienen amplias competencias en la esfera social para dibujar unas prestaciones asistenciales con rígidos requisitos que, en la práctica, las vuelvan inaccesibles para los no nacionales hasta que consigan la residencia permanente.

Porque, como se ha enfatizado, si el requisito esencial a los efectos de la residencia legal de los arts. 6 y 7 de la Directiva 2004/38/CE consiste en contar con recursos suficientes, para sí y su familia, para no convertirse en una carga en el Estado de acogida, de tal manera que quienes no ostenten dicho estatus no acceden a las medidas de asistencia social, la conclusión obvia es que los Estados Miembros pueden blindar sus sistemas frente a los solicitantes no nacionales, pues solo con la residencia permanente deberán ser tratados en pie de igualdad. Hay que expresar, por consiguiente, que el TJUE ha supuesto un apoyo importante al Consejo Europeo en sus Conclusiones de 19 febrero 2016 en torno a las condiciones del Reino Unido en

¹⁶ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *op. cit.*

¹⁷ Véase una referencia a estas posturas en SZYSZCZAK, E., “*Europe isn't working in Europe*”: *Reform and modernisation of the European Welfare State in the wake of the economic crisis*, *Fordham International Law Journal*, vol. 38, n° 4, 2015, p. 1197.

la UE para el caso de que el referéndum implique el mantenimiento de su condición de Estado miembro. Y, fuera del estricto escenario del *Brexit*, desde luego que la nueva postura del TJUE supone un riesgo en el crecimiento de las desigualdades entre unos y otros ciudadanos europeos. Para aquellas personas cuyo derecho de residencia solo se base en su condición de demandantes de empleo, el mantenimiento de condiciones de vida dignas se dificulta en gran manera. De lo cual puede ser un ejemplo la República Federal de Alemania, con su normativa interna convalidada por el Tribunal de Justicia¹⁸.

Desde la perspectiva de los migrantes que afronten dificultades económicas, la jurisprudencia del Tribunal constituye un factor de riesgo y un elemento disuasorio a la hora de solicitar ayudas sociales¹⁹. Los asuntos que se han descrito son susceptibles de crítica desde muchos puntos de vista. Al margen de los ya expuestos, cabría preguntarse sobre la esencia de la falta de recursos. Si se acepta que las solicitudes de subsidios pueden ser rechazadas sin un detallado análisis particular –como se admite claramente en el asunto *Alimanovic*–, podría sostenerse que no importa si las dificultades económicas son transitorias o estructurales, o si dependen, por ejemplo, de la sucesión de empleos de muy breve duración. Asimismo puede prescindirse de un examen prospectivo que tal vez pusiera de manifiesto una alta probabilidad de mejora de la situación en un plazo más o menos breve de tiempo. Tal vez mereciera cierto nivel de consideración la cuestión del origen de los recursos, pues puede poner de manifiesto circunstancias interesantes sobre la situación del solicitante en el país de acogida²⁰. En mi opinión, todas estas consideraciones deberían incrementar el análisis circunstanciado cuando la persona que haya solicitado la prestación asistencial haya trabajado en el Estado de acogida. Y más aún cuando haya perdido la condición de trabajador por el transcurso del plazo de seis meses previsto en el art. 7.3 c) de la Directiva. Sin embargo, todas estas opiniones decaen ante los automatismos totalmente aplaudidos por el Tribunal en el desdichado caso de la familia *Alimanovic*, probablemente el más soez en términos morales, a la vista del fuerte arraigo que la familia sueca tenía en Alemania.

El mensaje cambia progresivamente: desde una jurisprudencia inicial que entendía la solicitud de un subsidio asistencial como un indicio de carencia de recursos suficientes hasta otra, vigente, que asocia casi automáticamente dicha solicitud con el concepto de carga. Bien es cierto que con la coletilla de que la situación podría ser distinta si no hubiera varios potenciales beneficiarios en la misma unidad familiar. Pero más bien da la impresión de que se emplea siempre como *obiter dicta*, y de que probablemente se desvanezca cuando el solicitante sea un individuo que no haya cambiado de Estado Miembro acompañado de su unidad familiar. Es verdad que se mantiene el límite infranqueable del art. 14.3 de la Directiva: “*el recurso a la asistencia social del Estado miembro de acogida de un ciudadano de la Unión o de un miembro de la su familia no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión*”. El TJUE concede que, para la expulsión, sí es necesario el análisis individual y circunstanciado de la situación concreta de la persona interesada, pero solo porque la norma derivada lo dice sin ambages. Es decir, si prevalece la doctrina de que, a los

¹⁸ Como destaca GUIMARÃES, D., *The right of free movement and the access to social protection in the EU: The economical dimension. Notes on the Case Elisabetha Dano v Jobcenter Leipzig, C-333/13*, EU Law Journal, vol. 1, nº 1, p. 112.

¹⁹ En este sentido, BLAUBERGER, M. y SCHMIDT, S.K., *Welfare migration...*, cit., p. 4.

²⁰ Véanse estas consideraciones en MANTU, S. y MINDERHOUD, P., *Solidarity (still) in the making...*, cit., pp. 17-18.

efectos del concepto de carga excesiva tal análisis es prescindible, podrá decirse que el TJUE no ha contribuido ni un ápice a llenar de contenido una ciudadanía europea dotada de resquicios de derechos sociales. Los ciudadanos que se incluyen en el concepto de “carga” no pueden ser desposeídos de su residencia, pero sí de su dignidad, que debería ser en cualquier organización política civilizada el mínimo común denominador²¹. Se ha generado una sub-escala de ciudadanos europeos, agrandada con el silencio del TJUE, que antes invocaba una solidaridad financiera que ha desaparecido ya en las últimas sentencias²². Ahora se produce la situación imposible de que solo pueden solicitar ayudas de asistencia social los no nacionales que tienen recursos suficientes. Es decir, los que superan el umbral de rentas protegible.

La movilidad de inactivos, con esta novísima jurisprudencia, queda severamente comprometida. Es evidente que los estándares retributivos y de prestaciones sociales en ciertos Estados, en particular en los de nuevo ingreso, no son homologables a los de la Europa próspera del Centro y del Norte. En estas condiciones, el complemento de las medidas de asistencia social sería casi un componente inevitable de muchos cambios de residencia a esta zona privilegiada de Europa²³. Pero también la movilidad de activos, porque para ellos sobrepasar el umbral de seis meses en desempleo puede suponer el principio del fin de su aventura en el Estado de acogida. Inactivos y demandantes de empleo son calificados de turistas sociales, casi con una presunción *iuris tantum*, si no cumplen con los requisitos de residencia legal de la Directiva. No es que ahora el Tribunal quiera, en contra de sus criterios tradicionales, “husmear” en los motivos de la “libre” circulación de personas, sino que exige prueba fehaciente de que el nuevo residente legal va a ser un contribuyente neto, nunca –ni siquiera esporádicamente– un beneficiario de su sistema de protección social. Con este criterio, se inflige un golpe de gracia a la cohesión social como parte integrante del concepto básico de ciudadanía.

Algunos documentos elaborados a caballo entre la doctrina y la política ponen de manifiesto cómo el Tribunal es consciente y parte en el debate. Por ejemplo, en referencia a la pretensión británica de limitar el acceso de los trabajadores migrantes a los beneficios sociales, se ha puesto de manifiesto que la jurisprudencia reciente del Tribunal colma las expectativas al respecto, “*pues una importante clarificación ha sido que los subsidios cuya función predominante es dar cobertura a los costes mínimos de subsistencia pueden ser denegados a estas personas, incluso si esos subsidios pretenden también facilitar el acceso al mercado de trabajo en el Estado de acogida*”²⁴. De tal modo que a este respecto no es necesaria ninguna modificación en el Derecho derivado. Por más de que la última idea, referida a los subsidios de acceso al mercado de trabajo, resulta discutible. En realidad, lo que ha sucedido con los subsidios que reconocían los Jobcenter alemanes era que los órganos remitentes expresaban, en los asuntos *Dano* y subsiguientes, su desvinculación material con la búsqueda de empleo.

²¹ LIROLA DELGADO, M^a.I., *op. cit.*, p. 147.

²² ZAHN, R., *op. cit.*, p. 578.

²³ Véanse datos muy concretos en MANTU, S. y MINDERHOUD, P., *op. cit.*, p. 25.

²⁴ DASHWOOD, A., *A “legally binding and irreversible” agreement on the reform of the EU*, Henderson Chambers, 2016, pp. 14 ss.

5. CONCLUSIÓN: TENDENCIAS Y ESPERANZAS

Puede decirse que el TJUE ha ido configurando principios protectores de los sistemas de bienestar social de los Estados Miembros²⁵. Consciente como es de que son ellos los que sostienen el pilar social de la subsistencia, ha optado decididamente por una hermenéutica de las Directivas que no comprometa las decisiones legislativas que puedan adoptarse en el nivel interno. De tal manera que cada sistema público puede hacerse su propio traje a medida, como es el caso ahora más debatido del Reino Unido, donde las reformas necesarias para adaptar el ordenamiento de la UE a las exigencias expresadas en el Consejo Europeo son, en la práctica, inexistentes.

Realmente, este no es un tópico novedoso: cómo los sistemas de Seguridad Social pueden escurrirse para evadir la aplicación de las reglas de coordinación del Reglamento 883/2004 en prestaciones no contributivas o en subsidios de desempleo ha sido un largo aprendizaje en el que cada uno de ellos ha ido generando “anticuerpos” contra las visitas extrañas a sus organismos de protección pública²⁶. Lo noticiable consiste en que el Tribunal de Justicia facilita estas estrategias, a partir de una interpretación muy laxa de la Directiva de 2004. Directiva que, conviene no olvidarlo, tenía como primera finalidad consolidar los derechos de los trabajadores que ejercen el derecho de libre circulación y facilitar su ejercicio. Pero, lejos de aproximarse a estos propósitos, el TJUE, en sus últimas sentencias, ha orientado el discurso hacia la reactivación de una ciudadanía clásica basada exclusivamente –o casi en exclusiva– en el mercado²⁷. Lo malo es que tal orientación se ha producido en el huracán del debate político acerca de cómo limitar los derechos de ciudadanía.

Como se ha recordado, cuando se le preguntó al primer ministro británico por su opinión acerca de la postura del Tribunal en el asunto *Dano*, expresó que le parecía puro sentido común²⁸. En realidad, todo este lamentable episodio ha tenido más que ver con la propaganda política y con la publicidad de ciertos *mass media* que con la realidad material de las cosas. En estos días en los que uno tiene que ruborizarse con los comentarios sobre turcos, albaneses y rumanos que se defienden entre los defensores del *exit* británico, hay que recordar que no existe evidencia alguna de que se haya producido, materialmente y de forma sistemática, un turismo de asistencia social²⁹. Más bien, y los casos aquí comentados constituyen en su mayoría buenos ejemplos, han sucedido migraciones con fines laborales que han atravesado dificultades o no han del todo exitosas. Con esta doctrina tan poco atenta a las circunstancias concretas, en tales situaciones a los ciudadanos nacionales de otros Estados Miembros se les enseña la puerta de salida, no con una grosera expulsión, pero sí con una más burocrática resolución desestimatoria de sus solicitudes de prestaciones públicas.

Es de gran interés, como ha enfatizado alguna autora³⁰, que el TJUE haya preservado menos el derecho a la dignidad que el Tribunal de Estrasburgo, alguno de cuyos

²⁵ Así lo defiende SZYSZCZAK, E., “*Europe isn't working in Europe*”..., cit., p. 1199.

²⁶ Un ejemplo muy ilustrativo, en cuando al sistema belga de acceso a la protección por desempleo, en el asunto C-284/15, *ONEm*, sentencia de 7 abril 2016.

²⁷ Así lo entiende, con resignación, ZAHN, R., *op. cit.*, p. 581.

²⁸ *Ibid.*, p. 577.

²⁹ Apelando a estudios rigurosos, MANTU, S. y MINDERHOUD, P., *op. cit.*, p. 8.

³⁰ ZAHN, R., *op. cit.*, pp. 583-4.

pronunciamientos recientes parece abrir un portillo de esperanza hacia una Europa algo más integradora que la que se contempla en el dibujo que van componiendo a tres manos la Comisión, el Consejo y el Tribunal de Justicia.

La situación no es irreversible. La jurisprudencia puede re-orientarse sin grandes desmentidos, en una dirección inversa a la que se ha seguido desde finales de 2013. No hay, en la actualidad, un compromiso jurídicamente vinculante hacia las restricciones en el acceso de las personas y familias migrantes de otros Estados miembros a los subsidios sociales. Antes bien, las limitaciones al principio de igualdad de trato deberían ser, desde una perspectiva jurídica, la excepción y no la regla. Solo hace falta que cambien las orientaciones políticas de los órganos que toman decisiones. Claro que el peso de los de carácter intergubernamental ha crecido, y eso no resulta muy esperanzador. Lamentablemente, se va desmontando otro capítulo de la Europa social. Si todo lo concerniente a la libre circulación de personas constituía, muy poco tiempo atrás, un motivo de adhesión fuerte a la UE, también ahora retrocede y muestra fisuras y debilidades.