

Libre circulación en la unión europea y prestaciones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social

Free movement in the European union and benefits not contributory Social Security and Social assistance

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA
SECRETARIA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSS)

Resumen

El derecho de los nacionales de otros Estados miembros a prestaciones no contributivas concedidas por el Estado de residencia ha sido objeto de una gran litigiosidad desde hace décadas. Ante la interpretación expansiva del Tribunal de Justicia los Estados han reaccionado siempre reformando los Reglamentos de coordinación para evitar el reconocimiento y la exportación de prestaciones que desean reservar a sus propios nacionales. Con la entrada en vigor de la Directiva 2004/38 los problemas interpretativos aumentaron ya que a efectos de la citada Directiva se pueden calificar de prestaciones de asistencia social lo que a efectos del Reglamento 883/2004 son prestaciones de Seguridad Social.

Abstract

The right of nationals of other Member States to non-contributory benefits granted by the State of residence has been very lenient for decades. To deal with the extensive case-law of the Court of Justice, the Member States have always reacted by reforming the coordination regulations to avoid the export of benefits which they wish to reserve for their own nationals. With the entry into force of Directive 2004/38 interpretative problems have increased since for the purposes of that Directive social assistance benefits can be classified as social security benefits from the point of view of Regulation 883/2004.

Palabras clave

Reglamento 883/2004, Directiva 2004/38, prestación especial no contributiva, Asistencia Social

Keywords

Regulation 883/2004, Directive 2004/38, special non contributory benefit, Social Assistance

1. EL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN EN EL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

Desde sus orígenes, en la Unión Europea el pilar económico ha ido por delante del pilar social, hasta el punto que se ha logrado la unión monetaria a través de la implantación de una moneda común pero no existe –ni se prevé que exista– un sistema de Seguridad Social único para todos los Estados miembros.

Es por ello que mientras el derecho a la libre circulación de trabajadores –una de las cuatro libertades fundamentales para la instauración de un mercado común, junto con la libre circulación de capitales, servicios y mercancías– formó parte del Derecho originario desde un primer momento, hubieron de pasar décadas para que, tras los compromisos alcanzados con los dos Acuerdos de Schengen, se incorporara al Derecho originario el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea.

Esta evolución histórica permite comprender por qué en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) coexisten, actualmente, dos artículos que

regulan de manera separada e independiente el derecho de libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena por un lado (artículo 45), y el de los ciudadanos de la Unión Europea por otro lado (artículo 21.1). De esta dual regulación deriva, a su vez, que el régimen jurídico del derecho de residencia sea diferente según el precepto a cuyo amparo se ejercite tal derecho. Y, a su vez, que difieran las prestaciones no contributivas que los migrantes puedan reclamar en el Estado de residencia.

2. EL CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA COORDINACIÓN PARA FACILITAR LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA

Aunque desde el Tratado de la Comunidad Económica Europea hasta el vigente TFUE la libre circulación de trabajadores se ha erigido como uno de los pilares esenciales del proyecto europeo, ésta quedaría seriamente comprometida si, por el solo ejercicio de dicha libertad, los trabajadores migrantes vieran mermados sus derechos en el ámbito de la protección social en los Estados miembros en los que hubieran trabajado.

Puesto que la libre circulación no sería posible si no se salvaguardaran los derechos de los ciudadanos europeos que la ejercen y sus familias, el actual artículo 48 del TFUE proclama que “el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros”.

De este precepto, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea inferimos que mediante la técnica descrita en el precepto anterior y que denominamos “coordinación” (por contraposición a “armonización”) se aspira a contribuir al establecimiento de una libertad de circulación de los trabajadores lo más completa posible en el territorio de los Estados miembros y en los que resulte de aplicación el Derecho de la UE (Islandia, Noruega, Liechtenstein, y Suiza).

Con fundamento en el artículo 42 TCE –actual artículo 48 del TFUE– se promulgó el Reglamento 883/2004 de coordinación de los sistemas de seguridad social –desarrollado por el Reglamento 987/2004–, que no unifica ni armoniza los sistemas de Seguridad Social existentes en los Estados miembros, sino que tiende entre sistemas muy dispares por razones históricas, un “puente jurídico” que va a permitir el paso de un sistema a otro. Con ello se hará factible que los derechos adquiridos o en vías de adquisición en virtud de un sistema nacional de Seguridad Social puedan invocarse en otro Estado en el que también resulte aplicable el Derecho de la UE.

En palabras del Tribunal de Justicia, los Reglamentos de coordinación permiten “que subsistan diferentes regímenes que generan créditos diversos contra instituciones diversas, con respecto a las cuales el beneficiario posee derechos directos en virtud, ya sea únicamente

del Derecho interno, ya sea del Derecho interno completado por el Derecho de la Unión si ello resulta necesario¹.

3. EL DESLINDE JURISPRUDENCIAL ENTRE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL A EFECTOS DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN

Establecer conceptualmente la frontera entre Asistencia Social y Seguridad Social, tanto a nivel nacional como de la UE, puede resultar extremadamente difícil como consecuencia de la extensión del ámbito de la Seguridad Social y de la gran evolución sufrida por la Asistencia Social.

En efecto, ésta última ha experimentado una profunda transformación con respecto a épocas pasadas en la que era concebida como una garantía discrecional a favor de personas en situación de necesidad. En la actualidad, por el contrario, se puede afirmar, hablando en términos generales, que la Asistencia Social ha perdido su carácter “graciable”, pasando a configurarse como un derecho subjetivo. Y ello ha motivado que la principal diferencia que existía entre Seguridad Social y Asistencia Social se difumine.

Por otro lado, la exigencia de una aplicación uniforme del Derecho de la UE implica que los términos empleados por el Reglamento de coordinación no pueden ser alterados ni por las peculiaridades propias de los Derechos nacionales, ni por las interpretaciones internas sobre términos empleados por el Derecho comunitario.

Pero ni el Reglamento 883/2004, ni sus precedentes los Reglamentos 1408/71 y 3/58, contienen una definición de Seguridad Social o de Asistencia Social, como tampoco de prestación “contributiva” y “no contributiva”.

A la vista de las consideraciones anteriores, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para poder responder a la cuestión de si una prestación se encuentra incluida en el ámbito material de los Reglamentos de coordinación y, por tanto, puede ser calificada como prestación de Seguridad Social, conviene inspirarse en el objetivo fundamental del vigente artículo 48 del TFUE consistente en implantar las condiciones más favorables para llevar a cabo la libertad de circulación y empleo de los trabajadores comunitarios en el territorio de cada uno de los Estados miembros.

Por aplicación de tal criterio, el Tribunal de Justicia ha defendido un concepto amplio del concepto comunitario de Seguridad Social y, correlativamente, ha interpretado muy restrictivamente la exclusión de la Asistencia Social del ámbito de la coordinación comunitaria.

Siguiendo una jurisprudencia reiterada cabe afirmar que una prestación podrá considerarse como prestación de Seguridad Social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida y en la medida en que la

¹ SSTJ de 3.4.2008, -331/06 (Chuck); y de 21.2.2013, -619/11(Dumont de Chassart).

prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente incluidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004.

No obstante, siguen subsistiendo “zonas grises” pues, como el Tribunal de Justicia ha señalado, “determinadas prestaciones contempladas por las legislaciones nacionales pueden pertenecer simultáneamente a la seguridad social y a la asistencia social, debido a su ámbito de aplicación personal, sus objetivos y sus normas de desarrollo.

4. LA REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS EN EL REGLAMENTO 883/2004

De conformidad con el artículo 3.2 del Reglamento 883/2004 el mismo se aplica a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos (excepto disposición en contrario en el Anexo XI).

Por su parte, el artículo 3.3 del Reglamento 883/2004 dispone que el citado Reglamento también se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en el artículo 70. De la lectura de este último precepto se infiere que el término “prestación especial no contributiva” se reserva para las prestaciones que los Estados notifiquen en el Anexo X del Reglamento 883/2004.

Por el contrario, conforme establece su artículo 3.5.a) las prestaciones de Asistencia Social siguen estando excluidas del Reglamento 883/2004, al igual que lo estaban bajo la vigencia del Reglamento 1408/71.

4.1. El artículo 70 del Reglamento 883/2004

El artículo 70 del Reglamento 883/2004 establece que el mismo “se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en la legislación que, por su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión presenten características tanto de legislación de seguridad social a que se refiere el apartado 1 del artículo 3 como de asistencia social”.

Se entenderá por “prestaciones especiales en metálico no contributivas” aquellas que:

a) tienen por objeto proporcionar:

i) cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de seguridad social mencionadas en el apartado 1 del artículo 3, que garantice a las personas en cuestión unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate;

o

ii) únicamente la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate,

y

b) cuando la financiación proceda exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones, no dependan de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para completar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo,

y

c) figuren en el anexo X.

De la lectura del citado precepto se deduce que los requisitos que mencionan tienen carácter acumulativo.

Llegados a este punto interesa destacar que las prestaciones especiales no contributivas para no ser exportables obligatoriamente han de ser notificadas en un anexo específico, en el caso del Reglamento 883/2004, el Anexo X. Por tanto y, a pesar, de que la exportación de prestaciones sociales es un principio básico del Derecho social comunitario, el mismo no resulta aplicable a las prestaciones especiales no contributivas cuando hayan sido incluidas por los Estados miembros en el Anexo X del Reglamento 883/2004. No hay que olvidar, sin embargo, que “las disposiciones que suponen una excepción al principio de la exportabilidad de las prestaciones de Seguridad Social han de interpretarse en sentido estricto”².

A efectos prácticos lo relevante no es la definición en sí, sino la inclusión de la prestación en el Anexo, puesto que aunque una prestación pudiera ser calificada como prestación especial en metálico no contributiva conforme a la nueva definición contenida en el artículo 70 del Reglamento 883/2004, si no figura en el Anexo X, será exportable a otros Estados donde sea aplicable el citado Reglamento.

4.2. Financiación de las prestaciones especiales no contributivas

Es criticable que la “piedra angular” para calificar a las prestaciones especiales en metálico como no contributivas sea el hecho de que se financien mediante “la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general”.

Es cierto que, tradicionalmente, se ha pretendido definir a las prestaciones no contributivas por contraposición a las prestaciones contributivas³ atendiendo, primordialmente, a su forma de financiación. Así, se ha venido considerando que prestaciones contributivas “serían aquellas que se nutren y a las que se accede en función de cotizaciones directas o indirectas (de sus empresarios) de los beneficiarios o asegurados, mientras que las no contributivas se caracterizarían por financiarse mediante recursos

² Considerando nº 37 del Reglamento 883/2004.

³ Una definición “negativa” es la que contiene el Convenio 157 de la OIT (1982) ratificado por España, en cuyo artículo 1.1 letra n) se establece que “la expresión de carácter no contributivo se aplica a las prestaciones cuya concesión no depende ni de una participación financiera directa de las personas protegidas o de su empleador, ni del cumplimiento de un período de actividad profesional, así como a los regímenes que conceden exclusivamente tales prestaciones”. Pero en rigor, lo extenso de la definición hace que resulte de escasa utilidad a la hora de deslindar las prestaciones no contributivas de Seguridad Social frente a las de Asistencia Social.

procedentes de los presupuestos públicos y su obtención no se condiciona a exigencias previas de afiliación y cotización”.⁴

Pero se ha de resaltar cómo la doctrina es coincidente a la hora de reconocer a la cotización naturaleza tributaria, tesis de la que se hace eco el Tribunal Constitucional⁵, aunque existen discrepancias respecto a la concreta categoría en la que la cotización se incluya.

Así, BORRAJO DACRUZ⁶ destaca cómo para unos autores la cotización tiene el carácter de impuesto especial, mientras que otros defienden que se trata de una tasa, “pues el trabajador es, a la vez que contribuyente, un beneficiario del servicio financiado con tales cuotas”. Para el citado autor, sin embargo, la cotización se configuraría como una exacción parafiscal exceptuada de la legislación común.

Dado lo aparentemente ficticio que resulta ser la dicotomía cotización-tributo, cabría preguntarse porqué el legislador no hace gala de una técnica legislativa más depurada y sustituye una nomenclatura por otra. Entre los posibles motivos que desaconsejarían iniciativas de tal índole el factor sociológico no es el menos importante, dado el generalizado rechazo de la población hacia el sistema impositivo.

En este sentido nadie se ha expresado con mayor rotundidad que SCHULTE⁷ cuando afirma que la utilización del vocablo cotización en vez de tributo obedece “a que se espera que las cotizaciones sean aceptadas más fácilmente por los ciudadanos, ya que la gente tiene la sensación de que obtiene algo a cambio de sus pagos”.

5. EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN Y DE SUS FAMILIARES

El artículo 21.1 del TFUE reconoce el derecho de todo ciudadano de la Unión Europea⁸ a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, sin más restricción que las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

Sin embargo, dicho precepto no puede ser invocado cuando nunca se ha hecho uso del derecho de libre circulación y siempre se ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad se ostenta⁹. Esto tiene especial relevancia con respecto a los familiares nacionales de Terceros Estados de ciudadanos de la UE pues el artículo 21.1 no les confiere ningún derecho autónomo,

⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S.; “Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social” en: OJEDA AVILÉS, A. (Coord.); *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Trotta. Madrid. 1992; p.200.

⁵ STC 39/1992, de 30 de marzo: “es innegable que el sistema de protección social se ha ido separando progresivamente del esquema contributivo y acercándose de forma cada vez más próxima al concepto de tributación”.

⁶ BORRAJO DACRUZ, E.; *Estudios Jurídicos de Previsión Social*. Aguilar. Madrid. 1962. pp.73-101. La definición que propone el autor es que la cuota es “un tributo con un régimen jurídico peculiar y especial”.

⁷ SCHULTE, B.; “La Financiación de los Sistemas de Protección Social en la Europa Comunitaria” en: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; *Los Sistemas de Seguridad Social y las Nuevas Realidades Sociales*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1992; p.52.

⁸ Conforme al artículo 20.1 del TFUE ciudadanos de la UE son todas las personas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro. Cfr. STJ de 10.7.2008, -33/07 (Jipa); y -46/12 (L.N.).

⁹ STJ de 2.10. 2003, -148/02 (García Avelló).

sino que sus eventuales derechos son derechos derivados del ejercicio de la libertad de circulación por parte de un ciudadano de la Unión¹⁰ de cuya familia forman parte.

A efectos del presente estudio interesa especialmente destacar que la introducción de la ciudadanía de la Unión en el acervo comunitario trajo consigo una extensión del principio de igualdad de trato de quienes ejercen el derecho a la libre circulación para buscar un empleo pues ya no se les aplica tal principio sólo respecto al acceso al trabajo sino también por lo que se refiere al acceso a las prestaciones de carácter económico destinadas a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral del Estado miembro de acogida¹¹.

6. LA DIRECTIVA 2004/38

El derecho de residencia de ciudadanos de Estados en los que el Derecho de la Unión Europea resulta aplicable y de los miembros de sus familias se rige actualmente por la **Directiva 2004/38/CE**.

En España, la transposición de la Directiva 2004/38 se llevó a cabo a través del **Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero**, que ha sido objeto de reformas en diversas ocasiones, la última hasta la fecha fue obra del Real Decreto 987/2015.

Para períodos inferiores a tres meses, conforme al artículo 6.1 de la Directiva, el único requisito que se exige a los ciudadanos de la Unión Europea del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o Suiza y asimilados es tener un documento de identidad o un pasaporte válidos¹².

Como cualquier otro Derecho, tampoco éste es absoluto.

El artículo 7.1 de la Directiva establece que el derecho de residencia en un Estado Miembro por un período superior a tres meses está supeditado al cumplimiento de algunos de los siguientes tres requisitos, que no son acumulativos:

- Ejercer una actividad económica por cuenta ajena o propia.
- Disponer, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes¹³ para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia¹⁴, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida.
- Ser estudiante y disponer de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad.

¹⁰ STJ de 8.11.2012, -40/11 (Iida).

¹¹ STJ de 4.6.2009, asuntos acumulados -22/08 y -23/08 (Vatsouras y Koupatantze).

¹² Cfr. artículo 6 del RD 240/2007 que precisa que será suficiente la posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor.

¹³ Por lo que a España se refiere, se considerará acreditación suficiente para el cumplimiento de este requisito la tenencia de recursos que sean superiores al importe que cada año fije la Ley de Presupuestos Generales del Estado para generar el derecho a recibir una prestación no contributiva (artículo 3.2.c) Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007).

¹⁴ Las Directivas 90/364 y 90/365 también exigían que los pensionistas y las personas no activas dispusieran de medios suficientes de vida propios para ejercer su derecho a la libre circulación.

- Ser miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que se encuentre en algunas de las tres situaciones anteriores¹⁵.

La citada Directiva también regula el derecho de los ciudadanos de Estados de la Unión Europea a residir permanentemente en un Estado distinto de aquel que sean nacionales, derecho que está supeditado únicamente al requisito de haber residido legalmente en dicho Estado previamente durante un período ininterrumpido de cinco años y que no hubieran sido objeto de una medida de expulsión.

Los mismos requisitos son aplicables a los miembros de sus familias que no sean nacionales de Estados en los que se aplique el Derecho de la Unión Europea.

El derecho de residencia permanente se pierde por ausencia superior a dos años consecutivos del territorio del Estado que la hubiera reconocido.

7. LAS PRESTACIONES DE ASISTENCIA SOCIAL CONDICIONANTES DEL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN

La Directiva 2004/38 no contiene una definición legal de prestación de Asistencia Social y, sin embargo, resulta ser ésta la piedra angular que va a modular el derecho de residencia de los ciudadanos inactivos de los Estados en los que se aplica el Derecho de la Unión Europea.

Y es que, como se infiere de los Considerandos 10 y 16 de la citada Directiva y de sus artículos 7, 14 y 24, el derecho de residencia de las personas no activas incluidas en su ámbito de aplicación que no son residentes permanentes¹⁶ no puede conllevar que se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida por lo que, llegado el caso ello, podría ser causa de expulsión. Medida que, en cambio, en ningún caso se podrá adoptar contra trabajadores por cuenta ajena o propia, o personas que buscan empleo de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, salvo por razones de orden público o seguridad pública¹⁷.

¹⁵ Respecto a este último colectivo señalar que en la STJ de 25.7.2008, -127/08 (Metock) el Tribunal de Justicia interpretó que “el nacional de un tercer país, cónyuge de un ciudadano de la Unión, que acompaña o se reúne con este ciudadano puede acogerse a las disposiciones de esa Directiva, independientemente del momento o del lugar en el que hubieran contraído matrimonio y sin necesidad de haber residido antes legalmente en ese país”.

¹⁶ El derecho de residencia permanente, una vez obtenido, no debe estar sometido a condiciones, y ello con el fin de que constituya un verdadero instrumento de integración en la sociedad del referido Estado –STJ 21.12.2011, -424/10 (Ziolkowski y Szeja)–.

¹⁷ Conforme al artículo 9.3 del Real Decreto 240/2007, no se podrá adoptar en ningún caso “una medida de expulsión contra ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o miembros de su familia si: son trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia; o si han entrado en territorio español para buscar trabajo. En este caso, no podrán ser expulsados mientras puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados”.

8. LAS PRESTACIONES ESPECIALES NO CONTRIBUTIVAS DEL REGLAMENTO 883/2004 ¿PRESTACIONES DE ASISTENCIA SOCIAL A EFECTOS DE LA DIRECTIVA 2004/38?

Bajo este epígrafe se analizarán las sentencias relativas al concepto de prestación no contributiva de Asistencia Social conforme a la Directiva 2004/38. La cuestión a dilucidar es si el Tribunal de Justicia interpreta de manera uniforme dicho término tanto a efectos del Reglamento 883/2004 como de la citada Directiva o si, por el contrario, atribuye distinto significado al término asistencia social según la normativa aplicada.

8.1. Brey

En esta cuestión prejudicial el litigio versó sobre una prestación especial no contributiva austriaca reclamada por un pensionista alemán que trasladó su residencia a Austria, si bien no tenía reconocida la residencia permanente en dicho Estado¹⁸.

El Tribunal de Justicia parte de la premisa de que el derecho de residencia en otro Estado miembro sin ejercer en él una actividad laboral o profesional no es un derecho absoluto ni incondicional. Por tanto, nada se opone, en principio, a que la concesión de prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas esté supeditada a la exigencia de que éstos cumplan los requisitos para disponer del derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida.

Asimismo, el Tribunal considera que el ejercicio del derecho de residencia por los ciudadanos de la Unión puede quedar subordinado a los intereses legítimos de los Estados miembros, en concreto, la protección del erario público.

A efectos de la Directiva 2004/38 el Tribunal de Justicia interpreta extensivamente el concepto de asistencia social dotándole de un contenido autónomo al concepto de asistencia social a efectos del Reglamento 883/2004. Lo concibe como un concepto que engloba 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.

Pero el Tribunal de Justicia entiende que 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.

Es decir, que no cabe excluir automáticamente su derecho a prestaciones no contributivas dispensadas por el Estado de acogida. Y por ello el Tribunal falla que el Derecho de la Unión Europea se opone a la normativa austriaca que deniega automáticamente a ciudadanos no activos nacionales de Estados de la UE prestaciones especiales no contributivas.

¹⁸ STJ de 29.4.2004, -160/02 (Skalka).

Dado que como se expondrá a continuación el Tribunal de Justicia dará un giro de 180 grados en su jurisprudencia conviene tener presente el hecho de que Alemania y Austria son países vecinos y comparten una misma lengua, unido al dato de que el litigante de nacionalidad alemana había desempeñado una actividad profesional previa antes de jubilarse. Estas cuestiones metajurídicas quizás contribuyan a explicar por qué ante supuestos de hecho sustancialmente idénticos y siendo la normativa aplicable la misma, el Tribunal de Justicia dicta fallos contradictorios.

8.2. Dano

La Sra. Dano, de nacionalidad rumana y residente en Alemania –aunque no tiene reconocida la residencia permanente– carece de cualificación profesional y no ha ejercido nunca una actividad profesional en ningún Estado miembro. En tales circunstancias solicita una prestación social alemana que se califica como prestación especial no contributiva en el sentido del artículo 70, apartado 2, del Reglamento 883/2004.

Sin embargo, la misma prestación a efectos de la aplicación del artículo 24.2 de la Directiva 2004/38 es calificada por el Tribunal como prestación de asistencia social¹⁹.

Aunque el Tribunal mantiene la interpretación que en la sentencia Brey hizo del concepto de asistencia social²⁰, su fallo es ahora diametralmente opuesto puesto que considera que la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que no se oponen a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual se excluye a nacionales no activos de otros Estados miembros la percepción de prestaciones especiales en metálico no contributivas –en el sentido del Reglamento 883/2004– cuando dichos nacionales de otros Estados miembros no disfrutaban del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 en el Estado miembro de acogida.

Las conclusiones que pueden extraerse de la sentencia Dano es que el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38 se erige como una excepción al principio de no discriminación. Por esta vía, de facto, se va a excluir del principio de igualdad de trato a los nacionales no activos de Estados donde se aplica el Derecho de la Unión Europea cuando de prestaciones no contributivas (de Asistencia Social y de Seguridad Social) sometidas a prueba de recursos se trata.

Con esta nueva línea jurisprudencial lo que el Tribunal de Justicia va a garantizar es que los ciudadanos inactivos en los que se aplica el Derecho de la Unión Europea no puedan invocar el principio de igualdad de trato para recurrir al sistema asistencial del Estado miembro en el que se encuentren.

¹⁹ STJ de 11.11.2014, -333/13 (Dano).

²⁰ Entendiendo que “se refiere 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 de la ayuda que puede conceder dicho Estado”.

Asimismo, por por esta vía jurisprudencial se evita que tal colectivo pueda convertirse en una carga excesiva para el Estado miembro de acogida, máxime en una época de crisis económica mundial y cuando todos los Estados Miembros para cumplir con los objetivos del déficit impuesto por el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de la Gobernanza, han tenido que limitar o endurecer el acceso de sus propios ciudadanos a prestaciones sociales a fin de garantizar la propia sostenibilidad de sus sistemas públicos de protección social.

8.3. Alimanovic²¹

En esta cuestión prejudicial no se cuestiona que el derecho de residencia tanto de la Sra. Alimanovic –nacida en Bosnia– como de su hija Sonita –nacida en Alemania– (ambas de nacionalidad sueca) surge de su condición de personas demandantes de empleo.

Es también pacíficamente admitido que no resulta aplicable a las litigantes el artículo el artículo 7.3. c), de la Directiva 2004/38 que dispone que, si el trabajador se encuentra en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, y se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo, la condición de trabajador se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses. Durante ese mismo período el ciudadano de la Unión interesado conserva su derecho de residencia en el Estado miembro de acogida y puede, por tanto, invocar el principio de igualdad de trato reconocido en el artículo 24.1 de la Directiva 2004/38.

La prestación alemana reclamada por las litigantes fue notificada en el Anexo X del Reglamento 883/2004 como prestación especial no contributiva y tiene por objetivo garantizar los medios de subsistencia mínimos necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana.

A juicio del Tribunal de Justicia la prestación reclamada por la Sra. Alimanovic ha de calificarse jurídicamente como prestación de asistencia social en el sentido del artículo 24.2 de la Directiva 2004/38 y no como prestación económica destinada a facilitar el acceso al mercado de trabajo de un Estado.

En esta cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia rechaza expresamente la tesis de que personas que no disfruten de un derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 puedan reclamar un derecho a prestaciones de asistencia social en las mismas condiciones aplicables a los propios nacionales, puesto que ello vulneraría uno de los objetivos de dicha Directiva.

A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia considera que la legislación alemana aplicable al caso, puesta en relación con el artículo 7.3, 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

²¹ STJ de 15.9.2015, -67/14 (Alimanovic).

mantiene el derecho a la ayuda social²², permite garantizar un alto grado de seguridad jurídica y de transparencia, a la vez que se ajusta al principio de proporcionalidad.

A la vista de lo expuesto no sorprende que el Tribunal de Justicia falle que resulte conforme con el Derecho de la Unión Europea la legislación alemana controvertida.

8.4. García Nieto²³

En esta ocasión son españoles los litigantes y una vez más la prestación alemana reclamada es la misma que en la sentencia Alimanovic, que se califica a efectos del Reglamento 883/2004 como prestación especial no contributiva.

Siguiendo la pauta de su sentencia Alimanovic el Tribunal de Justicia reitera que la prestación controvertida no puede calificarse como prestación económica destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo de un Estado miembro, sino que debe considerarse como una prestaciones de asistencia social a los efectos del artículo 24.2 de la Directiva 2004/38.

Cuando el Sr. Peña Cuevas –pareja de hecho de una trabajadora española en Alemania con la que tiene una hija en común– reclamó la prestación controvertida su derecho de residencia en Alemania se fundaba en el artículo 6.1 de la Directiva 2004/38, que reconoce a los ciudadanos de la UE el derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período de hasta tres meses siempre que estén en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos. El artículo 14.1 de dicha Directiva mantiene ese derecho mientras los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida.

El Tribunal de Justicia estimó acorde con el Derecho de la Unión la negativa de las autoridades alemanas a conceder a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia o que conserven tal condición, toda prestación de asistencia social durante los tres primeros meses de residencia. Y es que, dado que los Estados miembros no pueden exigir que los ciudadanos de la Unión posean medios de subsistencia suficientes y una cobertura médica personal cuando realizan una estancia de tres meses de duración como máximo en sus respectivos territorios, es legítimo no obligar a dichos Estados miembros a hacerse cargo de esos ciudadanos durante tal período.

No desvirtúa las anteriores conclusiones el hecho de que la ayuda concedida a un solo solicitante difícilmente puede calificarse de “carga excesiva” para un Estado miembro, en el sentido del artículo 14.1 de la Directiva 2004/38, puesto que a tales efectos habrían de sumarse todas las solicitudes individuales que se le hubieran presentado.

²² STJ de 4.6.2009, -22/08 y C-23/08 (Vatsouras y Koupatantze): los ciudadanos de la Unión que hayan conservado la condición de trabajadores con fundamento en el artículo 7, apartado 3, letra c), de la Directiva 2004/38 tienen derecho a prestaciones de asistencia social, como las discutidas, durante ese período de seis meses al menos.

²³ STJ de 25.2.2016, -299/14 (García Nieto).

9. LAS PRESTACIONES FAMILIARES NO CONTRIBUTIVAS Y LA DIRECTIVA 2004/38: COMISIÓN CONTRA REINO UNIDO²⁴

El recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra el Reino Unido versa sobre los complementos familiares (*child benefit*) y el crédito fiscal por hijo a cargo (*child tax credit*). Se trata de dos prestaciones en metálico cuyo objetivo “es contribuir a atender a los gastos de la familia y que no se financian con las cotizaciones de los beneficiarios, sino mediante la recaudación de tributos”.

No han sido notificadas en el Anexo X del Reglamento 883/2004 y descartado que puedan calificarse de prestaciones especiales no contributivas la conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia es que se trata de prestaciones familiares no contributivas de Seguridad Social²⁵ a efectos del artículo 3, apartado 1, letra j), del Reglamento 883/2004, en relación con el artículo 1, letra z), de ese mismo Reglamento.

Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida justifica en principio la posibilidad de comprobar la regularidad de la residencia en el momento del reconocimiento de una prestación social, especialmente en el caso de las personas procedentes de otros Estados miembros y que no ejercen actividades económicas, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado.

Sentado lo anterior, y puesto que de las sentencias Brey y Dano se desprende que nada se opone, en principio, a que la concesión de prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas esté supeditada a la exigencia de que éstos cumplan los requisitos para gozar del derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida el Tribunal desestima el recurso interpuesto por la Comisión.

10. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA MOTOR DE LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN PARA REFORMAR EL REGLAMENTO 883/2004

El 13.12.2016 se hace pública la propuesta de modificación del Reglamento 883/2004 presentada por la Comisión que tiene por objeto clarificar por razones de transparencia y seguridad jurídica las circunstancias en las cuales los Estados miembros pueden limitar el acceso a las prestaciones sociales solicitadas por ciudadanos de la UE económicamente inactivos²⁶.

Entre las muchas novedades que introduce, a efectos de este trabajo nos limitaremos a destacar la propuesta de reforma del artículo 4 del Reglamento 883/2004.

²⁴ STJ de 14.6.2016, -308/14 (Comisión contra Reino Unido).

²⁵ Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, unas prestaciones que se conceden automáticamente a las familias que responden a ciertos criterios objetivos relativos, en particular, al número de sus miembros, sus ingresos y sus recursos patrimoniales, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, y que están destinadas a compensar las cargas familiares, deben tener la consideración de prestaciones de la seguridad social (SSTJ de 16.7.1992 -78/91 (Hughes); de 10.10.1996, -245/94 y -312/94 (Hoever y Zachow).

²⁶ COM(2016) 815 final 2016/0397.

Mientras que en su redacción original el artículo 4 –que lleva por rúbrica Igualdad de Trato– proclama que: las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento.

Ahora, en la propuesta de reforma presentada por la Comisión el 13.12.2016 se añade un párrafo segundo a dicho artículo 4 en virtud del cual un Estado miembro podría requerir que el acceso de una persona económicamente inactiva residente en ese Estado miembro a sus prestaciones de seguridad social esté condicionado a tener derecho a la residencia legal como está regulada en la Directiva 2004/38.

11. CONCLUSIONES

El Derecho de la Unión Europea no se caracteriza, precisamente, por su claridad y fácil comprensión, y ello es especialmente evidente en el caso de las prestaciones no contributivas que, dependiendo de si han sido notificadas en el Anexo X del Reglamento 883/2004, o no, se califican: bien de prestaciones no contributivas de Seguridad Social (exportables a Estados en los que se aplique el Derecho de la UE), o de prestaciones especiales en metálico no contributivas (no exportables).

La Directiva 2004/38 complica aun más este ya de por sí confuso panorama jurídico puesto que prestaciones no contributivas que están incluidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 serán calificables como prestaciones de asistencia social a los efectos de la citada Directiva.

Dicho en otras palabras: la legislación de la UE en materia de derecho de residencia utiliza un concepto de “asistencia social” diferente al que emplea en materia de seguridad social.

Este dispar tratamiento jurídico respecto de una misma prestación obedece al hecho de que mientras que el Reglamento 883/2004 pretende garantizar a los ciudadanos de la Unión que han hecho uso del derecho a la libre circulación de los trabajadores el mantenimiento del derecho a determinadas prestaciones de seguridad social concedidas por su Estado miembro de origen, la Directiva 2004/38 permite, por su parte, al Estado miembro de acogida que imponga a los ciudadanos inactivos de la Unión restricciones legítimas por lo que respecta a la concesión de prestaciones sociales a fin de que éstos no se conviertan en una carga excesiva para el sistema de asistencia social de dicho Estado miembro.