

# Brexit y tribunal de justicia. “*cualquier tiempo pasado fue mejor*”.

## El Asunto C-308/14, Comisión contra el Reino Unido

### Brexit and the court of justice. “*All the past was better*”. Case-308/14, European Commission versus United Kingdom

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ

VICEPRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

#### Resumen

El anuncio del referéndum sobre el Brexit provocó en las Instituciones Europeas una incertidumbre y preocupación sin precedentes. Los intentos del Consejo y de la Comisión de buscar un status especial para el Reino Unido que propiciara el voto favorable a favor de la permanencia fueron vanos. Finalmente el Brexit recibió el beneplácito de los ciudadanos británicos.

Siete días antes del referéndum, el Tribunal de Justicia dio conocer la sentencia recaída en el recurso Comisión contra el Reino Unido (Asunto 308/14) sobre prestaciones familiares. El fallo jurisdiccional da otra vuelta de tuerca a la doctrina anterior sobre el turismo social. Sin embargo, en este caso, y con una argumentación muy “*sui generis*” que se aleja de anteriores pronunciamientos sobre discriminación indirecta. La Corte de Justicia se aprestó a echar una mano al Reino Unido probablemente para fortalecer las tesis pro europeístas. Una sentencia política que abre una brecha importante para el futuro de las normas de coordinación. ¿Un precedente? ¿Un simple episodio?

#### Palabras clave

Prestaciones familiares, discriminación indirecta, Brexit, seguridad social, residencia

#### Abstract

The announcement of the Brexit referendum provoked unprecedented concerns in the European institutions. Attempts by the Council and the Commission to seek special status for the United Kingdom to encourage a favorable vote in favor of permanence were futile. Finally the Brexit received the approval of the majority of British citizens.

Seven days before the referendum, the Court of Justice adopted judgment on the Case Commission against the United Kingdom (Case 308/14) on social security family benefits. This ruling gave another twist to the previous doctrine on social tourism. However, in this case, and with a very *sui generis* argument, the Court moved away from previous pronouncements on indirect discrimination. May be the Tribunal wanted to lend a hand to the UK to strength the pro-European theses. A political judgment that opens a major gap for the future of coordination rules. A precedent? A simple episode?

#### Keywords

Family benefits, indirect discrimination, Brexit, social security, residence

*“Los seres humanos se convirtieron en recursos humanos”*

Frank Shaetzing

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

No es difícil imaginar que en muchos casos los Jueces y Magistrados tienen que sufrir presiones, impuestas o autoimpuestas, que debilitan su independencia o el rigor de sus pronunciamientos. Probablemente será difícil demostrar la existencia de estas presiones y, sobre todo, que éstas han surtido algún efecto, por lo que, en todo caso, nos tenemos que mover en el mundo de las presunciones y de las hipótesis. Ahora bien, aunque mantengamos la fe en la imparcialidad de la justicia y podamos aceptar que los fallos jurisdiccionales responden a un profundo convencimiento jurídico de los juzgadores, podemos plantearnos que otros

elementos colaterales como, por ejemplo, el momento elegido para la publicación de una sentencia, pueda ser utilizado interesadamente como apoyo a determinadas tesis o planteamientos que, en principio, trascienden de la estricta neutralidad que tiene atribuida la Justicia. En este sentido, resulta chocante que la Corte de Luxemburgo dicte una sentencia favorable al Reino Unido en un asunto muy sensible de prestaciones familiares para extranjeros, solo 7 días antes del referéndum del Brexit. Probablemente, por la importancia política de la sentencia, no podemos olvidar el contexto social e histórico de la misma ni abstraernos de sus motivaciones, ya que de otro modo estaríamos hurtando una información necesaria para entender su génesis y sus posibles consecuencias. Y es que a veces la política y el derecho no se pueden separar.

Retrocedamos en el tiempo y remontémonos al 28 de noviembre de 2014. El Primer Ministro británico Cameron pronuncia un discurso en el que expone su visión global sobre la Unión Europea, haciendo especial hincapié en los peligros para la sociedad británica de la emigración, mezclando en un intencionado ejercicio de confusión, ciudadanos de la Unión Europea con nacionales de terceros Estados y reclamando, fundamentalmente, y esto era lo más peligroso, un cambio sustancial en los campos subjetivos y objetivos de la libre circulación de trabajadores.

Para no desviar la atención del lector, vamos a relacionar los puntos esenciales de la alocución /soflama de Cameron:

- Desplazamientos laborales transfronterizos únicamente previa oferta anterior de trabajo “*Los trabajadores migrantes deben tener una oferta de trabajo antes de desplazarse al Reino Unido*”.
- Limitar la estancia de los solicitantes de empleo hasta un máximo de seis meses en caso de que no encuentren trabajo en dicho período.
- Los ciudadanos de los nuevos Estados que se adhieran a la UE no deben disfrutar de la libre circulación de trabajadores hasta que sus economías no alcancen los niveles medios de los Estados ya Miembros.
- Período de espera de cuatro años para los trabajadores migrantes en la concesión de prestaciones sociales.
- Exigencia de que los hijos de los trabajadores deban residir en el Reino Unido para que puedan ser beneficiarios de las prestaciones familiares.

Con estas demandas, dirigidas fundamentalmente a las Instituciones de la Unión y a los demás Estados Miembros, El Primer Ministro británico estaba preparando el referéndum que había anunciado meses atrás, cebándolo de insinuaciones y desinformaciones sobre políticas migratorias, con alusiones al presunto esquilme de la Seguridad Social británica, por supuesto por parte de los extranjeros, en una versión británica de “*España nos roba*” que traducido al lenguaje eurofóbo podría ser “*Bruselas nos roba*”.

## 2. INSTITUCIONES EUROPEAS Y BREXIT

Como respuesta al compromiso del referéndum anunciado por Cameron a inicios de 2013 y al memorial de agravios británico expuesto en el discurso antes señalado, las Instituciones Europeas se aprestan a ofrecer argumentos y concesiones al Reino Unido para que la votación final se incline por la permanencia. A tal efecto, la Comisión, pocos meses

después del anuncio del referéndum, publica la Comunicación<sup>1</sup> “*Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de su familias: cinco medidas clave*”. En este documento, siguiendo la línea tradicional de la Comisión, se hace una declaración de principios de calado: “*La libre circulación de los ciudadanos de la UE estimula el crecimiento económico al permitirles viajar, estudiar y trabajar en otros países y al posibilitar a los empresarios tener acceso a un mayor número de candidatos con talento. Habida cuenta de los importantes desequilibrios en los mercados de trabajo de Europa y de la disminución de la población en edad laboral, la movilidad de los trabajadores contribuye a abordar los desajustes entre capacidades y empleos. Se calcula que, en la UE-15, el PIB a largo plazo aumentó casi un 1 % gracias a la movilidad posterior a la ampliación (2004-2009)*” y continúa: “*los datos ponen de manifiesto que los ciudadanos móviles de la UE representan una proporción muy pequeña de los beneficiarios de prestaciones especiales de carácter no contributivo, que son prestaciones que combinan características de seguridad social y asistencia social: menos del 1 % de todos los beneficiarios (ciudadanos de la UE) en 6 países (Austria, Bulgaria, Estonia, Grecia, Malta y Portugal); entre el 1 % y el 5 % en otros 5 (Alemania, Finlandia, Francia, Países Bajos y Suecia), y más del 5 % en Bélgica e Irlanda. Reciente estudios han concluido que no hay ninguna relación estadística entre la generosidad de los sistemas de bienestar y los flujos de ciudadanos móviles de la UE. Excelente defensa de uno de los principios fundamentales de la Unión. Lástima que sin embargo, la Comunicación, penetre en territorio peligroso, próximo a las tradicionales tesis británicas al señalar: “La crisis económica ha acentuado en algunos Estados miembros un debate sobre el impacto de la libre circulación en los sistemas sociales nacionales y la presión que ejerce sobre los servicios locales. La presente Comunicación **tiene por objeto aclarar los derechos y las obligaciones de los ciudadanos de la UE, así como las condiciones y limitaciones con arreglo a la legislación de la UE, y abordar las inquietudes planteadas por algunos Estados miembros**” “. Durante los 3 primeros meses de residencia, el Estado miembro de acogida no está obligado por la legislación de la UE a conceder asistencia social a los ciudadanos de la UE que no ejerzan una actividad económica. **Tampoco está obligado a concederla a las personas que buscan empleo por primera vez....** En este contexto, un Estado miembro podrá subordinar la concesión de asistencia social o de prestaciones especiales de carácter no contributivo a un ciudadano de la UE procedente de otro Estado miembro a la condición de que dicho ciudadano cumpla los requisitos para la obtención del derecho de residencia por un periodo superior a 3 meses. Las autoridades deben evaluar la situación individual teniendo en cuenta una serie de factores tales como el importe, la duración, el carácter temporal de la dificultad o el nivel general de carga que la concesión de una ayuda supondría para el sistema de asistencia social nacional. **Si, sobre esta base, llegan a la conclusión de que la persona supone una carga excesiva, podrán poner fin a su derecho de residencia**”.*

En realidad, desde el punto de vista meramente jurídico las tesis de la Comisión podría ser defendible como también podría serlo las contrarias, tal como la propia Comisión, simplemente unos años antes, había sustentado<sup>2</sup>. Lo realmente significativo es el momento

<sup>1</sup> COM (2013)837 final.25 de Noviembre 2013.

<sup>2</sup> La Comisión planteó en su día a los Estados Miembros que si en virtud de los Reglamentos de Coordinación una persona tenía derecho a prestaciones no contributivas en metálico o en especie (asistencia sanitaria) en un país, cumplía las condiciones requeridas por la Directiva de residencia de contar con medios suficientes y con un seguro de asistencia sanitaria. Esto implicaba que los Reglamentos se aplicaban en primer lugar y que, teniendo en cuenta sus preceptos, se podían adquirir unos derechos que posibilitarían el ejercicio del derecho de residencia

elegido para realizar unos pronunciamientos que podían ser entendidos como un respaldo a las tesis británicas y que suponen un giro de 180 grados a la posición anteriormente mantenida. En efecto, resulta muy peligroso que precisamente la Institución que debía defender por excelencia la movilidad de los ciudadanos y que debe servir como contrapeso de los intereses nacionales o nacionalistas, se alinee tan clara y taxativamente con las posiciones duras de algunos Estados Miembros, dando pie a actuaciones por parte de estos que pueden poner en peligro la libre circulación de personas o vulnerando las garantías jurídicas existentes. En consecuencia, el simple anuncio de un referéndum provocó, en una especie de síndrome de Estocolmo, que la Comisión diera los primeros pasos para calmar al electorado más euroescéptico y propiciar iniciativas y propuestas contrarias a la esencia de la libre circulación de ciudadanos y trabajadores.

De todas formas, no debería ponerse en pregunta el excelente trabajo, a lo largo de los años, de la Comisión, en favor de los trabajadores migrantes. Simplemente, lo que se desea poner de manifiesto en este artículo es que el referéndum británico ha conmocionado de tal manera el funcionamiento de las Instituciones europeas que ha alterado el equilibrio entre los Estados y la Unión y que esta, en un ejercicio desesperado para encontrar los consensos necesarios, se ha volcado en la búsqueda de fórmulas y mecanismos que permitieran desactivar la bomba de relojería que, finalmente, dio lugar al Brexit. Y es que la presión sobre la Comisión Europea ha sido de tal magnitud que se ha intentado condescender en algunos aspectos para evitar una confrontación total que propiciara argumentos falaces para alimentar la fobia anti Bruselas/Luxemburgo/Estrasburgo. De todos modos, tal como ha demostrado el Brexit, las cesiones, aunque sean bien intencionadas, no cambian los sentimientos ni convencen a los que, de ningún modo quieren ser convencidos.

Debe reconocerse que las Instituciones Europeas pusieron todo de su parte para apoyar la permanencia del Reino Unido. En efecto, ya se ha explicado como la Comisión comenzó allanando el camino con una Comunicación, cuando menos contradictoria, a los pocos meses de anunciar Cameron su propósito de convocar un referéndum. No obstante, con el paso del tiempo, el tímido apoyo de las Instituciones Europeas se convirtió en firme sostén de las reivindicaciones de Cameron, por considerar que éste podía garantizar, aunque fuera con un status privilegiado, la continuidad del Reino Unido en la Unión. Así, el Consejo Europeo en su reunión celebrada el 18 y el 19 de Febrero de 2016<sup>3</sup>, que giró alrededor del Brexit, se pronunciaba, en el ámbito de la libre circulación de trabajadores, por la presentación y aprobación “ *de una propuesta de modificación del Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión*<sup>4</sup>, **que contendrá un mecanismo de alerta y garantía que responda a situaciones de flujos de entrada de trabajadores procedentes de otros Estados miembros de una magnitud excepcional durante un periodo prolongado, también como resultado de políticas del pasado a raíz de ampliaciones anteriores de la UE. Si un Estado miembro desea acogerse al mecanismo, deberá notificar a la Comisión y al Consejo la existencia de esta situación excepcional en una escala que afecta a aspectos esenciales de su sistema de seguridad social, incluido el propósito primario de su sistema de prestaciones vinculadas al ejercicio de una**

---

contemplado por la Directiva. De hecho, la Comisión, en el dictamen motivado que posteriormente dio lugar al Recurso Comisión contra el Reino Unido, ASUNTO C-308/14, defendió esta tesis que después abandonó como consecuencia de la sentencia recaída en el Asunto Pensionsversicherungsanstalt versus Peter Brey C/ 140/12.

<sup>3</sup> EUCO 1 /16.

<sup>4</sup> Diario Oficial de la Unión Europea de 27.5.2011. L 141/1.

*actividad profesional, o que da lugar a dificultades graves y con probabilidades de persistir en su mercado laboral o que generan una presión excesiva para el funcionamiento adecuado de sus servicios públicos. A propuesta de la Comisión, una vez estudiada la notificación y la motivación en ella expuesta, el Consejo podría autorizar al Estado miembro de que se trate a restringir en la medida necesaria el acceso a las prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional. El Consejo autorizaría a tal Estado miembro a limitar el acceso a las prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional de los trabajadores de la UE que lleguen por primera vez, durante un periodo total de hasta cuatro años desde el inicio del empleo. La limitación debería ser gradual, pasando de una exclusión inicial completa a un acceso progresivo a estas prestaciones para tener en cuenta la relación cada vez más sólida del trabajador con el mercado laboral del Estado miembro de acogida. La autorización tendría una duración limitada y se aplicaría durante un periodo de 7 años a los trabajadores de la UE que lleguen por primera vez”.* **Unión 0, Cameron 1.**

A simple vista podría parecer esta declaración simplemente oportunista, máxime si se tiene en cuenta que podría afectar por igual a todos los Estados Miembros que, lógicamente, tendrían idéntico derecho de invocar esta denominada cláusula de salvaguarda, probando fehacientemente, eso sí, la situación excepcional de que se trate. Sin embargo, lo realmente humillante y bochornoso aparece en la Declaración adicional de la Comisión que señala “*La Comisión Europea considera que la índole de la información que le ha facilitado el Reino Unido, en particular dado que este no ha hecho pleno uso de los periodos transitorios para la libre circulación de trabajadores que establecían las recientes Actas de Adhesión, pone de manifiesto que el tipo de situación excepcional que el mecanismo de salvaguardia propuesto pretende cubrir existe en el Reino Unido en la actualidad. En consecuencia, estaría justificado que el Reino Unido activase el mecanismo con plena expectativa de obtener aprobación”*. El chantaje británico había surtido efecto y abría un escenario de geometría variable en el que los reticentes y discolos tenían su premio mientras que los más cumplidores y obedientes debían pagar el precio de la sumisión a los caprichos de los desleales.

Para completar la faena y siguiendo al pie de la letra las exigencias de Cameron, el Consejo Europeo se comprometió a aprobar en el futuro, como un cheque en blanco, “*una propuesta de modificación del Reglamento (CE) n.º 883/2004<sup>5</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, a fin de dar a los Estados miembros, en lo que respecta a la exportación de prestaciones por hijos a un Estado miembro distinto de aquel en el que reside el trabajador, la posibilidad de indexar dichas prestaciones a las condiciones del Estado miembro en el que reside el niño. Lo anterior solo debe ser de aplicación a nuevas peticiones formuladas por trabajadores de la UE en el Estado miembro de acogida. Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2020, todos los Estados miembros podrán hacer extensiva la indexación a peticiones existentes de prestaciones por hijos ya exportadas por trabajadores de la UE. No es intención de la Comisión proponer que el futuro sistema de indexación facultativa de las prestaciones por hijo se haga extensiva a otras prestaciones exportables, como las pensiones de jubilación”*. Y nuevamente, en una especie de concurso de lisonjas y amor hacia las tesis británicas, la Comisión declara que “*presentará una propuesta de modificación del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, a fin de dar a los Estados*

<sup>5</sup> DOUE número L 166 de 30 de Abril de 2004; corrección de errores DOUE número L 200 de 7 de Junio de 2004.

*miembros, en lo que respecta a la exportación de prestaciones por hijos a un Estado miembro distinto de aquel en el que reside el trabajador, la posibilidad de indexar dichas prestaciones a las condiciones del Estado miembro en el que reside el hijo. La Comisión considera que entre estas condiciones se incluye el nivel de vida y el nivel de las prestaciones por hijo aplicables en dicho Estado Miembro*". Con ello, se dispara un torpedo a la línea de flotación del Reglamento 883/2004, destruyendo, de un plumazo, por el capricho electoralista de un político, con el concurso seguidista de las Instituciones europeas, uno de los barcos insignia de la Europa de los ciudadanos, iniciándose de paso el acoso y derribo al edificio de la Coordinación de los regímenes de Seguridad Social. Comprendo que es fácil criticar cuando no se tienen que asumir responsabilidades políticas y se carecen de todos los elementos de decisión. Entiendo que las Instituciones de la Unión optaron por una solución, el mal menor, y que diseñaron una estrategia que favoreciese la permanencia del Reino Unido para poder, posteriormente, reconducir la situación hacia la normalidad. A veces cualquier elección es equivocada. No obstante, el espectador debe tener el derecho de poner de manifiesto su opinión aunque sea consciente de que su perspectiva sea parcial e incompleta.

### 3. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y EL TURISMO SOCIAL

La sentencia que vamos a comentar a continuación, Asunto C-308/14, Comisión contra el Reino Unido es probablemente, además de una reacción ante el pánico del Brexit, el colofón de una trayectoria, que esperamos sea de ida y vuelta, por parte del Tribunal de Justicia en relación con la problemática del turismo social. En efecto, la Corte de Luxemburgo ha reaccionado con gran energía en contra del desplazamiento interestatal dentro del territorio de la Unión Europea con la intencionalidad exclusiva o predominante de beneficiarse de unas prestaciones de seguridad social que, normalmente, se conceden por razón de la residencia en el nuevo Estado de acogida. Así, en una sucesión de menos a más el Tribunal ha acuñado una jurisprudencia, nunca se sabe si revisable y reversible, que cuenta como hitos fundamentales con los fallos *Pensionsversicherungsanstalt versus Peter Brey*<sup>6</sup>, *Elisabeta Dano y Florin Dano* contra el *Jobcenter Leipzig*<sup>7</sup>, *Familia Alimanovic* contra *Jobcenter Berlín*<sup>8</sup> y *Familia García Nieto y Peña García* contra *Jobcenter Kreis Recklinghausen*<sup>9</sup>.

Como no es el turismo social el punto fundamental de este artículo, aunque debe reconocerse la relación entre este y la sentencia recaída en el Asunto C-308/14 que comentamos, solamente nos vamos a limitar a ofrecer unas explicaciones someras sobre los fallos mencionados. En este sentido, y aunque los ámbitos personales de estos pronunciamientos jurisdiccionales son distintos (pensionistas, extrabajadores, personas no activas o solicitantes de empleo), comparten, en su conjunto la problemática de las prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto, que se conceden a los residentes teniendo en cuenta una cierta situación de necesidad o precariedad, y que, por su naturaleza jurídica, se encuentran más cercanas a la Asistencia Social que a la Seguridad Social. En realidad, lo que se debatía por parte del Tribunal era la dialéctica entre los Reglamentos de Coordinación de Seguridad

<sup>6</sup> Asunto 140/12. Sentencia de 19 de septiembre del 2013.

<sup>7</sup> Asunto 333/13. Sentencia de 11 de noviembre de 2014.

<sup>8</sup> Sentencia de 15 de septiembre de 2015 (Asunto C-67/14).

<sup>9</sup> Sentencia de 25 de febrero de 2016 (Asunto C-299/14).

Social 1408/71<sup>10</sup> y 883/04<sup>11</sup> y la Directiva de residencia 2004/38/CE<sup>12</sup>. A este respecto lo que subyace en estas sentencias es el posible enfrentamiento y la oposición entre la protección social de los ciudadanos que se desplazan en el territorio de la Unión, interés europeo representado por los Reglamentos de Seguridad Social y los intereses nacionales representados por la Directiva de residencia. El Tribunal en todos estos contenciosos se pronunció por la aplicación prioritaria de la Directiva, o lo que es lo mismo, que para reconocer una prestación especial no contributiva resultaba necesario acreditar una situación de necesidad económica y a la vez contar con una residencia legal en un Estado, derecho de residencia que se deniega si el interesado no tiene recursos suficientes y tiene que solicitar la referida prestación. Ejemplo típico de la pescadilla que se muerde la cola. De todos modos, lo más peligroso de estas sentencias es la escalada que realiza el propio Tribunal que trata de la misma manera, sin diferencias de fondo apreciables, a personas con desplazamientos presumiblemente intencionados para beneficiarse del sistema de protección social del Estado de acogida y a personas que por motivos laborales ejercen la libre circulación de trabajadores y buscan empleo o a pensionistas que deciden cambiar de residencia por razones personales ajenas a lo que podría considerarse turismo social.

#### **4. ANÁLISIS DEL RECURSO COMISIÓN CONTRA REINO UNIDO. ASUNTO C-308/14**

Pocas veces ha tenido el Tribunal de Justicia de Luxemburgo que enfrentarse a un asunto de tanto calado político como este recurso que, en su momento, cuando lo inició la Comisión en 2008 podía ser considerado jurídicamente como importante pero que con el transcurso del tiempo se fue convirtiendo en trascendental. Vayamos a los hechos. La Comisión había recibido numerosas quejas de nacionales de otros Estados miembros, personas no activas, residentes en el Reino Unido que denunciaban que las autoridades británicas competentes les hubieran denegado el disfrute de determinadas prestaciones familiares (complementos familiares y tax credits) basándose en que no tenían derecho de residencia en dicho Estado miembro. La Comisión, después de múltiples peticiones de información decidió iniciar un procedimiento de infracción contra el Reino Unido que, como una bomba de relojería, le explotó al Tribunal de Justicia en el peor momento.

Adentrémonos en el derecho británico. El artículo 141 de la Social Security Contributions and Benefits Act 1992 (Ley de 1992 en materia de cotizaciones y prestaciones de la seguridad social) dispone lo siguiente: *«Toda persona que tenga a su cargo uno o más hijos menores o un joven que tenga la consideración de hijo a cargo durante la semana de que se trate tendrá derecho, con arreglo a lo dispuesto en el presente Título de esta Ley, a determinadas prestaciones destinadas..., a cubrir parte de los gastos de uno o más hijos a su cargo...»*

<sup>10</sup> Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo de 14 de Junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Versión consolidada DO número L 28 de 30.1.1997.

<sup>11</sup> Reglamento (CE) n° 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 200, 7.6.2004, pp. 1-49). DOUE número L 166 de 30 de Abril de 2004; corrección de errores DOUE número L 200 de 7 de Junio de 2004.

<sup>12</sup> Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004 de los relativa al derecho ciudadanos de a Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros Diario Oficial de la Unión Europea L 158 de 30.4.2004.

Asimismo, la Tax Credits Act 2002 (Ley de 2002 relativa al crédito fiscal) aprueba el crédito fiscal por hijo a cargo que se abona a la persona o personas que tengan la responsabilidad de uno varios hijos menores. Su importe depende de los recursos económicos de las personas afectadas y se gradúa en función del número de hijos que componen la familia.. Además, y en lo que interesa al presente asunto, el ordenamiento británico establece: “ *Deberá considerarse que una persona no se encuentra en el Reino Unido, a efectos de la Parte 1 de la Ley de 2002 relativa al crédito fiscal cuando no tenga derecho de residencia en el Reino Unido* ”

La imputación que la Comisión formulaba en el recurso con carácter principal contra el Reino Unido residía en el hecho de que, al exigir a los solicitantes de las prestaciones familiares controvertidas que cumplieran el criterio del derecho de residencia para poder ser tratados como residentes habituales en dicho Estado miembro, el Reino Unido estaba añadiendo un requisito que no figura en el Reglamento n.º 883/2004. Según la Comisión, tal requisito adicional, estrictamente nacional, privaba a las personas que no lo cumplían de la cobertura prevista por la legislación en materia de seguridad social en uno de los Estados miembros, cobertura que dicho Reglamento tenía por objeto garantizar. Además, tal como había confirmado el Reino Unido, el derecho de residencia en el Reino Unido se concede a todos sus nacionales. En cambio, se considera que los nacionales de otros Estados miembros, no gozan, en determinadas circunstancias, del derecho de residencia. Según el Gobierno del Reino Unido, esta restricción se basa en el concepto de «derecho de residencia» tal como se configura en la Directiva 2004/38 y en las limitaciones que ésta establece a dicho derecho, en particular, en la exigencia de que una persona que no ejerza ninguna actividad económica disponga de recursos suficientes para no convertirse en una carga excesiva *para la asistencia social* del Estado miembro de acogida.

En consecuencia, nuevamente nos enfrentamos en este caso con la problemática de la aplicación prioritaria de los Reglamentos de Coordinación y la Directiva de residencia. No obstante, a diferencia de los casos sobre los que se había pronunciado con anterioridad el Tribunal de Justicia (Brey, Dano, Alimanovic y García Nieto), el presente asunto se refiere a típicas prestaciones familiares<sup>13</sup> de seguridad social y no a prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto, próximas a la asistencia social. A este respecto, el campo de aplicación material de dicho Reglamento<sup>14</sup> establece “*El presente Reglamento se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con las prestaciones familiares*”. Por último el artículo 4 del referido Cuerpo jurídico señala “*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*”.

Con respecto a la legislación aplicable o a la determinación del Estado competente, el artículo 11 del Reglamento prescribe “Las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro. Esta legislación será determinada con arreglo al presente título.... e) cualquier otra persona a la que no le sean aplicables las disposiciones de las letras a) a d) estará sujeta a la legislación del Estado

<sup>13</sup> “*todas las prestaciones en especie o en metálico destinadas a hacer frente a los gastos familiares, con exclusión de los anticipos de pensiones alimenticias y los subsidios especiales de natalidad y adopción*”.

<sup>14</sup> Ver artículo 3.



miembro de residencia, sin perjuicio de otras disposiciones contenidas en el presente Reglamento que le garanticen prestaciones en virtud de la legislación de uno o varios de los demás Estados miembros.»

El concepto de residencia del Reglamento es realmente poco claro. Así el artículo 1 define residencia como **“el lugar en que una persona reside habitualmente”**. En este sentido, debe aceptarse que dentro del derecho de la Unión el concepto de residencia no es uniforme y, por tanto varía según se trate de derecho fiscal, de la Directiva de residencia, normativa electoral o del Reglamento 883/04. En principio por tanto, cada Instrumento jurídico que se aplique, tendrá que utilizar sus propios conceptos y no importar el de los otros. En efecto, si el legislador comunitario lo hubiera deseado, hubiera acuñado un único concepto válido para todas las normas comunitarias, con independencia de la rama de que se trate. No obstante, debe reconocerse que el legislador del Reglamento ha buscado conscientemente en el Reglamento, un concepto cuasi no jurídico, basado en una descripción fáctica, distinto del de la Directiva. Por ello, el Tribunal de Justicia ha tenido que interpretar el concepto de residencia en diversas sentencias entre las que destaca la recaída de 25 de febrero de 1999, en el Asunto Swaddling<sup>15</sup> y en la que se señala que *“el mencionado concepto designa el lugar donde se encuentra el centro habitual de los intereses de la persona de que se trate. Para determinar el centro de los intereses al que se acaba de aludir, procederá tener en cuenta, en particular, la situación familiar del trabajador, las razones que le han llevado a desplazarse, la duración y la continuidad de su residencia, el hecho de disponer, en su caso, de un empleo estable y la intención del trabajador, deducida de todas las circunstancias”*.

A este respecto y dado el etéreo concepto de residencia del Reglamento, éste debe determinarse en función de las circunstancias de hecho y de la situación de las personas de que se trate, con independencia de su estatuto jurídico en el Estado miembro de acogida. Ahora bien el estatuto jurídico de los interesados, puede ser tenido en cuenta como un elemento más para dilucidar *“donde se encuentra el centro habitual de los intereses de la persona de que se trate”*.

Para la Comisión, la finalidad del artículo 11 del Reglamento n.º 883/2004 es establecer el Estado competente y la legislación competente, configurando un sistema de normas de conflicto que tiene como efecto sustraer al legislador nacional la facultad de determinar el alcance y las condiciones de aplicación de su propia legislación nacional en la materia. De este modo, según la Comisión, el objetivo que persigue tal sistema es, por un lado, garantizar que se aplique un único régimen de seguridad social y, por otro, evitar que se prive de protección en materia de seguridad social a las personas a las que se refiere el Reglamento n.º 883/2004, por no existir legislación que les resulte aplicable.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el legislador era consciente que el concepto de residencia contenido en el artículo 1 del Reglamento 883/04 podía plantear conflictos y dificultades a la hora de proceder a su aplicación. Por ello, a través del Reglamento 987/09<sup>16</sup>,

---

<sup>15</sup> C-90/97.

<sup>16</sup> REGLAMENTO (CE) No 987/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) no 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. DOUE L 284/1. 30/10/2009.

en su artículo 11<sup>17</sup> establece normas de conflicto para solventar las dudas sobre el Estado de residencia y, a tal efecto, marca unos parámetros, iguales para todos los Estados. En realidad, esto es la esencia de los Reglamentos: la aplicación uniforme de los mismos por parte de todos los Estados. Ahora bien, si, paralelamente, la legislación de un Estado Miembro, unilateralmente, introduce nuevos elementos a efectos de reconocer o no la residencia en su territorio, se está quebrando la aplicación uniforme del derecho de la Unión. Porque el concepto de residencia en el Reglamento, a diferencia del de la Directiva es más fáctico que jurídico. Así, puede ocurrir que el centro de intereses de una persona pueda estar en un Estado, residencia habitual, pero su residencia legal esté en otro. Imaginemos a estos turistas británicos que viven en las costas españolas todo el año pero que mantienen su residencia legal en el Reino Unido. En este sentido podría suceder que una persona no tuviera derecho a las prestaciones sociales ni en su Estado de origen –en el que ya no tendría su residencia habitual aunque mantenga su residencia legal– ni en el Estado de acogida donde tendrá su centro de intereses pero no el derecho de residencia legal.

Pienso que puede ser orientador recordar la sentencia recaída en el Asunto Martínez Sala<sup>18</sup> en la que el Tribunal señalaba textualmente *“En efecto, para reconocer el derecho de residencia, el permiso de residencia sólo puede tener un valor declaratorio y probatorio (en este sentido, véase la sentencia de 8 de abril de 1976, Royer, 48/75, Rec. p. 497, apartado 50). Por el contrario, de los autos se deduce que, para la concesión de la prestación de que se trata, el permiso de residencia adquiere valor constitutivo. De ello se deduce que el hecho de que un Estado miembro exija a un nacional de otro Estado miembro que desee obtener una prestación como la controvertida en el asunto principal que presente un documento con valor constitutivo expedido por su propia Administración, siendo así que a sus propios nacionales no se les exige ningún documento de estas características, da lugar a una desigualdad de trato”*.

Por otra parte, el Tribunal, adicionalmente, debía dilucidar si el requisito de hacer depender y condicionar el derecho a obtener determinadas prestaciones de seguridad social a la residencia legal de los ciudadanos europeos, requisito éste que los propios nacionales cumplen automáticamente, implica una situación de discriminación, infringiendo de este modo el artículo 4 del Reglamento n.º 883/2004 (principio de igualdad de trato).

El tema de la discriminación parece claro y no es controvertido por ninguna de las partes del contencioso. De hecho, el Reino Unido reconoció que se trataba de una medida

---

<sup>17</sup> *“En caso de discrepancia entre las instituciones de dos o más Estados miembros en cuanto a la determinación de la residencia de una persona a la que se aplique el Reglamento de base, las instituciones deberán establecer de común acuerdo el centro de interés del interesado a partir de una evaluación global de toda la información disponible relacionada con los hechos pertinentes, que podrá incluir, según el caso: a) la duración y continuidad de su presencia en el territorio de los Estados miembros afectados; b) la situación personal del interesado, incluidos: i) la naturaleza y condiciones específicas de la actividad ejercida, si la hay, en particular el lugar donde se ejerce habitualmente la actividad, la estabilidad de la actividad y la duración de cualquier contrato de trabajo, ii) su situación familiar y los lazos familiares, iii) el ejercicio de toda actividad no remunerada, iv) en el caso de los estudiantes, su fuente de ingresos, v) el alojamiento, en particular su grado de permanencia, vi) el Estado miembro en el que se considere que la persona tiene su residencia fiscal; 2. Cuando la consideración de los diversos criterios basados en hechos pertinentes como se enuncian en el apartado 1 no permita a las instituciones afectadas llegar a un acuerdo, se considerará decisiva para determinar el lugar efectivo de residencia la voluntad de la persona, según se desprenda de tales hechos y circunstancias, y en especial las razones que la llevaron a trasladarse.”*

<sup>18</sup> Asunto C-85/96.

indirectamente discriminatoria. Sin embargo, no siempre la discriminación, sobre todo la indirecta, es inadmisibles. En efecto, ésta puede, en algunos casos, aceptarse si es proporcional y puede justificarse objetivamente por la necesidad de salvaguardar las finanzas públicas. Ahora bien, el Estado que adopte esa medida debe demostrar que la desigualdad de trato en cuestión resulta apropiada y proporcionada en relación con el objetivo que persigue. A este respecto, la Comisión alegó que el Reino Unido no había presentado ningún dato en cuanto a la proporcionalidad del requisito adicional de residencia legal.

La sentencia recaída en el Asunto Brey, mencionada en párrafos precedentes, en la que el Tribunal aceptó que para acceder a las prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto podía exigirse el requisito de residencia legal fue utilizado por el Reino Unido para justificar su posición en el presente asunto. Sin embargo, las prestaciones familiares británicas no son prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto ya que, como declaró el propio Tribunal, deben ser consideradas como prestaciones de seguridad social stricto sensu sin que quepa duda al respecto. Téngase en cuenta que las prestaciones especiales no contributivas tienen una regulación especial y, en todo caso, deben figurar relacionadas expresamente en el Anexo X del Reglamento 883/04. Aunque simplemente fuera por esta circunstancia formal, y dado que las prestaciones familiares británicas no están inscritas en el referido Anexo, esta cuestión no plantea duda alguna.

En consecuencia, los elementos esenciales sobre los que debía pronunciarse el Tribunal eran los siguientes:

- A los efectos de la concesión de prestaciones de Seguridad social, además de las condiciones establecidas por el Reglamento 883/04 ¿puede la legislación nacional establecer el requisito de residencia legal?
- ¿Existe justificación suficiente para la discriminación indirecta que supone la exigencia de residencia legal? ¿Se ha demostrado convenientemente la proporcionalidad de la medida adoptada?

## 5. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

El Tribunal tenía que decidir, en primer lugar, sobre la naturaleza jurídica de las prestaciones familiares británicas. Curiosamente la Corte de Luxemburgo en esta sentencia utiliza una terminología ambigua, probablemente con toda intención. Así, habla de prestaciones sociales, término éste que parece acercarse a las prestaciones no contributivas especiales de tipo mixto o a la asistencia social. No obstante, como esta línea de actuación carecía de futuro, textualmente señala que *“los complementos familiares (child benefit) y el crédito fiscal por hijo a cargo (child tax credit), son dos prestaciones en metálico cuya finalidad 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. Ninguna de las prestaciones mencionadas ha sido inscrita por el Reino Unido en el anexo X del Reglamento n.º 883/2004 y es pacífico entre las partes que no se trata de prestaciones especiales en metálico no contributivas, en el sentido del artículo 70 del citado dicho Reglamento”*. Según la jurisprudencia clásica 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 calificarse de «prestaciones de seguridad social», a efectos del artículo 3, apartado 1, letra j), del Reglamento n.º 883/2004, en relación con el artículo 1, letra z), de ese mismo Reglamento.

Realmente no descubre nada nuevo el Tribunal. Así, ya en 1995 en el Asunto Jennifer Meyers y Adjudication Officer<sup>19</sup> se consideraba que los “family credits” estaban integrados “*en un régimen de prestaciones en un sistema nacional de Seguridad Social*”. De todas formas con mucha mayor contundencia el Tribunal se había pronunciado ya sobre la consideración de las prestaciones familiares británicas como prestaciones de seguridad social en el asunto **Rose Hughes y Chief Adjudication Officer**<sup>20</sup>, “*Contrariamente a lo que mantienen los Gobiernos alemán y del Reino Unido, la calificación de la discutida prestación como prestación de Seguridad Social no puede cuestionarse por el hecho de que su concesión no esté sujeta a ninguna obligación de cotizar. En efecto, el modo de financiación de una prestación carece de importancia a efectos de su posible calificación como prestación de Seguridad Social...*”. En consecuencia, no caben dudas al respecto de que las prestaciones familiares británicas, como la del resto de los Estados Miembros, se enmarcan en el ámbito de la Seguridad Social. Con ello, se está abriendo un nuevo escenario en donde los precedentes de Brey, Dano, Alimanovic y García Nieto, al referirse todos estos asuntos a beneficios cercanos a la asistencia social (prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto), no podían ni debían condicionar el resultado final de este asunto.

Centrándonos en uno de los dos puntos esenciales, la condición impuesta por parte de la legislación nacional británica, del cumplimiento del criterio del derecho de residencia, el Tribunal tiene que enfrentarse a la alegación de la Comisión de que los interesados, además de acreditar el requisito establecido por el Reglamento 883/04 de tener su centro de intereses en el Reino Unido (residencia habitual según la norma de coordinación), deben, adicionalmente, tener derecho a residencia legal. En este sentido, conviene destacar que existe una diferencia significativa entre los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros Estados. En efecto, el campo de aplicación personal<sup>21</sup> del Reglamento 883/04 establece: “*El presente Reglamento se aplicará a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes*”. En cambio, el Reglamento 1231/10<sup>22</sup> por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) no 883/2004 y el Reglamento (CE) no 987/2009 a los nacionales de terceros países señala textualmente “*El Reglamento (CE) no 883/2004 y el Reglamento (CE) no 987/2009 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén aún cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro...*” A este respecto, no cabe dudas de que el legislador comunitario ha diferenciado claramente la situación de los nacionales de la Unión y de los de terceros países, exigiendo, para estos últimos y no para los primeros, la residencia legal. Sin embargo, la Administración británica equipara europeos y extranjeros e impone para ambos las mismas condiciones para

<sup>19</sup> Asunto C-116/94.

<sup>20</sup> Asunto C-78/91.

<sup>21</sup> Artículo 2.

<sup>22</sup> Diario Oficial de la Unión Europea L 344/1 de 29-12-2010.

el acceso a las prestaciones familiares. Por ello, tal como subraya la Comisión Europea, se altera la esencia del Reglamento 883/04 que, a la hora de establecer el Estado competente y por tanto la legislación competente, establece una norma de conflicto, artículo 11<sup>23</sup>, que debe ser acatada por todos, fijando, en el caso de personas no activas o personas que no ejercen actividad económica, que son el sujeto final o posible beneficiario de este caso jurisdiccional, la residencia fáctica habitual o, como interpretó en su día la Corte de Justicia, su centro de intereses. Pues bien, si a la hora de aplicar la normativa comunitaria, un Estado en donde una persona tiene su centro e intereses, impone unilateralmente un nuevo requisito, se está desvirtuando dicha norma de conflicto que está destinada no sólo a evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales a una situación determinada y las complicaciones que puedan resultar de ello, sino también impedir que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del citado Reglamento se vean privadas de protección en materia de seguridad social, a falta de legislación que les resulte aplicable.

No obstante, el Tribunal se decanta por otra línea argumental y pasa de puntillas por los planteamientos precedentes al señalar que el referido artículo 11 *“no tiene por objeto determinar los requisitos materiales para que exista el derecho a las prestaciones de seguridad social. Corresponde, en principio, a la legislación de cada Estado miembro determinar tales requisitos”* *“no cabe deducir del artículo 11, apartado 3, letra e), del Reglamento n.º 883/2004, se oponga a una disposición nacional que supedita el derecho a obtener prestaciones sociales, tales como las ¿prestaciones sociales controvertidas?²⁴, a la circunstancia de que el solicitante goce de derecho de residencia legal en el Estado miembro de que se trate”* *“Ahora bien, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia 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. Así pues, contrariamente a lo que alega la Comisión, la norma de conflicto contenida en el artículo 11, apartado 3, letra e), del Reglamento n.º 883/2004 no resulta desvirtuada por el criterio del derecho de residencia, pues éste forma parte integrante de los requisitos para el reconocimiento de las prestaciones sociales controvertidas”*.

En todo momento, a lo largo de esta sentencia, el Tribunal menciona los precedentes de fallos jurisdiccionales anteriores Peter Brey y Dano sobre los que el Tribunal se pronunció

<sup>23</sup> *“Las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro. Esta legislación será determinada con arreglo al presente título. A efectos del presente título, se considerará que las personas que reciben una prestación en metálico por el hecho o como consecuencia de su actividad por cuenta ajena o propia serán consideradas como si ejercieran dicha actividad. Esto no se aplicará a las pensiones de invalidez, de vejez o de supervivencia, a las rentas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, ni a las prestaciones por enfermedad en metálico que sean de duración ilimitada. 3. A reserva de lo dispuesto en los artículos 12 a 16: a) la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro; b) todo funcionario estará sujeto a la legislación del Estado miembro del que dependa la administración que le ocupa; c) la persona que reciba una prestación de desempleo de conformidad con el artículo 65 en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia estará sujeta a la legislación de dicho Estado miembro; d) la persona llamada o vuelta a llamar al servicio militar o al servicio civil de un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro; e) cualquier otra persona a la que no le sean aplicables las disposiciones de las letras a) a d) estará sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia, sin perjuicio de otras disposiciones contenidas en el presente Reglamento que le garanticen prestaciones en virtud de la legislación de uno o varios de los demás Estados miembros”*.

<sup>24</sup> Los signos de interrogación son de autor de este artículo.

en el sentido que para reconocer las prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto se podía exigir que la persona tuviera derecho a residencia legal en el Estado de que se trate por aplicación de la Directiva 2004/38/CE. En el artículo 7 de este Instrumento se establece *“Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses si a) es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, o, b) dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia...”*. Ahora bien, las prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto pueden equipararse a la asistencia social pero de ningún modo entrarían dentro de este concepto ni comparten con ella naturaleza jurídica las prestaciones familiares que son parte integrante inequívocamente de los sistemas de Seguridad Social. Por ello, el Tribunal da, con esta sentencia, otra vuelta de tuerca a las restricciones o limitaciones a la libre circulación de personas y trabajadores y marca un camino lleno de incertidumbres.

Resuelta la primera cuestión, el Tribunal se lanza a dar respuesta a la argumentación de la Comisión de si la incorporación del criterio del derecho de residencia a la legislación nacional produce ineluctablemente una discriminación directa o, cuando menos, indirecta, prohibida por el artículo 4 del Reglamento n.º 883/2004. A este respecto, el Tribunal no tiene nada que objetar en relación con la tesis de la Comisión: *“Ahora bien, no es menos cierto que un Estado miembro de acogida que imponga, a efectos del reconocimiento de prestaciones sociales como las controvertidas, el requisito de la regularidad de la residencia de un nacional de otro Estado miembro en su territorio, provoca una discriminación indirecta”*. *“En efecto, constituye jurisprudencia reiterada que una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar en mayor medida a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios nacionales e implique, por consiguiente, el riesgo de perjudicar más específicamente a los primeros”* *“En el marco del presente recurso, la normativa nacional impone a quienes solicitan las prestaciones controvertidas el requisito de gozar del derecho de residencia en el Reino Unido. De este modo, dicha normativa genera una desigualdad de trato entre los nacionales británicos y los nacionales de los restantes Estados miembros, pues tal requisito de residencia es más fácil de cumplir por los propios nacionales, que tienen su residencia habitual con mayor frecuencia en el Reino Unido, que por los nacionales de otros Estados miembros, que suelen residir en un Estado miembro distinto del Reino Unido”*.

Ergo, ni para el propio Tribunal se plantean dudas sobre la discriminación indirecta. Sin embargo... añade el Tribunal *“Para estar justificada, tal discriminación debe ser adecuada para garantizar la consecución de un objetivo legítimo y no debe ir más allá de lo que es necesario para alcanzar ese objetivo”*.

Es claro que el interés legítimo alegado para justificar la referida discriminación indirecta por el Reino Unido es la defensa de su sistema de protección social. Pues bien, a este respecto, la Corte de Luxemburgo establece *“procede hacer constar que constituye jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que 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*". Hasta aquí nada nuevo. Lógicamente el Tribunal debería, acto seguido seguir su línea de actuación de sentencias anteriores y repetir las argumentaciones de las mismas. Así en el Asunto Raymond Kohll contra Union des caisses de maladie<sup>25</sup> se establecía que la negativa a reembolsar gastos de asistencia sanitaria prestada en otro Estado *"no tiene una incidencia significativa sobre la financiación del sistema de Seguridad Social"*. En consecuencia, una medida indirectamente discriminatoria, solo se puede justificar si afecta de manera muy importante a la sostenibilidad económica de la Seguridad Social de que se trate o tiene una incidencia significativa en la misma. Lógicamente, corresponde a quien desea acogerse a esta excepción la demostración fehaciente de los perjuicios que tendría la aplicación plena del principio de igualdad de trato y no limitarse a realizar una declaración sin sustento probatorio. En este sentido, podemos tomar como ejemplo una sentencia reciente sobre un recurso Comisión contra Chipre, asunto 515/14 en el que se declara *"Así, no cabe excluir que un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social pueda constituir una razón imperiosa de interés general que justifique la vulneración de las disposiciones del Tratado relativas al derecho a la libre circulación de los trabajadores (véase, en este sentido, la sentencia Kohll, C-158/96, EU:C:1998:171, apartado 41). No obstante, según jurisprudencia bien asentada del Tribunal de Justicia, corresponde a las autoridades nacionales competentes, al adoptar una medida que supone una excepción a un principio reconocido por el Derecho de la Unión, probar, en cada caso, que dicha medida es adecuada para garantizar la consecución del objetivo invocado y que no excede de lo necesario para alcanzarlo. Por tanto, las razones justificativas que puede invocar un Estado miembro deben ir acompañadas de pruebas adecuadas o de un examen de la idoneidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por ese Estado, así como de datos precisos en los que pueda sustentarse su alegación. Es importante que este examen objetivo, detallado y con cifras concretas, pueda probar con datos fiables, contrastados y fehacientes que efectivamente existen riesgos para el equilibrio del sistema de seguridad social. Pues bien, es preciso hacer constar que en el presente asunto no se ha efectuado tal demostración. En efecto, el Gobierno chipriota se limita a aludir a un riesgo de desequilibrio del sistema de seguridad social y a afirmar que la normativa controvertida cumple el requisito de proporcionalidad contemplado en el apartado anterior de la presente sentencia. Por consiguiente, el obstáculo a la libre circulación de los trabajadores en cuestión en el presente asunto no está justificado"*. Contundente el Tribunal de Justicia en, no se olvide, un recurso Comisión contra un Estado Miembro.

Podría pensarse que, al tratarse también en este caso, de un recurso Comisión contra un Estado Miembro, el Tribunal trataría al Reino Unido de la misma forma que a Chipre y que exigiría de las autoridades británicas *"datos fiables, contrastados y fehacientes que efectivamente existen riesgos para el equilibrio del sistema de seguridad social"*. Pues no, de ningún modo. Contradiciendo su doctrina mayoritaria anterior<sup>26</sup> declara *"En este contexto, es a la Comisión, a la que incumbe demostrar la existencia del incumplimiento alegado y aportar al Tribunal de Justicia las pruebas necesarias para que éste pueda determinar la existencia de tal incumplimiento pero... no ha aportado datos que demuestren que la comprobación por las autoridades nacionales a la que se ha hecho referencia no se atiene al requisito de proporcionalidad, que no es adecuada para garantizar la consecución del objetivo de salvaguardia de las finanzas públicas y que no más allá de lo que es necesario para alcanzar*

<sup>25</sup> C-158/96.

<sup>26</sup> La primera excepción a la doctrina general figura en la Sentencia Alimanovic.

*ese objetivo. De lo anterior resulta que no constituye una discriminación prohibida por el artículo 4 del Reglamento n.º 883/2004 el hecho de que la legislación nacional objeto de controversia en el marco del presente recurso prevea que, a efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales controvertidas, las autoridades competentes del Reino Unido exijan la regularidad de la residencia en su territorio de aquellos nacionales de otros Estados miembros que soliciten ser beneficiarios de tales prestaciones. En consecuencia, debe desestimarse el recurso en su totalidad”.*

¿Dos varas de medir? ¿Implica esta sentencia que cuando se produce una discriminación indirecta por parte de un Estado existe una presunción iuris tantum de que esta discriminación es proporcional y adecuada, correspondiendo a la otra parte demostrar lo contrario? Difícil de entender jurídicamente.

## 6. CONCLUSIONES

No es posible sustraerse a un cataclismo como el Brexit. Es comprensible, aunque no justificable que el Consejo sea laxo, a la hora de interpretar el derecho al adoptar decisiones políticas de trascendencia extrema. También se puede entender que la Comisión Europea se pliegue a las imposiciones del Consejo y de los Estados Miembros y que acepte, contra natura, interpretaciones elásticas y dóciles de los Tratados. No debe olvidarse que siempre queda el Tribunal de Justicia como red de seguridad.

Por ello, sorprende que el Tribunal dicte una sentencia fundamental próxima a los postulados del Premier Cameron siete días antes del referéndum del Brexit...La Corte de Justicia de Luxemburgo podía haber esperado simplemente unos días, quitándose presión y no contribuyendo a que la opinión pública pensase que el fallo jurisdiccional estaba mediatizado por el próximo referéndum británico. Probablemente, si hubiera tenido algo más de calma, la sentencia hubiera podido ser más meditada y técnicamente mejor. También hubiera podido dictarla antes. En este sentido el recurso Comisión contra Chipre, comentado en párrafos precedentes, presentado 6 meses más tarde que el recurso Comisión contra el Reino Unido, fue fallado seis meses antes que este último...

Probablemente el Tribunal de Justicia, por razones no estrictamente jurídicas, quiso también contribuir a facilitar el voto a favor de la permanencia británica en la Unión. Sin éxito.

Es difícil coincidir siempre con los pronunciamientos del Tribunal de Justicia. Todos estamos mediatizados en nuestras creencias, inclusive las puramente jurídicas. Por ello, en derecho, el respeto a las posiciones y criterios de los otros es fundamental. Sin embargo, lo que duele realmente, especialmente para un admirador de la Corte de Luxemburgo como yo, es la pobreza e incoherencia de los argumentos esgrimidos por el Tribunal en una sentencia jurídico/política dictada en un momento de gran tensión y preocupación sobre el futuro de la Unión. Quizás con independencia del contenido del fallo jurisdiccional, se eche de menos una formulación más completa y afinada que no dañe la credibilidad e independencia del propio Tribunal. Sin olvidar, por supuesto, los daños colaterales posteriores... Estemos atentos al futuro.