

“Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae Cameron dixit”¹

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDA

SUBDIRECTOR GENERAL DE ASUNTOS SOCIALES, EDUCATIVOS, CULTURALES Y DE SANIDAD Y CONSUMO

Resumen

El 28 de Noviembre de 2014, el Primer Ministro británico David Cameron pronunció un discurso sobre temas migratorios, centrándose en la libre circulación de trabajadores y en la necesidad de limitar y restringir ciertos aspectos de la misma. El político inglés formuló una serie de propuestas que se analizan en este trabajo, para cuya materialización sería, en algunos casos, necesaria la modificación de los Tratados y, en consecuencia, el consenso unánime de los demás socios de la Unión. Además, exigió la adopción de ciertas medidas para evitar el fraude y el abuso en la percepción de prestaciones por parte de ciudadanos y trabajadores de otros Estados Miembros, medidas éstas que, en la actualidad, ya están siendo aplicadas por otros Estados Miembros, con el beneplácito de la Comisión y el TJUE. En este sentido, lo esencial del discurso de Cameron es su ataque a la libre circulación de personas y trabajadores, base fundamental de la Europa de los ciudadanos, lo que puede dar pie y alas a los movimientos euroescépticos que están proliferando en Europa.

Abstract

On November 28th, 2014, British Prime Minister David Cameron gave a speech on immigration issues, focusing on the free movement of workers and on the need to limit and restrict certain aspects of this freedom. The English politician presented a number of proposals, which are analyzed in this article, for whose implementations would, in some cases, be required essential changes in the Treaties and, consequently, the unanimous acceptance of the other Member State of the Union. Moreover, he required the adoption of certain measures to prevent fraud and abuse in the acknowledgment of benefits to citizens and workers from other Member States (some of these measures can be applied already with the approval of the Commission and the ECJ). In this sense, the most important part of the speech was the direct and indirect attack to the free movement of persons and workers, one of the fundamental pillar of the Europe of citizens. The statement of the U.K. supports, in this issue, some positions of the Eurosceptic movements that are emerging in Europe.

Palabras clave

Coordinación de regímenes de Seguridad Social, restricciones a la libre circulación, solicitantes de empleo, prestaciones no contributivas.

Keywords

Coordination schemes social security, restrictions free movement of persons and workers, jobseekers, non contributory benefits.

“Ciertamente, los dioses no revelaron todas las cosas desde el principio a los hombres, sino que, mediante la investigación, llegan éstos, con el tiempo, a descubrirlo mejor”

Jenófanes

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. Crónica de la situación actual de la libre circulación de trabajadores

En los últimos meses, y ante el progresivo y me temo, ya constatable deterioro del proyecto europeo, se ha iniciado un proceso de acoso y ¿derribo? contra uno de los pilares básicos de la Europa de los ciudadanos: La libre circulación de personas y de trabajadores. Asimismo y, como consecuencia directa de esta embestida, se ataca el aparato de protección

¹ Hacia dónde vas protección social de los trabajadores migrantes. Cameron dixit.

creado para la conservación de los derechos adquiridos y el mantenimiento de los derechos en vía de adquisición en los supuestos de desplazamientos transfronterizos. De hecho, las noticias aparecidas en la prensa son cuando menos inquietantes² y auguran un futuro incierto que pone en peligro, en parte, la dimensión social de la Unión Europea al golpear frontalmente una de las libertades básicas constitutivas del mercado interior. De todos modos, aunque Bélgica y Alemania estén adoptando medidas restrictivas para la concesión y renovación de permisos de residencia a personas inactivas (turismo social), el desafío más importante a la propia esencia de la libre circulación de trabajadores y por ende a la propia Unión Europea, proviene fundadamente del país euroescéptico, por excelencia, Reino Unido, que a través de su Primer Ministro, en un discurso pronunciado el 28 de Noviembre pasado, expuso su visión global sobre los temas migratorios, mezclando, en un *“totum revolutum”* y en un intencionado ejercicio de confusión, ciudadanos de la Unión Europea y nacionales de terceros Estados y reclamando, fundamentalmente, y esto es lo más peligroso, un cambio sustancial en los ámbitos personales y materiales de la libre circulación de trabajadores.

1.2. El discurso de Cameron

No es propósito de este artículo analizar políticamente la posición británica ni enjuiciar sus posicionamientos que, en muchos casos, responden a criterios electorales o electoralistas pero que, finalmente, repercuten en la opinión pública europea y, a la postre, en los legisladores de la Unión. Por ello, me voy a limitar a valorar desde la perspectiva jurídico/técnica, los elementos esenciales del discurso de Cameron y confrontarlo con el vigente Derecho primario y derivado, poniendo de manifiesto lo que, a mi entender, podría requerir un cambio sustancial en los Tratados o aquello otro que ya en la actualidad estaría implícita o explícitamente reconocido o admitido por la actual normativa. A este respecto, conviene señalar que el panorama que pinta el primer Ministro británico parece más bien responder a un ejercicio de negativismo en el que el fraude y el abuso campan por sus respetos sin que existan mecanismos para ponerles freno. No obstante, debe admitirse que la frase, *“Somos la Gran Bretaña en razón de la emigración y no a pesar de ella”*, al menos desde el punto de vista estético y formal, merece aplauso y reconocimiento y puede ser considerada como una declaración de intenciones dirigida a evitar que, en su conjunto, el discurso sea tachado de xenófobo y ultranacionalista.

2. PROPUESTAS BRITÁNICAS SOBRE LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

2.1. Desplazamientos laborales transfronterizos previa oferta anterior de trabajo

Para facilitar al lector la aproximación a los temas cardinales de este trabajo, he seleccionado las propuestas más significativas del ejecutivo británico relacionadas

² “Los españoles, entre los europeos más expulsados de Bélgica por abuso de las ayudas sociales. En 2013 retiró el permiso de residencia a 2.712 europeos, 323 españoles. Los ciudadanos de España son los más afectados tras rumanos y búlgaros” (El Mundo 10/1/2014) “Los españoles, entre los más expulsados en Bélgica por abusar de las ayudas sociales” (ABC 19/1/2015) “Como perceptores de la ayuda social Hartz IV, hay registrados 12.292 ciudadanos españoles en Alemania a los que se les puede denegar ya esa prestación social e incluso expulsar del país”. (El Mundo 11 de Noviembre 2014). “Los suizos han decidido en referéndum *volver a limitar la entrada de ciudadanos de países de la Unión Europea (UE) a su mercado laboral*, a través del establecimiento de cuotas anuales que deberán aplicarse de aquí a tres años.” (El Mundo 9 de Febrero 2014)

exclusivamente con la libre circulación y con la seguridad social de los trabajadores migrantes. A este respecto, comienzo con la más espectacular de todas ellas. “*Los trabajadores migrantes deben tener una oferta de trabajo antes de desplazarse al Reino Unido*”, propuesta ésta que, paradójicamente, implica un retorno al pasado y un *déjà vu* que remueve problemáticas ya resueltas y enterradas en un permanente volver a empezar. En efecto, bien es verdad que esta pretensión limitativa del Reino Unido podría, en principio, justificarse con la literalidad del vigente artículo 45 del TFUE: “*Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros*”. Sin embargo, ya en su momento, y con carácter general, el TJUE se pronunció en contra de la interpretación restrictiva del principio de libre circulación, al afirmar³ “*Según jurisprudencia constante de este Tribunal, la libre circulación de los trabajadores forma parte de los cimientos de la Comunidad. Las normas que consagran esta libertad fundamental y, más concretamente, los conceptos de «trabajadores» y de «actividad por cuenta ajena» que definen su campo de aplicación deben, por ello, interpretarse ampliamente, mientras que las excepciones y los casos de inaplicación del principio de libre circulación de los trabajadores deben interpretarse, por el contrario, con criterio restringido*”.

2.2. Consideraciones jurisprudenciales

Pues bien, la exigencia de que, antes del desplazamiento laboral, exista una oferta efectiva de trabajo, ya ha sido rechazada por el TJUE⁴ que dictaminó en su día precisamente sobre este extremo: “*A este respecto, se ha mantenido que, según la letra del artículo 48⁵ del Tratado, el derecho de los nacionales comunitarios a desplazarse libremente en el territorio de los Estados miembros únicamente se concede para responder a ofertas efectivas de trabajo [letras a) y b) del apartado 3], mientras que el derecho a residir en el territorio de dichos Estados está vinculado al ejercicio de un empleo [letra c) del apartado 3]. Semejante interpretación, que excluye el derecho del nacional de un Estado miembro a desplazarse libremente y a residir en el territorio de los demás Estados miembros con objeto de buscar en ellos un empleo, no puede ser admitida*”. No obstante, por si surgieran dudas al respecto, remacha el Tribunal “*Por otra parte, una interpretación estricta del apartado 3 del artículo 48 comprometería las oportunidades reales de que el nacional de un Estado miembro que busca empleo lo encuentre en los demás Estados miembros, privando de eficacia a dicha disposición. De lo anterior se desprende que el apartado 3 del artículo 48 debe ser interpretado en el sentido de que enuncia con carácter no limitativo determinados derechos de que gozan los nacionales de los Estados miembros en el marco de la libre circulación de los trabajadores y de que esta libertad implica asimismo el derecho de los nacionales de los Estados miembros a circular libremente en el territorio de los demás Estados miembros y a residir en ellos con objeto de buscar empleo. Por lo demás, esta interpretación del Tratado coincide con la del legislador comunitario, como lo indican las disposiciones adoptadas para aplicar el principio de libre circulación, especialmente los artículos 1 y 5 del*

³ Asunto 139/95 R.H. Kempf y Staatssecretaris van Justitie . Sentencia de 3 de Junio de 1986.

⁴ Asunto C-292/89, The Queen y Gustaff Desiderius Antonissen. Sentencia de 26 de Febrero de 1991.

⁵ El articulado del Tratado ha cambiado varias veces de numeración a lo largo del tiempo.

Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77), disposiciones que suponen el derecho de los nacionales comunitarios a desplazarse para buscar un empleo en otro Estado miembro y, por consiguiente, el derecho a residir en el mismo.

2.3. La propuesta británica versus libre circulación de ciudadanos

Por otra parte, esta propuesta británica choca con la libre circulación de ciudadanos, artículo 20⁶ del TFUE y más concretamente, con el artículo 6 de la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004⁷ relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros que establece “*Los ciudadanos de la Unión tendrán derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período de hasta tres meses sin estar sometidos a otra condición o formalidad que la de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos*”. Además, el artículo 7 de dicha Directiva contempla el derecho de residencia por más de tres meses, siempre que se disponga de un seguro de enfermedad y se cuente con recursos suficientes para no ser una carga en el Estado de acogida. En consecuencia, si existe un derecho de residencia como ciudadano en un Estado, nada puede impedir que una persona busque empleo en dicho Estado y si lo encuentra, lo ejerza inmediatamente, sin traba alguna.

2.4. El derecho derivado versus la propuesta británica relativa a la libertad de circulación de trabajadores.

La idea de que la libre circulación de trabajadores incluye a los solicitantes de empleo y no exclusivamente a los trabajadores que ejercen ya una actividad laboral, se ve reforzada con el Reglamento 492/2011⁸ relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión, que en su artículo 5 señala : “*El nacional de un Estado miembro que busque un empleo en el territorio de otro Estado miembro, recibirá allí la misma asistencia que la que las oficinas de empleo de ese Estado conceden a sus propios nacionales que busquen empleo*”. En consecuencia, este Instrumento jurídico, se extiende no solamente a los trabajadores *stricto sensu* sino también a los solicitantes de empleo. Por ello, acotar la libre circulación de trabajadores únicamente a la existencia de ofertas de trabajo previas anteriores a los desplazamiento transfronterizos, es una limitación contraria al propio espíritu de los Tratados y plantearía un nuevo escenario en el que la movilidad personal interestatal se vería gravemente comprometida. La única vía que se podría atisbar para compaginar y concordar la propuesta británica con el Derecho de la Unión sería la propia modificación de los Tratados tanto en el ámbito de la libre circulación de trabajadores como en la de ciudadanos, lo que resultaría extremadamente complejo ya que afecta al delicado equilibrio del mercado interior, auténtica perla de la corona de Europa.

⁶ “*Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*”.

⁷ Diario Oficial de la Unión Europea L 158 de 30.4.2004

⁸ Diario Oficial de la Unión Europea L 141/1 de 27.5.2011

2.5. ¿Limitación de la estancia de los solicitantes de empleo en el Estado de acogida por un máximo de seis meses?

A veces algunos políticos de los Estados Miembros lanzan, intencionadamente, propuestas imposibles por quiméricas, en el convencimiento y con la esperanza de que no sean admitidas ni aceptadas por sus socios comunitarios y, de este modo, poder culpabilizar, posteriormente, a las Instituciones de la Unión, especialmente la Comisión Europea, de falta de realismo, burocracia y de concentración de poder. No obstante, estos políticos, para no pillarse los dedos, suelen dejar la puerta entreabierta a soluciones negociadas y, aunque éstas finalmente no les sean favorables, las consideran un éxito propio, jactándose ante su opinión pública nacional y concretamente ante su electorado de que, gracias a su intervención, se está produciendo un cambio lento pero constante que terminará por encauzar los “*excesos denunciados*”. A tal fin, suele utilizarse una técnica refinada consistente en plantear problemáticas que ya están resueltas, ofreciendo soluciones que, total o parcialmente, ya han sido adoptadas y que curiosamente coinciden con los planteamientos que se formulan. Pues bien, este es el caso de la segunda gran iniciativa del premier británico que podría resumirse de la siguiente manera “*Limitar la estancia de los solicitantes de empleo hasta un máximo de seis meses en caso de que no encuentren trabajo en dicho período*”. De este modo, se está sugiriendo, a “*sensu contrario*”, que éste es un ámbito no reglamentado y que como consecuencia, los demandantes de empleo de un Estado pueden desplazarse al territorio de otro Estado y permanecer en él buscando trabajo sin limitación temporal lo que conlleva, aunque no se diga explícitamente, cargas económicas para el Estado de acogida.

2.6. La sentencia Antonissen

Probablemente, el primer Ministro Cameron se habrá asesorado convenientemente por sus servicios competentes, antes de formular esta propuesta de limitación de 6 meses, por, por lo que, en el momento de pronunciar su discurso, era ya consciente que, intencionadamente, estaba introduciendo un elemento de inquietud en una población británica que podría colegir, de las palabras de su mandatario, que el Reino Unido estaba siendo invadido por nacionales de otros Estados a la busca y captura de un empleo, con el consiguiente perjuicio para su sistema de protección social. A este respecto, la posición británica parece reivindicar, con ésta y la anterior propuesta (ver 2.1), que no se desvirtúe la esencia de la libre circulación de trabajadores para que no termine siendo, finalmente, una especie de libre circulación de desempleados que se desplazan por el espacio europeo sin control alguno. A tal fin, lo que reclama el premier británico es que se establezcan unas restricciones que, curiosamente, ya existen y se aplican, sin problema alguno, por las Administraciones nacionales que pueden limitar el período de residencia en el territorio de su Estado a los nacionales de otros Estados que buscan empleo. En este sentido, lo más curioso es que el TJUE ya se ha pronunciado al respecto, precisamente en el Asunto Antonissen contra the Queen⁹, o lo que es lo mismo contra el Reino Unido, por lo que la Administración británica no puede alegar desconocimiento en un tema que ya ha sido resuelto y además a su favor como se verá más adelante. Ergo, el pronunciamiento del Sr. Cameron, al menos en este punto, no responde a una necesidad real ni a una problemática concreta sino que parece que lo que se desea es dar una señal positiva de “*we love you*” a la parte de su electorado

⁹ Ver nota a pie de página 4

euroescéptica que está virando hacia otras formaciones políticas. Con ello se pretende frenar el ascenso fulgurante del UKIP por medio de una actuación decidida, aunque sea ficticia, contra una invasión imaginaria proveniente del continente. Y como ya se sabe que para los enfermos imaginarios la mejor medicina es un placebo y no un fármaco probado, se apresta a ello. Sin embargo, para los amantes de la medicina tradicional, se reproduce a continuación, el Considerando número 9 de la Directiva 2004/38 de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros: *“Los ciudadanos de la Unión deben disfrutar del derecho de residencia en el Estado miembros de acogida durante un período que no supere los tres meses sin estar supeditados a más condiciones o formalidades que la posesión de un documento de identidad o un pasaporte válido sin perjuicio de un tratamiento más favorable, reconocido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para los que buscan empleo”*.

2.7. Las cuestiones prejudiciales del asunto Antonissen

Vayamos al Asunto Antonissen que tanto juego nos está dando. Para ello, nada mejor que reproducir una de las preguntas que en su día formuló el Tribunal remitente británico y que reza así: *¿Con objeto de determinar si debe considerarse como "trabajador" en el sentido del artículo 48 del Tratado CEE al nacional de un Estado miembro cuando busca trabajo en el territorio de otro Estado miembro, de manera que no pueda ser expulsado si no es con arreglo a la Directiva 64/221 del Consejo, de 25 de febrero de 1964, ¿puede la legislación del segundo Estado miembro disponer que se podrá ordenar que el referido nacional abandone el territorio de dicho Estado (con la posibilidad de interponer recurso) si no ha conseguido un empleo transcurridos seis meses desde que fue admitido en el mencionado territorio?* A este respecto, podríamos volver a analizar la nueva propuesta del Premier Cameron y comprobar que la respuesta que el TJUE facilitó al Órgano Jurisdiccional que planteó la correspondiente cuestión prejudicial, puede ser perfectamente válida para la situación actual. De hecho, lo que se pretendía era que se determinara si las disposiciones de Derecho comunitario que regulan la libre circulación de los trabajadores puede limitar hasta 6 meses la permanencia de un solicitante de empleo en el Estado de acogida. Pues bien, el TJUE encara directamente la cuestión planteada y dictamina: *“Las disposiciones de Derecho comunitario que regulan la libre circulación de los trabajadores no son óbice para que la legislación de un Estado miembro establezca que todo nacional de otro Estado miembro que haya entrado en su territorio para buscar allí un empleo pueda ser obligado (sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso) a abandonar dicho territorio si transcurridos seis meses no ha encontrado empleo, a no ser que el interesado pruebe que continúa buscando un empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado”*.

2.8. Seis meses ¿Cláusula de guillotina?

Como podrá comprobarse, el TJUE compartió, con esta sentencia, la decisión de expulsión adoptada por las Instituciones británicas, si bien limitó la cláusula guillotina, haciéndola depender de las posibilidades reales de encontrar trabajo (se sobreentiende en un período previsible y corto de tiempo) así como del cumplimiento de los procedimientos formales de garantía jurisdiccionales. De todos modos, conviene resaltar que esta propuesta entra en conflicto con la primera propuesta que se ha examinado en párrafos precedentes (Ver 2.1) ya que presupone que una persona puede, durante un plazo de 6 meses, buscar

trabajo en el Reino Unido, por lo que parece invalidar o al menos suavizar, el planteamiento de que la libre circulación se limite exclusivamente a la situación de que “*Los trabajadores migrantes deben tener una oferta de trabajo antes de desplazarse al Reino Unido*”. Pequeña contradicción de un político racionalista y cartesiano, perdonable porque en un discurso electoral la coherencia y el comedimiento no son los elementos más característicos y usuales. Ahora bien, todavía puede ofrecerse una interpretación muchísimo más grave y peligrosa de las palabras del Sr. Cameron que, si se confirmase, excederían todo sentido de la racionalidad, pudiéndose considerar como una declaración de guerra en toda regla. En efecto, ante la ausencia de matizaciones podría colegirse que los trabajadores no británicos, ciudadanos de la Unión, que perdieran su empleo en el Reino Unido podrían ser expulsados, transcurrido el período de seis meses en situación de desempleo. En este sentido, no conviene contestar los excesos verbales con paranoias interpretativas por lo que me limito a apuntar una posibilidad que ya, de pasada, descarto por el sentido práctico que caracteriza a la política británica.

2.9. Los efectos colaterales de las adhesiones de Rumanía y Bulgaria

No creo que realmente el premier británico tuviera como punto de mira prioritario la libre circulación de trabajadores sino más bien las consecuencias de la misma. En este sentido, el final del período transitorio aplicable a los trabajadores rumanos y búlgaros y la presencia importante de ciudadanos de estos países que demandan prestaciones asistenciales en el Estado de acogida, está activando la xenofobia latente de una parte de la sociedad que, en un ejercicio de reduccionismo, no diferencia entre ciudadano de la Unión y emigrante de tercer Estado y que considera que se está esquilmando la caja de la Seguridad Social en perjuicio de los propios nacionales. Además, para entender mejor, aunque no justificar, los miedos de la ciudadanía británica, compartidos por otras ciudadanías (alemana, danesa etc.) debe hacerse hincapié en que la Administración británica es muy poco burocrática y en muchos casos renuente a identificar¹⁰ a los solicitantes de prestaciones asistenciales o, aunque lo haga, los controles son de menor intensidad que los que se practican en el continente, centrándose la política disuasoria migratoria especialmente en las fronteras¹¹ y en menor medida en el interior de las Islas.

2.10. Restricciones en el ámbito de la libre circulación de trabajadores para nuevas adhesiones a la UE

Otra de las propuestas, casi ocurrencias, del Primer Ministro Cameron consiste en demandar que los ciudadanos de los nuevos Estados que se adhieran a la UE no disfruten de la libre circulación de trabajadores hasta que sus economías no alcancen los niveles medios de los Estados ya Miembros. Con ello, lo que se pretende es que no se vuelva a repetir la experiencia de los ciudadanos búlgaros y rumanos que, según los políticos británicos y en parte alemanes, han invadido el espacio europeo, arrasando los sistemas de protección social de los Estados de acogida. A este respecto, el fin del período transitorio de la libre circulación de los trabajadores rumanos y búlgaros ha coincidido con un incremento de unas posiciones antieuropeas que han encontrado argumentos para multiplicar las críticas y la

¹⁰ El Reino Unido carece de documento de identificación obligatoria

¹¹ Reino Unido no es parte de Schengen

presión contra la libre circulación de personas y trabajadores, conectando con una parte de la sociedad que teme que la presencia masiva de nacionales de Estados con niveles de vida no comparables con los del Estado de acogida ,implique una competencia desleal en el ámbito laboral y una utilización fraudulenta y abusiva de los beneficios sociales.

2.11. La adhesión del año 2004: una experiencia negativa para el Reino Unido

Quizás, para entender esta propuesta británica para los nuevos Estados y colocarla en su justo término ,convendría recordar que Reino Unido en la época de su boom económico , coincidente con el de España(2004/2009), abrió su mercado laboral de par en par a los trabajadores de los nuevos Estados que se adhirieron a la Unión Europea en el año 2004, lo que unido a que otros países mantuvieron las restricciones a la libre circulación hasta el final del 2011(especialmente Alemania) provocó un aumento cuantitativo y no previsible de los desplazamientos de nacionales de los Estados adherentes al Reino Unido. De hecho, esta experiencia es el germen del posicionamiento actual de la Administración británica en relación con la libre circulación de trabajadores. Por ello, cuando se materializó la entrada de Bulgaria y Rumanía en 2007 a la Unión Europea , el Reino Unido fue uno de los países más reticentes a poner fin al período transitorio de 7 años, agotando todos los plazos previstos al respecto. Sin embargo, a pesar de las limitaciones al movimiento transfronterizo de mano de obra de Bulgaria y Rumanía, los desplazamientos de ciudadanos de estos países por motivos en principio extralaborales alarmó a la opinión pública de algunos Estados Miembros lo que conllevó, a la postre, un endurecimiento de las condiciones para la concesión de prestaciones en Bélgica, Alemania y Reino Unido a todos los ciudadanos europeos , multiplicándose, como consecuencia, las demandas jurisdiccionales internas y también las cuestiones prejudiciales ante el TJUE en las que, como partes demandantes figuraban nacionales rumanos y búlgaros.

2.12. Las invasiones laborales tradicionales de los nuevos Estados miembros

La Unión Europea siempre ha temido las “invasiones” de trabajadores de nuevos Estados Miembros. De hecho, con la adhesión de Grecia y posteriormente de España y Portugal, se introdujeron largos períodos transitorios de 7 años (hasta 10 años para los portugueses en Luxemburgo) que también se aplicaron en las sucesivas ampliaciones de 1 de Mayo del 2004 (Polonia, Hungría, Eslovaquia, República Checa etc.) 1 de Enero de 2007 (Rumanía y Bulgaria) y 1 de julio 2013(Croacia). Por ello, la técnica de la suspensión temporal de la libertad de circulación es perfectamente admisible, si bien parece difícil justificar que en las nuevas adhesiones se aplique todo el acervo comunitario con la única excepción “*sine die*” de libertad de circulación de los trabajadores que debería esperar , según la propuesta británica, para su culminación a algo tan indeterminado como la consecución por parte de los nuevos Estados adherentes de un desarrollo económico similar al de los que ya forman parte de la Unión Europea. De todos modos, como cualquier ampliación exige la unanimidad de los Estados Miembros, bastaría que el Reino Unido condicionase su aceptación al cumplimiento de este requisito para que, al menos en este caso, la Administración británica pudiese, por sí sola, ser determinante en la decisión final. De todos modos, sería difícil que un único Estado Miembro pudiese soportar aisladamente la presión de sus socios de la Unión y el malestar de los nuevos Estados que considerarían un agravio comparativo las nuevas exigencias impuestas. Ahora bien, según las tesis del Reino Unido, la Unión Europea debería limitarse a un mercado económico interior sin dimensiones

políticas federalistas, por lo que no puede descartarse que, a la desesperada, pudiera producirse el temido veto en relación con cualquier nueva adhesión que no contemple sus pretensiones sobre libre circulación

3. LAS PROPUESTAS BRITÁNICAS EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

3.1. La problemática de los sistemas Beveridge

Entiendo que todo artículo es relativamente partidista y éste no es una excepción. Por ello vamos a intentar empatizar, que no compartir, un poco con las propuestas británicas para que no se pueda alegar que sus reivindicaciones no son jamás escuchadas y que sus peticiones son un clamor en el desierto. En este sentido, debe reconocerse que los países que cuentan con un sistema Beveridge más desarrollado son los que se ven más afectados por lo que su suele denominar turismo social. En efecto, los sistemas Bismark, al hacer dependiente el reconocimiento de sus prestaciones al cumplimiento de período de seguro, se ven mucho más libres de abusos y fraudes, dado que su modelo está más orientado a la protección del trabajador como tal, mientras que los sistemas bismarkianos, al ir más dirigidos a la protección del ciudadano, basan la protección en la residencia y no en el trabajo. Pues bien, cabe suponer que las verificaciones de los períodos de residencia resultan siempre más complicadas que los períodos de seguro o de empleo, máxime en países, como el Reino Unido, en que los controles de identidad se han suavizado o desaparecido de facto y, que como norma general, se presume al peticionario un derecho por el simple hecho de presentar la solicitud y demostrar su estado de necesidad. Además, debe tenerse en cuenta que muchas de las prestaciones que configuran los sistemas nacionales, especialmente en los países nórdicos y anglosajones, son de naturaleza no contributiva, situándose mucho más cerca de la asistencia social que de la Seguridad Social, sin que, en algunos supuestos, se exija el cumplimiento de período de residencia alguno. En consecuencia, cuando en las colas de peticionarios se mezcla población autóctona y emigrante y teniendo en cuenta los recortes que, con motivo de la crisis, se están introduciendo, no es de extrañar que los discursos xenófobos calen en parte del electorado nacional. De todos modos, para entender, aunque, repito, no se compartan estos planteamientos, nada mejor que acudir a un ambulatorio español ubicado en un barrio de gran presencia de migrantes o tener que visitar la sala e urgencia de un hospital y estar atentos a los comentarios al respecto, sobre todo en caso de que las listas de espera se eternicen. Y es que la asistencia sanitaria en España es una prestación no contributiva que sigue el modelo Beveridge por lo que siempre se pone de ejemplo por políticos populistas cuando se habla de fraude y abuso de las prestaciones por partes de ciudadanos de otros Estados.

3.2. El efecto llamada de los Estados más proteccionistas socialmente. Algunos datos estadísticos

Por otra parte, y abundando en las tesis británicas, cuando las prestaciones que se conceden son generosas, puede producirse un efecto llamada, propiciado por su atrayente sistema de bienestar social. Si además, y continuo con la argumentación británica, se cuenta con un mercado de trabajo que ofrece, especialmente en época de crisis, posibilidades laborales y protección social mientras se encuentra trabajo, el escenario está ya completo. Por ello, alegan, siempre se producirán desplazamientos bien por motivos estrictamente

laborales bien, y esto tampoco convendría olvidarlo, con el único motivo de beneficiarse de una protección social que ni por intensidad ni por extensión, puede reconocerse en el Estado del que proviene el demandante de empleo o el solicitante de prestaciones. Sin embargo, cuando se comprueba la realidad y la tozudez de los datos y de las estadísticas, podremos apreciar que lo que se quiere vender como un problema de primera magnitud, es simplemente una excepción numérica que afecta a colectivos específicos de dimensión reducidísima. En realidad se está generando una inquietud artificial y creándose una alarma social destinada a combatir las frustraciones de una parte de la población que debe buscar un culpable más débil por comprender y admitir la política de recortes de sus Gobiernos. La explicación que suele utilizarse a tal efecto, es que los ciudadanos extranjeros no contribuyen en la financiación del sistema de seguridad social del que se benefician abusivamente, olvidándose que si bien alguno de ellos, por su nivel de ingresos o por no ser considerados como sujetos fiscales, no presentan declaración de renta y no contribuyen con impuestos directos, todos los residentes financian las prestaciones no contributivas con impuestos indirectos a través, por ejemplo del IVA, con lo que aunque sea en una medida mínima, se trata de personas que no pueden escapar del sistema impositivo del país de acogida. En este sentido, resulta interesante ofrecer algunas cifras al respecto que resultan significativas para el propósito de este trabajo. Así, el Centro de Investigación y Análisis de Migración de la UCL (CReAM en inglés) de Londres ha publicado un estudio que demuestra que la ciudadanía procedente de la UE tiene un impacto económico positivo en el Reino Unido. El análisis, escrito por dos investigadores¹², destaca que los inmigrantes europeos contribuyeron entre 2001 y 2011 con más de 20.000 millones de libras (unos 25.000 millones de euros) a las finanzas públicas. Asimismo, con respecto a la percepción de prestaciones, la publicación destaca que los inmigrantes que llegaron desde el año 2000 tienen un 43% menos de posibilidades que los nativos de recibir beneficios sociales y exenciones fiscales. A este respecto, sus posibilidades de acceder a viviendas sociales son también menores en un 7%. El estudio también demuestra que desde el año 2000, la media de los inmigrantes procedentes de los Estados miembros está más preparada que los nativos: el 62% de los inmigrantes de los originales 15 países de la UE tiene un título universitario frente al 24% de los británicos. También los inmigrantes procedentes de Europa Central y del Este (Bulgaria, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia y Rumanía) están ligeramente más capacitados que los nativos, ya que un 25% ha terminado la universidad. Esto implica que, valorando los gastos en materia de educación que el Reino Unido habría tenido que soportar para formar a los licenciados de otros Estados Miembros que desarrollan su actividad laboral en el Reino Unido, las arcas públicas de la Administración británica se habrían ahorrado aproximadamente 8.000 millones de euros. Además, durante el período de 2001 a 2011, los inmigrantes europeos de la UE-15 aportaron el 64% más en impuestos de lo que reciben en beneficios y los inmigrantes de los países del Este de Europa contribuyeron en un 12% más de lo que recibieron. En cambio, en su conjunto, los ciudadanos británicos recibieron aproximadamente 800.000 millones de euros más de lo que aportaron fiscalmente en ese período de tiempo. En consecuencia, podría plantearse si la inmigración es el problema o la solución y si, puestos a aplicar medidas radicales no convendría que los inmigrantes sirvieran de ejemplo a los británicos a la hora de solicitar prestaciones sociales y pagar impuestos.

¹² Prof. Christian DustmanDr. Tommaso Frattini “*Yes, EU immigrants do have a positive impact on public finances*” Publication date: Nov 05, 2014 11:10 AM

3.3. ¿Alemania aliada del Reino Unido?

Probablemente, la situación descrita también podría ser extensible a otros países como la República Federal de Alemania que también ve renacer movimientos xenófobos que culpabilizan a la libre circulación de trabajadores de algunos de los males que aquejan a su Estado del Bienestar. Así, en el año 2013, residían en Alemania cerca de tres millones de ciudadanos no alemanes de la UE, de los cuales, solamente 300.000 recibían beneficios sociales (la mayoría de ellos, perceptores de prestaciones familiares). Sin embargo, en un informe presentado en el año 2014 por los Ministros de trabajo e Interior alemanes, denominado “*Cuestiones jurídicas y desafíos en el uso de los sistemas de seguridad social por parte de los nacionales de los Estados Miembros de la UE*”, se defiende la adopción de medidas para restringir el acceso a las prestaciones con lo que, según los Ministros alemanes se estaría limitando lo que ellos mismos califican como “*La inmigración de la pobreza*”, o, lo que es lo mismo, el desplazamiento de colectivos concretos con la única intención de recibir prestaciones sociales. Sin embargo, aunque la política alemana presenta ciertas similitudes con la línea ideológica británica, su objetivo es totalmente distinto ya que los ministros alemanes afirman, y pienso que con cierta credibilidad, que de lo que tratan es de combatir el fraude y el abuso en la percepción de beneficios pero que de ningún modo están cuestionando la libre circulación de trabajadores. Y como muestra de su buena voluntad el Viceministro del Interior Guenter Krings declaró en la presentación del estudio “*La libre circulación de trabajadores es uno de los pilares de la Unión Europea*” “*pero la libre circulación tiene un propósito: encontrar un lugar para trabajar o estudiar*” “*Si Usted no tiene una posibilidad de conseguir empleo no reúne las condiciones necesarias para la libre circulación*”. En consecuencia, aunque el enfoque alemán tiene también un marcado acento electoralista dirigido a frenar el ascenso de partidos extremistas, no está poniendo en pregunta la esencia de la libre circulación de trabajadores sino, en parte, la libre circulación de personas y su repercusión en los sistemas de protección social de los países de acogida. Así, la posición alemana se centra en limitar el efecto llamada mientras que el planteamiento británico hace hincapié en el control nacional de la libre circulación de trabajadores de forma similar a como se actúa con la inmigración proveniente de terceros Estados.

3.4. El Tribunal de Justicia y la Comisión Europea valedores de la libre circulación de trabajadores

Antes de continuar analizando el discurso del premier británico me voy a permitir una pequeña digresión para ofrecer una panorámica amplia de esta corriente opositora que, aunque con distintas intensidades, está afectando a los actuales desplazamientos laborales transfronterizos. A este respecto, debe reconocerse que la libre circulación de trabajadores y personas ha tenido como valedores privilegiados al Tribunal de Justicia y a la Comisión Europea. Por ello, cualquier incertidumbre que generen estas dos Instituciones, suelen ser aprovechadas por los Estados Miembros para intentar recuperar protagonismo y potenciar las competencias nacionales. Así, en los últimos meses se ha podido apreciar una línea de actuación menos firme por parte de los hasta ahora defensores acérrimos de la libertad de circulación, que han virado hacia posiciones más matizadas que coinciden en parte con ciertas tendencias emergentes en la sociedad europea.

3.5. ¿Mantiene la Comisión Europea su posición tradicional sobre libre circulación de trabajadores?

Un punto de inflexión en esta deriva parcialmente restrictiva lo constituye la Comunicación¹³ de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre “*Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de su familias: cinco medidas clave*”. En este documento se hace un pronunciamiento previo de principio del que podría colegirse que la Comisión pretende ofrecer respuestas positivas en favor de los desplazamientos transfronterizos: “*El derecho de los ciudadanos de la UE a desplazarse y residir libremente en cualquier país de la UE, junto con los miembros de su familia, es una de las cuatro libertades fundamentales consagradas en la legislación de la UE y una piedra angular de la integración de la UE*”. A este respecto, la Comunicación parece continuar, en sus primeras afirmaciones, en la senda tradicional de respeto máximo de los derechos de los ciudadanos europeos en sus traslados interestatales cuando señala textualmente: “*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) Para los ciudadanos de la UE, la libre circulación es el derecho más estrechamente asociado a la ciudadanía de la Unión¹⁴: el 56 % de ellos la consideran el mayor logro de la UE¹⁵ y el 67 % estima que la libre circulación aporta beneficios económicos a la economía de su país*”.

3.6. La Comunicación de la Comisión sobre Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave

Sin embargo, la Comunicación, acto seguido, comienza a mostrar su propósito manifiesto de fijar su posición y acercarse, aunque sea parcialmente, a la problemática surgida en el espacio europeo “*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*”. De todos modos, y para que no se la tilden de seguidista de las posiciones más o menos radicales de algunos Estados Miembros, la Comisión, basculando entre su función de guardiana de los Tratados y su obligación de propiciar consensos señala: “*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*

¹³ COM (2013)837 final.25 de Noviembre 2013

¹⁴ Flash Eurobarómetro 365, febrero 2013, http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_365_en.pdf.

¹⁵ Eurobarómetro estándar 79, mayo 2013, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb79/eb79_en.htm.

otros 5 (Alemania, Finlandia, Francia, Países Bajos y Suecia), y más del 5 % en Bélgica e Irlanda. Reciente estudios¹⁶ 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". Perfecto, pero....

3.7. La Comunicación de la Comisión y las prestaciones sociales

En un ejercicio de cal y de arena, la Comisión se adentra en los vericuetos de los derechos pero también fundamentalmente de las limitaciones en el acceso a las prestaciones sociales. Por supuesto, en sus apreciaciones y pronunciamientos el análisis de la Comisión se ajusta a la literalidad del derecho primario y derivado. No obstante, una Comunicación que en principio estaba concebida para defender la libre circulación se convierte finalmente en una base o argumento para que los Estados Miembros apliquen una serie de restricciones validadas y, en parte sancionadas por la propia Comisión. Como botón de muestra, nada mejor que utilizar el texto de la Comunicación: *“Los ciudadanos de la UE que residen legalmente en otro Estado miembro de la UE también deben recibir el mismo trato que los nacionales, pero existen salvaguardias para proteger al Estado miembro de acogida frente a cargas financieras no razonables. 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. Para el período posterior de residencia, hasta los 5 años, es poco probable que los ciudadanos de la UE, en la práctica, puedan tener derecho a prestaciones de asistencia social, ya que para adquirir el derecho de residencia tendrían que demostrar a las autoridades nacionales que disponen de recursos suficientes, que generalmente suelen ser, a título orientativo, iguales o superiores al umbral de ingresos con arreglo al cual se concede asistencia social. En casos específicos, la solicitud de asistencia social puede dar lugar a dudas razonables por parte de las autoridades nacionales con respecto a si la persona podría convertirse en una carga excesiva para el sistema de asistencia social. 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 período 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”*. Para algunos Gobiernos, ávidos de contentar a la parte de la sociedad más euroescéptica, la Comunicación de la Comisión ha sido considerada como un apoyo indirecto a las tesis más restrictivas, dando alas a actuaciones consistentes en denegación de permisos de residencia, rechazo en la concesión de prestaciones y amenazas, hasta ahora no cumplidas, de expulsión de ciudadanos europeos. Por ello, países como Bélgica, Alemania, han dado un paso adelante a la hora de endurecer requisitos y condiciones de residencia, lo

¹⁶ Véase, por ejemplo, la bibliografía del Informe ICF-GHK Milieu en CEPS, *Social benefits and migration. A contested relationship and policy challenge in the EU* (Prestaciones sociales y migración. Una relación controvertida y un reto político en la UE).

que ha propiciado que el Reino Unido se atreva a lanzar iniciativas y propuestas no solo en relación con el uso abusivo de los sistemas de protección social sino lo que es mucho más grave, contrarios a la esencia de la libre circulación de trabajadores.

3.8. Las prestaciones sociales y los solicitantes de empleo. La cuestión prejudicial Alimanovic

En el discurso de Cameron, y retomamos las líneas directrices de este trabajo, una de las propuestas más impactantes por su repercusión en la opinión pública ha sido introducir restricciones al acceso de la protección social de los solicitantes de empleo. A este respecto, conviene señalar que es ésta una problemática que nuevamente comparten otros Estados Miembros (concretamente Alemania). En efecto, lo que temen estos países es que haya una avalancha de desempleados de otros Estados Miembros que, mientras buscan trabajo, se benefician de prestaciones sociales. Esto estaría provocando, según las autoridades de estos países, el tan reiterado efecto llamada así como una utilización desmedida, fraudulenta y abusiva de los sistemas de protección social de los Estados de acogida, desvirtuándose de algún modo el principio de libre circulación de trabajadores ya que, en algunos casos, más que demandantes de empleo nos encontraríamos con demandantes de ayuda social. Pues bien, este planteamiento enunciado y denunciado por Cameron parece especialmente oportunista por prematuro. En efecto, está pendiente de fallo jurisdiccional un asunto alemán¹⁷ que, como cuestión prejudicial, se plantea precisamente esta problemática. Por ello, cuando se resuelva se aclarará si el Reglamento 883/2004¹⁸ de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social es aplicable en los supuestos de demandantes de empleo de otros Estados Miembros que soliciten prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto en el Estado de acogida mientras buscan trabajo en su territorio. A este respecto, conviene señalar que estas prestaciones especiales no contributivas son aquellas que, además de ser financiadas exclusivamente con impuestos, ofrecen una cobertura adicional sustitutoria o auxiliar de los riesgos tradicionales mencionados en el campo de aplicación material del Reglamento 883/04¹⁹. En este sentido, se trata de prestaciones que son una mezcla de seguridad social y asistencia social. El ejemplo más característico español serían las pensiones de invalidez y jubilación, en su modalidad no contributiva, incluidas en el artículo 38 de la Ley General de Seguridad Social que se conceden, sujetas a límite de ingresos, cuando no existe derecho a las prestaciones de similar naturaleza de tipo contributivo o cuando la cuantía de estas últimas sea inferior a la establecida para las de tipo no contributivo. Pues bien, el Órgano Jurisdiccional alemán que remite la cuestión prejudicial pregunta al TJUE *¿Es aplicable el principio de igualdad de*

¹⁷ Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundessozialgericht (Alemania) el 10 de febrero de 2014 – Jobcenter Berlin Neukölln / Nazifa Alimanovic y otros (Asunto C-67/14).

¹⁸ DOUE número L 166 de 30 de Abril de 2004; corrección de errores DOUE número L 200 de 7 de Junio de 2004.

¹⁹ Artículo 3 del Reglamento 883/04 Campo de aplicación material. “El presente Reglamento se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con :a) las prestaciones de enfermedad ;b) las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; c) las prestaciones de invalidez; d) las prestaciones de vejez; e) las prestaciones de supervivencia; f) las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; g) los subsidios de defunción; h) las prestaciones de desempleo ;i) las prestaciones de prejubilación ;j) las prestaciones familiares”

trato del artículo 4²⁰ del Reglamento (CE) n° 883/2004 – también a las prestaciones especiales en metálico no contributivas? Y añade el Tribunal remitente, “En caso de que se responda afirmativamente a la primera cuestión: ¿es posible (y, en tal caso, hasta qué punto) limitar el principio de igualdad de trato del artículo 4 del Reglamento (CE) n° 883/2004 mediante disposiciones de Derecho nacional en virtud de las cuales no se puede acceder a dichas prestaciones, sin excepción alguna, cuando el ciudadano de la Unión tiene derecho a residir en otro Estado miembro exclusivamente por el hecho de buscar empleo?” Finalmente, rubrica el Tribunal Supremo Social alemán las dos preguntas formuladas con otra que sirve de colofón y que debe considerarse decisiva *¿Se opone el artículo 45 TFUE, apartado 2,²¹ en relación con el artículo 18²² TFUE a una disposición nacional que, sin excepción alguna, niega a los ciudadanos de la Unión que invocan su derecho a la libre circulación como demandantes de empleo una prestación social dirigida a asegurar la subsistencia y que a la vez facilita el acceso al mercado laboral, durante el tiempo en que disfruten del derecho de residencia sólo debido al hecho de buscar empleo, con independencia de la vinculación que mantengan con el Estado de acogida?*

3.9. Alimanovic y la prestación alemana de desempleo Hartz 4

Para facilitar la comprensión al lector de esta enrevesada cuestión prejudicial, debe explicarse que en Alemania existe una prestación no contributiva de desempleo (Hartz 4) que actúa como asistencia social y que puede concederse a los demandantes de empleo mientras buscan y encuentran trabajo. A este respecto, conviene señalar que los ciudadanos alemanes, lógicamente, disfrutan de estos beneficios y también los trabajadores de otros Estados Miembros que, habiendo desarrollado actividad laboral o económica en Alemania, han perdido su empleo. Sin embargo, lo que quiere aclarar y dilucidar el Tribunal alemán es si, a título de ejemplo, un nacional español que se desplace a Alemania para buscar un empleo (situación muy normal) y que, tal como se ha visto en párrafos precedentes, tiene al menos 6 meses de residencia legal (ver asunto Antonissen), puede en dicho período solicitar y beneficiarse, entre otras prestaciones, del subsidio asistencial alemán Hartz 4 hasta que encuentre trabajo. No voy a desarrollar dotes adivinatorias y dejo a cada uno que decida por su cuenta cual va a ser la decisión final que se adopte. En este sentido la prudencia es una buena consejera máxime cuando se trata de predecir el resultado de la sentencia que vaya a recaer en algún caso concreto. Por ello, y volviendo al discurso de Cameron y a su pretensión concreta de limitar e introducir restricciones al acceso de la protección social de los solicitantes de empleo, podría considerarse que nos encontramos ante una presión política de primera magnitud para influir en que el fallo jurisdiccional sea favorable a los intereses británicos, y de paso alemanes. También podría pensarse que la Administración británica ya presupone que el pronunciamiento les va a ser propicio por lo que Cameron podrá afirmar en los meses próximos que, por una vez, el TJUE ha atendido sus demandas, lo que implica que ya ha comenzado el viraje hacia sus posicionamientos por lo que se está siguiendo la

²⁰ “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”.

²¹ “La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”.

²² “En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”

dirección correcta. Por último, si el TJUE dictara un fallo reconociendo el derecho de los solicitantes de empleo a percibir prestaciones sociales, se reforzaría la reivindicación británica de que debe producirse un giro de 180 grados en el ámbito de la libre circulación de trabajadores. A eso se llama, en Europa, una estrategia win win.

3.10. El asunto Dano

Ya se ha señalado anteriormente que ciertos pronunciamientos o demandas del Primer Ministro Cameron han sido contemplados y atendidos por el derecho derivado, habiéndose dictado sentencias al respecto que posibilitan que las Administraciones nacionales puedan combatir el abuso o el fraude en la percepción de prestaciones sociales por parte de nacionales de otros Estados miembros en el nuevo país de acogida. En este sentido, las declaraciones y propuestas que se formulan juegan ya con la presunción de que van a ser aceptadas, teniendo en cuenta, sobre todo, que ya existe, en algunos casos, jurisprudencia al respecto, por lo que se juega en territorio conquistado. Así en su momento, cuando llegue la hora de recoger los frutos y contabilizar derrotas y victorias, podrá argumentarse que las reivindicaciones británicas, en esta proposición, han tenido éxito y que la Unión Europea se está plegando a los posicionamientos del Reino Unido. De hecho, Cameron defiende la denegación de acceso a las prestaciones sociales a personas que no realizan actividad laboral alguna, inactivos y cuya motivación fundamental para los desplazamientos transfronterizos no es de índole laboral. A este respecto conviene recordar que el discurso de Cameron se pronunció el 28 de noviembre pasado cuando ya se había dictado por el TJUE la sentencia en el asunto Elisabeta Dano²³ que precisamente se refiere a la problemática que estamos examinando.

3.11. Las cuestiones formuladas por el órgano jurisdiccional remitente en el asunto Dano

El fondo de esta cuestión prejudicial se centra en el reconocimiento de prestaciones sociales no contributivas a personas que no se consideran trabajadores pero que de facto tienen una residencia tolerada en un Estado miembro. Nos encontramos en consecuencia con un procedimiento jurisdiccional similar al que como cuestión todavía prejudicial, se analizó en párrafos precedentes (Jobcenter Berlin Neukölln / Nazifa Alimanovic y otros, Asunto C-67/14), con la diferencia que en el asunto Dano se trata de personas inactivas económicamente y no con solicitantes de empleo. Pues bien, el órgano jurisdiccional alemán remitente en el asunto Dano formuló una serie de preguntas al TJUE, cuya redacción se ha simplificado aquí para hacerla más asequible al lector, “¿Pueden los Estados miembros, en virtud del artículo 4²⁴ del Reglamento n° 883/2004, excluir total o parcialmente a ciudadanos de la Unión necesitados de la percepción de prestaciones sociales de subsistencia no contributivas del Reglamento [n° 883/2004] –que sí se conceden a los propios nacionales en la misma situación– para evitar asumir una carga excesiva de dichas prestaciones? En caso de respuesta negativa a esta cuestión: ¿tienen prohibido los Estados miembros excluir total o parcialmente a ciudadanos de la Unión necesitados de la percepción de prestaciones sociales de subsistencia no contributivas, en virtud de la Directiva 2004/38 (Directiva de residencia)

²³ Asunto C-333/13 Elisabeta Dano, Florin Dano y Jobcenter Leipzig. Sentencia de 11 noviembre de 2014

²⁴ Ver nota nº14 de este trabajo

–que sí se conceden a los propios nacionales en la misma situación– para evitar asumir una carga excesiva de dichas prestaciones?

3.12. El asunto Dano y el Reglamento 883/04

En consecuencia, el Tribunal alemán plantea en primer lugar si en virtud del principio de igualdad de trato contenido en el artículo 4 del Reglamento 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de seguridad social y que incluye, en su campo de aplicación subjetivo (debe recordarse este extremo) a personas no activas, pueden denegarse a estas personas prestaciones especiales no contributivas cuya concesión está basada en la residencia y en una determinada situación de necesidad. Lamentablemente el TJUE centra todo su fallo jurisdiccional en la aplicación de la Directiva de residencia 2004/38 y solamente hace una referencia indirecta al Reglamento 883/04 al señalar: *“La misma conclusión se impone por lo que se refiere a la interpretación del artículo 4 del Reglamento nº 883/2004. En efecto, las prestaciones de que se trata en el litigio principal, que constituyen «prestaciones especiales en metálico no contributivas» en el sentido del artículo 70, apartado 2, de dicho Reglamento, únicamente se facilitan, en virtud del apartado 4 de este mismo artículo, en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan, y de conformidad con su legislación. De ello se desprende que nada se opone a que la concesión de tales prestaciones 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 en virtud de la Directiva 2004/38 en el Estado miembro de acogida (véase, en este sentido, la sentencia Brey, EU: C: 2013:565, apartado 44)”*.

3.13. Asunto Dano. Prestaciones sociales y ejercicio de actividades económicas

Debe reconocerse que en este fallo jurisdiccional el Tribunal escurre el bulto y adopta, finalmente, una decisión, no tanto en base al Reglamento 883/04, sino a la Directiva 2004/38. En este sentido, el TJUE señala: *“Por lo tanto, para apreciar si los ciudadanos de la Unión que no ejercen una actividad económica, en la situación de los demandantes en el litigio principal, cuyo período de residencia en el Estado miembro de acogida ha sido superior a tres meses pero inferior a cinco años, pueden invocar la igualdad de trato respecto de los nacionales de este último Estado miembro por lo que se refiere al derecho a percibir prestaciones sociales, procede examinar si la residencia de dichos ciudadanos cumple los requisitos del artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38. Entre ellos figura la obligación de que el ciudadano de la Unión que no ejerce una actividad económica disponga, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes. Admitir que personas que no disfrutan del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 puedan reclamar un derecho a percibir prestaciones sociales en las mismas condiciones que las aplicables a los propios nacionales iría en contra de un objetivo de dicha Directiva, recogido en su décimo considerando, consistente en evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. A este respecto, es necesario añadir que, por lo que se refiere al requisito de disponer de recursos suficientes, la Directiva 2004/38 distingue entre, por un lado, quienes ejercen una actividad profesional y, por otro, quienes no la ejercen. Según el artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/38, el primer grupo de ciudadanos de la Unión que se encuentran en el Estado miembro de acogida disponen del derecho de residencia sin tener que cumplir ninguna otra condición. En*

cambio, si se trata de personas que no ejercen una actividad económica, el artículo 7, apartado 1, letra b), de dicha Directiva exige que cumplan el requisito de disponer de recursos propios suficientes. Por consiguiente, es preciso señalar que el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38, pretende impedir que los ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica utilicen el sistema asistencial del Estado miembro de acogida para garantizar su subsistencia. Por lo tanto, un Estado miembro debe tener la posibilidad, con arreglo al citado artículo 7, de denegar las prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica y ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de recursos suficientes para optar al derecho de residencia”.

3.14. El asunto Dano y la Directiva 2004/38

Lógicamente, como consecuencia de estos considerandos que se han reproducido, la sentencia era previsible “*La Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir en el territorio de los Estados miembros y el Reglamento 883/2004 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual se excluyen a nacionales de otros Estados miembros de la percepción de determinadas prestaciones especiales en metálico, no contributivas, siendo así que tales prestaciones se garantizan a los nacionales del Estado miembro de acogida que se encuentran en la misma situación en la medida de que dichos nacionales de otros Estados miembros no disfruten del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 en el Estado miembro de acogida*”. En resumen, las Administraciones nacionales ya cuentan con mecanismos e instrumentos, por ejemplo con esta para mí incompleta sentencia, para combatir el peligro del turismo social o el turismo de los pobres. Por tanto, el premier Cameron podrá afirmar que ha ganado esta batalla aun antes de iniciarla. Enhorabuena.

3.15. El asunto Peter Brey

Como la crónica de una muerte anunciada, el resultado de la sentencia recaída en el asunto Dano era totalmente previsible máxime teniendo en cuenta el fallo jurisdiccional dictado en el asunto Pensionsversicherungsanstalt y Peter Brey²⁵. A este respecto, el relato de los hechos es el siguiente: El Sr. Brey y su esposa, ambos de nacionalidad alemana, abandonaron Alemania para instalarse en Austria durante el mes de marzo de 2011. El Sr. Brey percibe en Alemania una pensión de invalidez por un importe bruto mensual de 862,74 euros y una asignación de dependencia mensual de 225 euros. La pareja carece de otro tipo de ingresos o patrimonio. La esposa del Sr. Brey percibía en Alemania una prestación básica (prestación no contributiva), que, debido a su instalación en Austria, dejó de abonársele a partir del 1 de abril de 2011. Mediante resolución de 2 de marzo de 2011, la Pensionsversicherungsanstalt austríaco desestimó la solicitud del Sr. Brey de concesión de un suplemento compensatorio a partir del 1 de abril de 2011 debido a que, por la escasa cuantía de su pensión, el Sr. Brey no disponía de recursos suficientes para justificar la residencia legal en Austria.

²⁵ Asunto 140/12. Sentencia de 19 de septiembre del 2013

3.16. El asunto Peter Brey: un círculo vicioso

El problema que plantea el órgano jurisdiccional remitente es la típica figura de la pescadilla que se muerde la cola. Para reconocer una prestación especial no contributiva es necesario tener 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. Sin embargo el TJUE, tradicionalmente tan generoso defensor de los derechos del trabajador migrante, o de los ciudadanos que se desplazan transfronterizamente, se muestra reticente y confuso y con un estilo Oráculo de Delfos sugiere más que dice, exigiendo un esfuerzo de interpretación al señalar: *“Por tanto, no cabe deducir que el Derecho de la Unión se oponga a una disposición nacional, como la discutida en el litigio principal, que supedita el derecho a una prestación especial en metálico no contributiva a la exigencia de cumplir los requisitos para disponer del derecho de residencia legal en el Estado miembro de que se trate. Pues bien, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta 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 disponer del derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida. Es preciso recordar que el derecho de los nacionales de un Estado miembro a residir en el territorio de otro Estado miembro sin ejercer en él una actividad laboral o profesional no es incondicional. De ello resulta que, mientras que el Reglamento n° 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 de la Unión, cuando éstos ya no tengan la condición de trabajador, 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. No obstante, las autoridades nacionales competentes no pueden deducir tal conclusión sin haber procedido a una apreciación global de la carga que supondría concretamente la concesión de esta prestación sobre todo el sistema nacional de asistencia social en función de las circunstancias individuales que caracterizan la situación del interesado. En efecto, en primer lugar, debe señalarse que la Directiva 2004/38 no excluye en absoluto cualquier posibilidad de conceder, en el Estado miembro de acogida, prestaciones sociales a los nacionales de otros Estados miembros. La Directiva 2004/83 admite una cierta solidaridad económica de los nacionales del Estado miembro de acogida con los de otros Estados miembros, en particular, si las dificultades que atraviesa el beneficiario del derecho de residencia tienen carácter temporal. Pues bien, de los apartados 64 a 72 de la presente sentencia resulta 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. A partir de estos considerando el Tribunal dictamina: “El Derecho de la Unión... debe interpretarse en el sentido que se opone a una normativa de un Estado miembro que, incluso para el periodo posterior a los tres primeros meses de residencia, excluye en cualquier circunstancias y de manera automática la concesión de una prestación, como el suplemento compensatorio austriaco, a un nacional de otro Estado miembro que no ejerce una actividad económica porque éste no cumple los requisitos para disfrutar del derecho de residencia legal en el territorio del primer Estado dado que la existencia de tal derecho de residencia está supeditada a la*

exigencia de que dicho nacional disponga de recursos suficientes para no solicitar la citada prestación”.

3.17. Análisis comparativo: Dano versus Brey

Puede colegirse perfectamente que el TJUE ha sido muy complaciente tanto en la sentencia Dano como en la sentencia Brey con los intereses nacionales o mejor dicho nacionalistas de los Estados miembros. Bien es verdad que en el fallo jurisdiccional recaído en el asunto Brey parece limitar las competencias de las Administraciones de los Estados miembros para rechazar los permisos de residencia de manera automática cuando se hace uso de prestaciones no contributivas de tipo mixto o prestaciones de asistencia social (dos denominaciones para una misma figura según el propio Tribunal, dependiendo de que se haga referencia al Reglamento 883/04 o a la Directiva 2004/38). Personalmente me parece que el Tribunal debería haberse fijado mucho más en el Reglamento 883/04 que en la Directiva 2004/38. En efecto, al regular las prestaciones especiales no contributivas del tipo mixto del artículo 70²⁶, el legislador del Reglamento 883/04 opta por la no exportación de este tipo de exportaciones (inaplicación artículo 7, supresión de las cláusulas de residencia). En consecuencia, en el supuesto del Sr. Brey, este tipo de prestaciones a las que podía tener derecho la esposa, en virtud de la legislación de Alemania, su Estado de origen, no son exportables a Austria porque se reconoce que únicamente es el Estado de residencia el competente para otorgar estos beneficios sociales. Pues bien, si el legislador comunitario ha adoptado esta regulación restrictiva no debería endurecerse aún más la normativa existente, exigiendo, además, que los interesados, para tener residencia legal, en este caso en Austria, no soliciten este tipo de prestaciones. Ahora bien, si éstas fueran exportables podría entenderse esta regulación y la interpretación del TJUE. En efecto, en este caso, Alemania hubiera exportado a la Sra. Brey todas las prestaciones a las que podría tener derecho. Sin embargo, y dado que el artículo 70 del Reglamento 883/04 solamente admite como Estado competente el de residencia para estas prestaciones, no es lógico que adicionalmente se limite la concesión de las mismas o se condicione la residencia precisamente a que no se tenga necesidad de ellas, pudiéndose denegar el permiso de residencia a los interesados que por su situación económica tengan que acogerse a las mismas. Asimismo, una argumentación similar podría valer en el asunto Dano, ya que si el Reglamento 883/04, además de a los trabajadores y pensionistas, incluye las personas no activas, lo lógico es que éstas puedan

²⁶ *El presente artículo 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. A efectos del presente capítulo, 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. El artículo 7 y los demás capítulos del presente título no se aplicarán a las prestaciones mencionadas en el apartado 2 del presente artículo. Las prestaciones recogidas en el apartado 2 únicamente serán facilitadas en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan, y de conformidad con su legislación. Esas prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia.*

disfrutar también de estas prestaciones no contributivas contempladas en el artículo 70 del referido Reglamento sin requisitos adicionales. La secuencia lógica, en puridad jurídica, sería reconocer el derecho y si posteriormente se desea proceder a la retirada del permiso de residencia y/o a la expulsión del territorio nacional, actuar en consecuencia. Por tanto, como puede verse, la propuesta de Cameron en este punto ya cuenta con todos los parabienes de las Instituciones de la Unión por lo que resulta superflua y meramente electoralista. No aporta nada nuevo y realmente lo que busca es que su electorado le considere el promotor de unas reformas que son innecesarias porque la interpretación del TJUE en relación con el derecho de la Unión es ya clara, contundente y favorable a los intereses británicos.

3.18. ¿Periodo de espera de cuatro años para los trabajadores migrantes en la concesión de prestaciones sociales?

Otro de los elementos estrella del discurso de Cameron es la condicionalidad de que los trabajadores migrantes deban esperar cuatro años para tener derecho a algunas prestaciones sociales. El ataque, en este caso, se dirige tanto contra el principio de libre circulación de trabajadores como contra el principio de igualdad de trato. En consecuencia, la propuesta de Cameron requeriría, para su materialización, una modificación sustancial de los Tratados, lo que quebraría los pilares de la Unión Europea, transformándola en un mercado en el que las mercancías, los capitales, los servicios podrían circular libremente mientras que las personas tendrían limitado y restringido la movilidad transfronteriza. Ahora bien, siempre existe una solución si lo que desea es que ciertas prestaciones, fundamentalmente aquellas consideradas como especiales no contributivas de tipo mixto, dependan del cumplimiento de períodos de residencia. Simplemente, este requisito debería exigirse tanto a nacionales como a no nacionales, con lo que la igualdad de trato se respetaría totalmente. De hecho, por ejemplo, las prestaciones no contributivas españolas de invalidez y jubilación exigen, para su concesión, 5 o 10 años, respectivamente, de residencia en España, siendo aplicable tanto a los españoles como a los ciudadanos de otros Estados Miembros. Pues bien, no existiría problema alguno si los requisitos que se quieren establecer en el Reino Unido para la concesión de algunas prestaciones se condicionaran, sin discriminación de nacionalidad, al cumplimiento de 4 años de residencia. No obstante, de ningún modo podría admitirse que a los trabajadores migrantes, ciudadanos de la Unión Europea se les tratara de forma distinta que a los nacionales británicos. De hecho, una norma de esta índole vulneraría frontalmente el artículo 18 del TFUE²⁷, artículo 45, apartado 2²⁸ del TFUE, el artículo 4 del Reglamento 883/04²⁹ y el artículo 2³⁰ del Reglamento 429/11. De todos modos, y ahondando todavía más en la propuesta de Cameron, previa aceptación de la premisa de que se puede exigir el cumplimiento de períodos de residencia para nacionales y no nacionales, no debería

²⁷ “En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”

²⁸ “La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”.

²⁹ 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.

³⁰ Todo nacional de un Estado miembro y todo empresario que ejerzan una actividad en el territorio de un Estado miembro podrán intercambiar sus demandas y ofertas de empleos, formalizar contratos de trabajo y ejecutarlos de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en vigor, sin que de ello pueda resultar discriminación alguna.

olvidarse que el principio de totalización de períodos está contemplado expresamente en el TFUE, cuyo artículo 48 establece textualmente “*El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, 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.* También en el derecho derivado la totalización, agregación o acumulación de períodos queda recogida con una prístina claridad. Así, en el artículo 6 del Reglamento 883/04 se señala : “*Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine: la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones, la admisión a una legislación, o el acceso o la exención del seguro obligatorio, voluntario o facultativo continuado, al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación de dicha institución aplica*”. En consecuencia, la propuesta de Cameron solamente es aceptable, siempre que se aplique a nacionales y no nacionales. Sin embargo es de temer que sus propios votantes se revolverán ante la idea de que pueda endurecerse los requisitos, también para ellos, para el acceso a las prestaciones. Además debe tenerse en cuenta que si se estableciese el condicionamiento de 4 años de residencia en el Reino Unido, ocurriría que un español por ejemplo, podría totalizar los períodos de residencia cumplidos en España y en el Reino Unido, como se hace en España para el cumplimiento de los períodos de residencia requeridos por nuestra legislación para tener derecho a las pensiones no contributivas, con lo que la propuesta que se está analizando sería totalmente ineficaz para limitar el acceso a las prestaciones de los trabajadores migrantes ciudadanos de la Unión Europea. A este respecto, conviene señalar que el artículo 48 del TFUE se refiere a “*todos los períodos*” con los que se incluye, sin lugar a dudas, también los períodos de residencia. Ergo, solamente con modificaciones del Tratado podría conseguirse el propósito enunciado por Cameron, sin que deba olvidarse que la unanimidad siempre es requerida para cualquier cambio del derecho primario de la Unión Europea.

3.19. Las prestaciones familiares: Estado de empleo o de residencia de los miembros de la familia

La última vuelta de tuerca del discurso de Cameron es la exigencia de que los hijos de los trabajadores deban residir en el Reino Unido para que puedan ser beneficiarios de las prestaciones familiares. En este sentido, otra vez la Administración británica repite problemáticas ya resueltas con anterioridad y vuelve a rescatar viejos fantasmas en un retorno al pasado impropio de unos políticos coherentes y responsables. En efecto, en la redacción original del Reglamento 1408/71³¹ (antecedente del actual Reglamento 883/04), su artículo 73, apartado 2, introducía una distinción

³¹ 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.

entre los trabajadores empleados en Francia y en otros Estados miembros. Así se disponía que, con excepción de Francia, el derecho a las prestaciones se debía reconocer en base a la legislación del Estado de empleo, mientras que para Francia el importe de los subsidios familiares serían los previstos por la legislación en cuyo territorio residieran los miembros de las familias de los trabajadores (por ejemplo, un trabajador español ocupado en Francia cuyos hijos residieran en España percibiría el importe de las prestaciones españolas). La razón alegada por Francia para esta excepción era la elevadísima cuantía, según afirmaban las autoridades francesas, de sus prestaciones familiares, precisamente algo que la Administración británica sostiene también, al defender que la cuantía de las prestaciones familiares sea acorde con el nivel de vida del Estado de residencia de los miembros de la familia.

3.20. Las prestaciones familiares y el asunto Pinna

La diferencia de trato entre la regulación francesa y la de los demás Estados miembros provocó una cuestión prejudicial (asunto Pietro Pinna)³² en la que el TJUE consideró que el referido artículo 73, apartado 2 del Reglamento n° 1408/71 *“es nulo por cuanto excluye la concesión de prestaciones familiares francesas a los trabajadores sometidos a la legislación francesa en razón de los miembros de su familia que residan en el territorio de otro Estado miembro”*. Sin embargo, para fortalecer su posición, las autoridades británicas podrían alegar que están dispuestos a aplicar, sin discriminación de nacionalidad, la propuesta formulada, tanto para los trabajadores británicos como para el resto de ciudadanos europeos cuyos hijos residan fuera del Reino Unido. A este respecto también el TJUE en el referido asunto Pinna fue categórico: *“Si bien la legislación francesa aplica por lo general el mismo criterio para determinar el derecho a las prestaciones familiares de un trabajador francés empleado en territorio francés, dicho criterio no reviste en modo alguno la misma importancia para esta categoría de trabajadores, porque el problema de una residencia de los miembros de la familia fuera de Francia se plantea esencialmente para los trabajadores extranjeros. Desde luego este criterio no es el más adecuado para asegurar la igualdad de trato prescrita por el artículo 48 del Tratado y no puede por tanto utilizarse en el marco de la coordinación de las legislaciones nacionales prevista por el artículo 51 del Tratado para promover la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad conforme al artículo 48”*. En consecuencia, de los considerandos que se han analizado se desprende, no solamente que la propuesta británica entrañaría una discriminación encubierta contra los trabajadores migrantes, sino que la fórmula de excluir, a efectos de concesión de prestaciones familiares, la legislación del Estado de empleo sería contraria al artículo 48 del propio Tratado. Además, uno de los principios de la coordinación de regímenes de seguridad social contenidos en el propio artículo 48³³ es la exportación de prestaciones, o lo que es lo mismo, la eliminación de la cláusula de residencia. De hecho, en el Reglamento 883/04 se establece en su artículo 7: *“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento, no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión,*

³² Asunto 41/84 Pietro Pinna Caisse d’allocations familiales de la Savoie. Sentencia de 15 de enero 1986 y asunto 359/87 de Pietro Pinna Caisse de’allocations familiales de la Savoie. Sentencia de 2 de marzo de 1989

³³ *“El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, 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: el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros”*

supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel que se encuentra la institución deudora”.

3.21. Propuesta alternativa en relación con prestaciones familiares

Lo que el TJUE en su vasta y variada jurisprudencia ha establecido es que los trabajadores migrantes no deben sufrir merma o reducción de derechos por el ejercicio de la libre circulación. De hecho, la seguridad social de los trabajadores migrantes, que se regula en el artículo 48 del TFUE, tiene como finalidad eliminar las barreras que en el ámbito de la protección social puedan surgir a la hora de materializarse esta libre circulación. Por ello, podría entenderse perfectamente que nos encontraríamos ante un obstáculo grave para el ejercicio de la movilidad transfronteriza si los trabajadores perdieran el derecho a las prestaciones familiares cuando sus miembros de la familia no le acompañaran en su desplazamiento laboral. Ahora bien, el interés que prima en la aplicación del artículo 48 del Tratado es el del trabajador y de los miembros de su familia. Por ello, y puestos a buscar soluciones conciliadoras y con el fin de demostrar que pueden existir medidas flexibles dentro del propio derecho actual, la propuesta británica podía encontrar mayor aceptación si simplemente se introdujera una modificación en el Reglamento 883/04 sobre prioridad de concesión de prestaciones familiares. Así podría considerarse que el Estado de residencia de los hijos es el competente para la concesión de las mismas siempre que el Estado de empleo de los trabajadores garantizase un complemento en el supuesto de que el importe de sus prestaciones fuera superior al del Estado de residencia. Sin embargo, en los discursos políticos las sutilezas jurídicas están de más.

4. CONCLUSIONES

La Europa de los ciudadanos está sufriendo arremetidas con ocasión o por consecuencia de la crisis económica. Sin embargo, no es ésta la única razón ni la más convincente para entender la nueva dinámica desestabilizadora.. Quizás debamos remontarnos a la caída del muro de Berlín para datar el inicio de la decadencia de la Unión. En efecto, el país proeuropeo, por excelencia, Alemania que, conjuntamente con Francia, había construido la mayor parte del aparato de las Comunidades comenzó a plantearse que también hacia el Este y no solamente hacia el Oeste podría desarrollar y realizar sus aspiraciones políticas y económicas. Además, con la globalización, se abren los mercados asiáticos lo que permite a la República Federal de Alemania progresar y expandirse. Ahora bien, cuando una Organización no evoluciona, involuciona y la Unión Europea, para su progreso, debería haber reforzado sus estructuras políticas y no solamente las económicas, debilitándose las estructuras nacionales en beneficio de las supranacionales. En cambio, se produjo el movimiento inverso, es decir el avance de las corrientes nacionalistas en detrimento de las aspiraciones federalistas. En este sentido, puede afirmarse que las adhesiones de los nuevos Estados Miembros, a partir del 2004, han favorecido la extensión de la Unión pero no la intensidad de la misma. Y es que las ampliaciones no comportan siempre más Europa sino, en algunos casos, menos. A este respecto, debe ponerse de manifiesto que, al menos en el ámbito sociolaboral, se ha producido una moratoria, rompiéndose la tendencia de potenciar la dimensión social de la Unión que inició Jacques Delors. A partir de esta premisa, lo económico o lo economicista se han impuesto y los mercados han tomado y monopolizado el poder. De hecho, puede constatarse que las tesis euroescépticas avanzan considerablemente, mientras que la Europa de los ciudadanos y su logro más significativo, la libre circulación de personas y trabajadores, retrocede. El órdago del Reino Unido puede ser el último acto de su enfrentamiento con el proyecto europeo, si no se acepta su envite, o, por el contrario, el inicio de la “britanización” del Continente.