

DERECHOS SOCIALES VINCULADOS A LA LIBRE CIRCULACIÓN: DE LA ÚLTIMA BATALLA DE LA COMISIÓN AL LEGADO DEL *BREXIT*

SOCIAL RIGHTS LINKED TO FREEDOM OF MOVEMENT: FROM THE BATTLES OF THE COMMISSION TO THE *BREXIT* LEGACY

MIRYAM RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO¹

Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EXTENSIÓN Y REDUCCIÓN DE LA CIUDADANÍA EUROPEA EN EL CAMINO HACIA EL *BREXIT*: 1. Extensión y reducción de la ciudadanía. 2. El camino hacia el *Brexit*. II. EL LUGAR DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA. 3. ACCESO A PRES-

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Construyendo un estándar europeo de protección de los derechos fundamentales: de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión a las Constituciones, pasando por el CEDH” (DER2013-41303-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y tiene su origen en los estudios realizados durante la estancia de investigación en el Gabinete del Abogado General Cruz Villalón en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la primavera de 2015. La estancia fue cofinanciada por el citado proyecto y por el V Plan Propio de Investigación de la Universidad de Sevilla.

TACIONES Y RESIDENCIA EFECTIVA: LA ÚLTIMA BATALLA DE LA COMISIÓN FRENTE AL REINO UNIDO: 1. La movilidad intracomunitaria y los sistemas estatales de protección social; 2. Residir o no residir, esa es la cuestión. 3. El asunto C-308/14, Comisión contra Reino Unido; IV. MOVILIDAD ECONÓMICA Y POST-CIUDADANÍA: EL LEGADO DEL *BREXIT*: 1. La situación del Reino Unido en 2016 y el acuerdo para evitar la ruptura. 2. Límites para el acceso a prestaciones y nueva concepción del ciudadano móvil de la Unión. V CONCLUSIÓN.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EXTENSIÓN Y REDUCCIÓN DE LA CIUDADANÍA EUROPEA EN EL CAMINO HACIA EL *BREXIT*

En febrero de 2016 el Reino Unido llegó a un acuerdo con el resto de los socios europeos sobre las condiciones de su siempre incierta permanencia en la Unión. Un referéndum para decidir si los británicos seguían o no siendo “europeos” había sido convocado para junio de ese mismo año. El Primer Ministro, James CAMERON, calculaba ya entonces los riesgos de un sí al *Brexit* y sabía que ganarle terreno a la política social de la Unión era una buena baza para evitarlo. La crisis económica, por una parte, llevaba tiempo lastrando el avance de la Unión. La de los refugiados, por otra, acrecentaba las reticencias a una mayor integración y alimentaba el rechazo del proyecto europeo. En aquel momento, sin embargo, hacía tiempo ya que la jurisprudencia constitucional y federal del TJUE, una jurisprudencia que en otro tiempo había impulsado las dinámicas integradoras más allá de lo previsto en la letra de los Tratados², había llegado a un especial punto de no retorno en materia de

² Nos referimos a la célebre decisión hermenéutica adoptada por el Tribunal de Justicia desde el asunto *Van Gend & Loos* y explicada en primer lugar por STEIN, E., “Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution”, *American Journal of International Law*, Vol. 75, 1981, pp. 1-27. La visión institucional de la dinámica federalizante fue aportada por WEILER, J. H. H., “A Quiet Revolution: The European Court of Justice and its Interlocutors”, *Comparative Political Studies*, Vol. 26, 1994, pp. 510-534, entre otros trabajos del autor. Es evidente que el principio de primacía, alumbrado por el Tribunal de Justicia en *Costa Enel*, responde a la necesidad de reafirmar la prevalencia del Derecho europeo frente al estatal, así como ocurre con la reafirmación de la federación en el sistema estadounidense a través de la actuación del Tribunal Supremo. BIGLINO CAMPOS, P., *Federalismo de Integración y Devolución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, p. 141. Eso sí, la federalización se entiende aquí no como la construcción de un estado federal a partir de la Unión, sino como un entendimiento federal de su funcionamiento jurídico, que se ha visto acompasado por “el progresivo alejamiento del Derecho de la UE de la lógica meramente internacionalista, es decir como un fenómeno que ha producido la progresiva sustitución del principio internacionalista de la unanimidad por el principio constitucional de la mayoría”. GORDILLO PÉREZ, L. y MARTINICO, G., “La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 429-478, p. 431.

libertad de circulación y ciudadanía. En concreto, una serie de sentencias relativas a prestaciones asistenciales, específicamente prestaciones solicitadas por ciudadanos europeos residentes en Estados miembros distintos del de su nacionalidad, había ido frenando las dinámicas expansivas del principio de no discriminación que el artículo 18 TFUE vincula a la ciudadanía europea.

1. Extensión y reducción de la ciudadanía

Es sabido que desde los años sesenta el juez europeo había contribuido a ampliar los ámbitos de actuación de las Comunidades, ahora Unión, a través de una interpretación “incrementalista” de sus competencias. Esa hermenéutica “incrementalista” utilizaba los mecanismos de extensión, absorción, incorporación y expansión, mediante los cuales las atribuciones y bases jurídicas desempeñaban una función *principal* que, proyectada sobre el Derecho derivado y en muchas ocasiones sobre el estatal, hacía funcionar el sistema jurídico supranacional en sentido federal³. Pues bien, en tres años, los que fueron de 2013 a 2015, y con tres asuntos, *Brey*, *Dano* y *Alimanovic*⁴, ese mismo juez europeo puso el tope al alcance de dichas técnicas hermenéuticas, constructoras de lo que se había llamado la *integración a través del Derecho*⁵. En esas tres sentencias, el derecho a la libre circulación, contenido básico de la ciudadanía europea, quedaba progresivamente ligado a una lectura estricta de las competencias atribuidas y del Derecho derivado, siempre en relación con ayudas sociales básicas solicitadas por nacionales inactivos de segundos países de la Unión. Esos solicitantes tenían en común el encontrarse en situaciones límite en relación con los requisitos de residencia legal previstos en la Directiva 2004/38 de libre circulación.

En tal contexto, dadas las situaciones límite, el que el TJUE llegase a ese tope tampoco fue del todo extraño. Al fin y al cabo, y por un lado, la libre circulación

³ Se refiere a la alteración sustancial del sistema de “enumeración” de competencias previsto en los Tratados a través del desarrollo ejecutivo de las mismas por parte de las instituciones y de su interpretación por parte del Tribunal de Justicia. WEILER, J. H. H., “La Transformación de Europa», en *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 13-126, p. 59 y ss. Se pasa de un sistema de atribución basado en *limitadas habilitaciones específicas* a un sistema permeable, gobernado por los objetivos de la integración. DASHWOOD, A., “The limits of European Community powers”, *European Law Review*, vol. 21, 1996, pp. 113-128, p. 121.

⁴ Asunto C-140/12, *Pensionsversicherungsanstalt contra Peter Brey*, Sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2013, [ECLI:EU:C:2013:565]; Asunto C-333/13, *Elisabeta Dano y Florin Dano contra Jobcenter Leipzig*, Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2014, [ECLI:EU:C:2014:2358]; Asunto C-67/14, *Jobcenter Berlin Neukölln contra Nazifa Alimanovic y otros*, Sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2015, [ECLI:EU:C:2015:597].

⁵ Haciendo un guiño al título de los volúmenes sobre la integración federal en Europa y Estados Unidos: CAPPELLETTI, M., SECCOMBE, M. y WEILER, J. H. H (eds.), *Integration through law: Europe and the American federal experience*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1986.

estaba vinculada en su origen a desplazamientos por motivos laborales. Su ampliación a ciudadanos no activos había sido una conquista progresiva de la Comisión⁶ y fue siempre condicional. Por otro lado, la protección del equilibrio financiero de los sistemas de ayuda social de los Estados de acogida, alegada por las autoridades de esos países en defensa de sus normativas internas, se consideraba una justificación legítima para que un Estado se negara a otorgar prestaciones sociales a personas que no fueran económicamente activas, en un sentido u otro, todo ello según la Directiva y siempre que se respetase el principio de proporcionalidad⁷.

En definitiva, en la jurisprudencia sobre libre circulación y ciudadanía se llegó a ese punto de inflexión, apartándose gradualmente el TJUE de su línea anterior. No hay que remontarse muchos años atrás para encontrar resoluciones del TJUE que hacían una lectura, si no contraria, sí generosa de la condición de ciudadano europeo, esgrimiendo el principio de no discriminación o la libertad de circulación para corregir situaciones que, bajo el Derecho interno de los Estados implicados y con una lectura estricta del Derecho derivado, llevaban a consecuencias bien distintas. Esa jurisprudencia maximalista anterior, a la que llamaremos así por haber extendido al máximo la aplicación del Derecho de la Unión, proyectándolo sobre

⁶ La enumeración de actos normativos empieza en el 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 hasta la Directiva 2004/38 del Consejo y del Parlamento, 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. Esta última refunde y modifica los contenidos de Directivas anteriores que eliminaban barreras a la libre circulación y estancia de trabajadores y profesionales (Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la residencia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad; Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios; Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia) y de ciudadanos *inactivos* (Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional; Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes 6). A esta normativa ha de sumarse el Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

⁷ Hablamos de ayudas y prestaciones sociales en sentido genérico, aun siendo conscientes de la distinción entre asistencia social y prestaciones en metálico no contributivas. Las primeras están excluidas del régimen de coordinación de la seguridad social establecido en el Reglamento 883/2004 y los Estados solo han de concederlas a los ciudadanos europeos en ciertas condiciones, según se desprende de la Directiva 2004/38/CE. Las segundas están en un régimen intermedio entre la asistencia social y las prestaciones de seguridad social. Sobre la distinción de categorías, entre otros, véase MARTÍN VIDA, M. A., “La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, 2007, pp. 95-137, pp. 106 y ss.

situaciones meramente internas, se reconoce en su plenitud en el asunto *Ruiz Zambrano*. En esa controversia ni siquiera se trataba de ciudadanos europeos moviéndose a través de la Unión, sino de nacionales de un particular Estado miembro, menores por más señas, residiendo en ese mismo territorio⁸.

Ruiz Zambrano representa, por así decirlo, el extremo al que podía llegar el TJUE⁹, o al menos al que llegó. En un estadio intermedio se sitúa una línea jurisprudencial del TJUE, anterior a 2012, sobre concesión de prestaciones sociales a ciudadanos europeos que ejercían derechos de la libre circulación¹⁰. En esas controversias los litigantes eran, en su mayor parte, ciudadanos no activos y que no cumplían los requisitos específicos de la normativa nacional reguladora de ciertas ayudas. Esos ciudadanos no activos, solicitantes marginales, por obra de una lec-

⁸ Entre otras sentencias relacionadas con la ciudadanía, mencionamos esta, pues destacó, al superar las circunstancias de la del asunto *Zhu y Chen*, en el que sí había habido una situación transnacional dentro de la propia Unión. Véase LANSBERGEN, A. y MILLER, N., “European citizenship rights in internal situations: an ambiguous revolution? Decision of 8 March 2011, case C-34/09 Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l’emploi (ONEm)”, *European Constitutional Law Review*, núm. 7, 2011, pp. 287-307, p. 291. Asunto C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l’emploi (ONEm)*, Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2011 [ECLI:EU:C:2011:124]; Asunto C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra Secretary of State for the Home Department*, Sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004 [ECLI:EU:C:2004:639]. La jurisprudencia que incide en la relación ciudadanía/libre circulación/no discriminación es más abundante de la que es posible dar cuenta en este trabajo. Véase, por ejemplo, FLYNN, L., “Recent trends in the case-law of the Court of Justice of the EU: EU citizenship”, en DÍEZ-HOCHLEITNER, J.; MARTÍNEZ CAPDEVILA, C.; BLÁZQUEZ NAVARRO, I. y FRUTOS MIRANDA, J. (coords.), *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011)*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 433-459.

⁹ De hecho hay jurisprudencia posterior que matiza y limita la proyección del asunto *Ruiz Zambrano*, en concreto los asuntos *McCarthy y Dereci*. Véase TAPIA TRUEBA, A. “La ciudadanía de los jueces. La creación jurisprudencial de un estatuto ciudadano en la UE”, en GORDILLO PÉREZ, L. (dir.), *Constitutionalism of European Supranational Courts*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 265-295, pp. 286 y ss. Asunto C-256/11, *Murat Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres*, Sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2011 [ECLI:EU:C:2011:734]; Asunto C-439/09, *Shirley McCarthy contra Secretary of State for the Home Department*, Sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2011, [ECLI:EU:C:2011:277].

¹⁰ En realidad, y en materia concreta de prestaciones sociales, esa lectura generosa por parte del TJUE de las cuestiones relacionadas con la obligación de garantizar ciertas ayudas de conformidad con la normativa europea de coordinación, se remonta a los años setenta. Se cita el asunto *Frilli*, en 1972, en el que el TJUE entiende que ciertas prestaciones asistenciales, prestaciones especiales no contributivas en principio excluidas del régimen de coordinación del Reglamento núm. 3 del Consejo de 1958, relativo a la seguridad social de los trabajadores migrantes, debían considerarse incluidas en el mismo. Esto obligó a un ensanchamiento normativo que se operó primero en vía jurisprudencial y luego, formalmente, por la reforma del Reglamento 1408/71/CEE, que sucede al número 3 de 1958, a través del Reglamento 1247/92/CE. MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, en CORCUERA ATIENZA, J. (coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 371-417, p. 388. Asunto C-1/72, *Rita Frilli contra Estado belga*, Sentencia del TJCE de 22 de junio de 1972 [ECLI:EU:C:1972:56]. Es esencial tener en cuenta que la calificación de una prestación como de seguridad social o de asistencia social en Derecho comunitario no necesariamente se corresponde con su calificación como tal en Derecho interno. MARTÍN VIDA, M. A., “La dimensión social...”, *op. cit.*, p. 106.

tura expansiva de la libertad de circulación, o del binomio libertad de circulación-ciudadanía, acabaron entrando en el paraguas de aplicación de la regulación estatal de las ayudas.

En tal línea de jurisprudencia se dictaron resoluciones como las de los asuntos *Martínez Sala*, *Grzelczyk*, *D’Hoop* o *Trojani*¹¹, en las cuales el TJUE hacía siempre una interpretación muy amplia de las situaciones jurídicas de partida. En una explicación algo simplista, se podría decir que la técnica del juez europeo consistía en no restringir el ámbito de aplicación del Tratado a las competencias atribuidas, sino, en lugar de eso, en utilizar cualquier mínima conexión de la situación de partida con las libertades básicas, o con los derechos de ciudadanía, para determinar que el presupuesto fáctico se sometía al ámbito de aplicación del Derecho europeo. En consecuencia, esa conexión mínima hacía aplicable la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad del Tratado. Y, por fin, cualquier limitación de las libertades o derechos de ciudadanía, cualquier atisbo de discriminación por razón de nacionalidad, abría la puerta a la posibilidad de acceder a la ayuda solicitada, una posibilidad a primera vista cerrada por la lectura combinada del Derecho europeo y estatal¹².

2. El camino hacia el *Brexit*

Pues bien, como se ha indicado, esas tendencias maximalistas a la hora de entender las competencias atribuidas en relación con las ayudas sociales llegaron a su límite con la sentencia *Brey* para después dar con su tope, en una línea muy similar aunque con situaciones de origen más claras, en *Dano* y *Alimanovic*. En esa misma serie se sitúa el recurso por incumplimiento del asunto C-308/14, *Comisión contra*

¹¹ Asunto C-85/96, *Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, Sentencia del TJCE de 12 de mayo de 1998, [ECLI:EU:C:1998:217]; Asunto C-184/99, *Rudy Grzelczyk v. Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve*, Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001 [ECLI:EU:C:2001:458]; Asunto C-224/98, *Marie-Nathalie D’Hoop v. Office national de l’emploi*, Sentencia del TJCE de 11 de julio de 2002 [ECLI:EU:C:2002:432]; Asunto C-456/02, *Michel Trojani v. Centre public d’aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, Sentencia del TJCE de 7 de septiembre de 2004 [ECLI:EU:C:2004:488]. Son concepciones amplias que también han tenido su incidencia en el acceso a prestaciones sanitarias, como se pone de relieve en el trabajo de SOBRINO GUIJARRO, I., “La construcción «social» de la Unión: el caso de la movilidad transfronteriza de pacientes en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 39, 2011, pp. 307-335.

¹² “De este modo, todas aquellas situaciones relacionadas con el ejercicio de la libertad de circulación que el artículo 18 TCE reconoce a todos los ciudadanos comunitarios y en relación a las cuales tratos desiguales basados en la nacionalidad puedan suponer una afectación mediata de esta, entran dentro del ámbito material de aplicación del Tratado, con lo que ya puede entrar en juego el artículo 12 TCE”. MARTÍN VIDA, M. A., “La dimensión social...”, *op. cit.*, p. 125. En el mismo sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “El derecho de residencia como derecho a tener derechos en los sistemas políticos compuestos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 87, 2009, pp. 109-154, pp. 118 y 119.

*Reino Unido*¹³, un litigio que representa esa última *batalla* antes del *Brexit*, a la que se alude en el título, porque a través del mismo la Comisión intentó recuperar el terreno perdido en detrimento de ciertas ayudas sociales a ciudadanos europeos en suelo de un segundo Estado miembro. Como se verá más adelante, este asunto, C-308/14, ha aportado matices nuevos al agotamiento de la lectura maximalista de la jurisprudencia de Luxemburgo y al tiempo ha hecho de broche final al conflicto sobre estas cuestiones en el Reino Unido. No parece del todo casual que la resolución final del recurso se produjera con la inminencia de ese nuevo referéndum sobre la permanencia en la Unión, conforme al cual el pueblo británico finalmente optó por la ruptura¹⁴.

Y es que, tras la presentación en octubre de 2015 de las conclusiones del Abogado General CRUZ VILLALÓN, el fallo del Tribunal de Justicia sobre el asunto C-308/14, que sigue casi fielmente esas conclusiones, no llegaría hasta el 14 de junio de 2016, nueve días antes del referéndum británico del 23 de junio. En el intervalo entre ambas resoluciones, y justo en febrero de 2016, James CAMERON había firmado con la Unión esas condiciones para evitar el *Brexit* a las que aludíamos al comienzo. Si tales condiciones ya hubieran supuesto de por sí el alejamiento del Reino Unido, y seguramente de toda la Unión, de la comprensión amplia y generosa del acceso a prestaciones sociales de ciudadanos europeos en segundos Estados miembros, ahora queda preguntarse si, tras el *Brexit*, los términos de ese acuerdo volverán a invocarse, esos mismos u otros similares, por parte de otros Estados miembros.

En efecto, tanto el asunto C-308/14 como los acuerdos negociados por CAMERON no fueron sino un prolegómeno a la ruptura del Reino Unido con la Unión, uno que redujo, algo más allá de *Brey*, *Dano* y *Alimanovic*, el alcance de ciertas prestaciones sociales para europeos no nacionales del país de residencia. En ese acuerdo del Consejo Europeo de febrero de 2016, entre Reino Unido y los otros veintisiete, se eximiría a los británicos de participar en la integración *cada vez más estrecha* entre los pueblos de Europa y se alteró su compromiso con la libre circulación, en concreto con la recepción de ciudadanos de segundos Estados miembros. Y en relación con el asunto C-308/14, esa última batalla de la Comisión a favor de una libre circulación de máximos acabaría teniendo resultados muy parecidos.

¹³ Asunto C-308/14, *Comisión contra Reino Unido*, Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón de 6 de octubre de 2015, [ECLI:EU:C:2015:666] y Sentencia del TJCE de 14 de junio de 2016, [ECLI:EU:C:2016:436].

¹⁴ Sobre las eternas tensiones del Reino Unido en relación con el proyecto de integración, que llevaron a un referéndum sobre la permanencia en 1975, solo tres años después de la firma del Tratado de Adhesión en 1972, véase el reciente trabajo de MANGAS MARTÍN, A., “Los dilemas del Reino Unido y de la UE: ¿salir o cambiar la Unión?”, *Real Instituto Elcano*, DT 3/2016, (25/02/2016), <http://www.realinstitutoelcano.org/>.

II. EL LUGAR DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Una vez contextualizada la cuestión que nos ocupa de manera específica, que es el mantenimiento o la retracción del acceso a prestaciones sociales para ciudadanos de la Unión en segundos Estados miembros, es procedente una contextualización general. La misma se hará a través de una reflexión sobre el marco en el que tal materia se *desenvuelve* dentro del sistema de la Unión. Aquí la pregunta clave sería cuál es el lugar de los derechos sociales dentro del marco *constitucional y federal* de la Unión Europea.

Las respuestas, que como es de imaginar son complejas, variarían según la perspectiva que se adopte. Desde una perspectiva *literal*, el lugar de esos derechos, en la actualidad, es el Título IV, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: *Solidaridad*. Eso sí, además de esa ubicación habría que tener en cuenta aspectos no menores como los siguientes: por un lado, que en las disposiciones de la Carta que reconocen cada uno de esos derechos hay continuas remisiones a las condiciones en las que el Derecho derivado, las legislaciones y las prácticas nacionales establezcan las garantías de los mismos; y por otro lado, que el artículo 51.2 de la misma Carta advierte, y aclara, que a través de ella no se amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias atribuidas en los Tratados, ni se crea ninguna competencia o misión nuevas, ni se modifican las competencias y misiones definidas en el Derecho primario.

Pero no es la ubicación textual de los derechos sociales la que más nos interesa, sino, antes de ella, otras dos: en primer lugar la concepción que resulta de esos derechos, de conformidad con la singular naturaleza constitucional de la Unión; y, en segundo lugar, la determinación normativa que los Tratados tienen del acceso a prestaciones y ayudas sociales dentro del reparto de competencias que consagran. En efecto, el reparto de competencias es lo que hace visibles a los derechos sociales en el ámbito supranacional, la clave para conectarlos con la ciudadanía, europea y estatal.

Desde esa primera perspectiva, la de concepto, no hay discusión acerca de que la base fundacional y funcional de la integración europea es la económica, la construcción del mercado en torno a las garantías de la libre competencia¹⁵, y de que los derechos sociales se sitúan sobre esa base como elementos accesorios. Por otra parte, a través de la penetración del Derecho de la Unión en los Estados miembros esas bases funcionales se han incorporado a las dinámicas locales de actuación de los derechos sociales¹⁶. De esta manera, los conflictos entre las prioridades de la

¹⁵ GORDILLO PÉREZ, L. y CANEDO ARRILLAGA, J. R., “La constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, núm. 1, 2013, pp. 163-183, p. 168.

¹⁶ La visión “amplia” de constitución económica que se expone en GORDILLO PÉREZ, L. y CANEDO ARRILLAGA, J. R., “La constitución económica...”, *op. cit.*, p. 171.

integración económica y las demandas de protección social, basadas en reconocimientos constitucionales más o menos explícitos en cada Estado miembro, se producen en sede estatal. En ese contexto la ciudadanía europea no es un estatus que exija o conlleve la igualación social de los nacionales de los distintos Estados, no en la misma medida en que la exige la ciudadanía del Estado social. En su relación con los derechos sociales, la ciudadanía europea se configura como un mecanismo transnacional, clave para el acceso a la protección social de los Estados miembros distintos del de origen, pero que no va más allá de ser una garantía al servicio de los objetivos, económicos, de la integración¹⁷.

Es claro, por tanto, que los fundamentos constitucionales económicos de la Unión entran en contradicción con los objetivos del Estado social, que son propios del constitucionalismo estatal. Mientras los primeros necesitan incluir en su proyecto una serie de *resultados sociales*, que son consecuencia de ciertas demandas surgidas de las prioridades económicas, los segundos se configuran como fines propios de la acción del poder público con una conexión directa con la ciudadanía estatal¹⁸. Y es así porque, mientras que el Estado social pretende sustraer ciertos espacios de relación económica y laboral a la lógica del mercado, la integración económica pretende lo contrario¹⁹. Los derechos sociales son una categoría propia del constitucionalismo del Estado social y, como tales, su exportación a una realidad en la que las relaciones no se basan en la igualdad de la ciudadanía, sino en el mercado, no puede sino ser disfuncional para el ámbito al que se exportan y para el ámbito del que se desarraigan²⁰. Aun así, lo cierto es que, en su arranque, el diseño de la integración funcionó justo gracias a ese desacople, gracias a la complementariedad entre un ámbito supranacional de liberalización de la competencia y un ámbito estatal de igualación, complementariedad que neutralizaba los efectos negativos de la integración económica en el plano social²¹. Pero, como explicaremos, al sobrevenir la crisis económica y al reaccionarse ante ella con exigencias de

¹⁷ GIUBBONI, S., “European citizenship and social rights in times of crisis”, *German Law Journal*, Vol. 15, núm. 5, 2014, pp. 935-964, p. 938.

¹⁸ GARCÍA HERRERA, M. A., “Derechos sociales y Tratados comunitarios: evolución normativa”, en CORCUERA ATIENZA, J. (coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 309-369, p. 313.

¹⁹ MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica y derechos sociales...”, *op. cit.*, p. 387.

²⁰ MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica y derechos sociales...”, *op. cit.*, p. 372. Como explica García Herrera, en la UE es el mercado el proveedor de las necesidades y “el que, para su funcionamiento, proporciona las claves de las materias que hay que regular”. Por eso en la UE no hay “una creación de derechos sociales de acuerdo con un modelo político, sino una determinación de aquellos que son indispensables para su buen funcionamiento. Se crean, en unas condiciones históricas irrepitibles, unas premisas que lastrarán decisivamente el devenir de los derechos sociales en el futuro porque las bases sobre las que asientan responden a unos contenidos económicos que permanecerán, aun cuando se le adhieran posteriormente otros aspectos que matizarán, pero nunca pondrán en entredicho su primacía”. GARCÍA HERRERA, M. A., “Derechos sociales y Tratados...”, *op. cit.*, pp. 314-315.

²¹ GIUBBONI, S., “European citizenship and...”, *op. cit.*, p. 940.

nivelación del déficit en los Estados miembros, esa relación de complementariedad, y el equilibrio que propiciaba, se ha descompuesto.

En segundo término, un panorama similar se ve desde la perspectiva normativa. En la atribución de competencias se demuestra claramente la prioridad de los objetivos económicos en el ámbito supranacional, dando a la Unión amplios instrumentos de acción en el campo de la defensa de la competencia y el mercado interior, incluidas las libertades comunitarias. Mientras tanto, la política social de la Unión tiene un papel subordinado y, sobre todo, la determinación de la intervención de los poderes públicos en la ayuda social queda en manos de los Estados miembros, al tiempo que los regímenes de seguridad social tan solo son coordinados, y reiteramos, solo coordinados en sede supranacional. En resumen, se confía el ámbito social a los Estados miembros y a la Unión el económico, el de mercado. Este reparto de competencias, reteniendo los Estados la materia social, pero dando facultades de coordinación a la Unión, tiene un efecto ambiguo, pues por una parte se proyecta la imagen de que el poder supranacional incide en la realización de los derechos sociales, pero lo cierto es que la coordinación desde la Unión subordina los contenidos sociales a los objetivos de la integración económica²². De esta forma, la incidencia que la *acción social* de la Unión tendrá en los derechos sociales, garantizados por los Estados miembros, alterará la estructura interna de los mismos, condicionará la capacidad de despliegue del Estado social en el ámbito interno²³, pero no por ello la acción de la Unión mejorará esos derechos. Al contrario, la acción de la Unión afectará a la naturaleza de estos en la medida en que la reconstrucción de los derechos sociales se realizará desde la perspectiva de los objetivos de la integración.

Todo lo expuesto ayuda a comprender la trayectoria de la jurisprudencia maximalista del Tribunal de Justicia de la Unión en relación con las prestaciones sociales, pues su construcción era débil y su resultado engañoso. Como se anticipaba unas páginas atrás, esa jurisprudencia abría el acceso a ayudas sociales para ciuda-

²² Hasta el punto que se ha llegado a ver a la Unión como “un instrumento de los Estados para debilitar o dismantelar el Estado social” en la medida en que “los gobiernos de los Estados miembros harían juntos lo que no pueden hacer uno a uno, evitando” el control parlamentario interno y los reproches de la opinión pública por las medidas de contracción del Estado social que se achacarían a las necesidades de convergencia económica dictadas por las políticas del mercado supranacional. Parafraseamos las ideas de BAQUERO CRUZ, J., “La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Amsterdam», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 4, 1998, pp. 639-666, p. 647.

²³ GARCÍA HERRERA habla de dos efectos: “a) la autoridad supranacional renuncia a ser sujeto agente de protección e impulso de derechos sociales, con lo que tendrá que asumir la imagen de ser el causante de sus posibles deterioros con el riesgo de que la opinión pública perciba la lejanía de quien arremete o merma sin que, a su vez, tenga posibilidad de defensa; b) al disponer solo de una inspiración economicista, las Comunidades serán coherentes con ella subordinando los contenidos sociales de forma que su futura incidencia en la estructura del Estado Social de los Estados miembros se producirá de esta forma desequilibrada”. GARCÍA HERRERA, M. A., “Derechos sociales y Tratados... *op. cit.*”, p. 316.

danos de segundos Estados miembros sobre la base de una interpretación del Derecho europeo que se construía así: por un lado extendía las posibilidades de aplicación de la cláusula de no discriminación; por otro, no tenía presente una hermenéutica competencial ajustada a la realidad normativa de las *limitadas habilitaciones específicas*; y por último no tenía en cuenta ni las consecuencias ni el riesgo potencial de su interferencia con los sistemas estatales de ayuda social, al obligarlos a otorgar ciertos beneficios a ciudadanos de segundos Estados de la Unión²⁴. Esa dinámica interpretativa fue consentida por los socios europeos durante la fase de construcción y mientras se tuvo un cierto control de la normativa que la sustentaba, a través del voto en el Consejo.

Así, dicha dinámica servía a los fines de un proyecto integrador que, con sus altibajos, avanzaba. Pero en el momento en el que los efectos de la crisis económica, a partir de 2008, detienen el crecimiento y alteran las estadísticas y el sentido de la movilidad intracomunitaria, la jurisprudencia maximalista deja paso a una lectura más ajustada a la realidad normativa. La libertad de circulación pasa a ser el salvoconducto de huida de ciudadanos europeos desde Estados con altas tasas de paro a otros más resistentes al impacto de la retirada del capital, y con mayores niveles de prestaciones sociales²⁵. Al mismo tiempo, o justo después, la doctrina del TJUE se reajusta y se refugia en los parámetros que se desprenden de la distribución de competencias: los Estados deciden sus políticas sociales; la Unión se encarga de que esas políticas se coordinen para favorecer los fines del mercado; y los *guardianes de los Tratados*, la Comisión y el Tribunal, vigilan para que, dentro de ese marco, las políticas estatales sobre derechos sociales no se conviertan en obstáculos insuperables para la libre circulación.

²⁴ LENAERTS, K. y HEREMANS, T., “Contours of a European Social Union in the Case-Law of the European Court of Justice”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 2, núm. 1, 2006, pp. 101-115, p. 114. También en sentido crítico, pues considera que la jurisprudencia da lugar a un sistema casuístico e incierto, alejado de las prescripciones normativas: DAVIES, G., “The process and side-effects of harmonisation of European welfare states”, Jean Monnet Working Paper, 02/2006, <http://jeanmonnetprogram.org/paper/the-process-and-side-effects-of-harmonisation-of-european-welfare-states/>, p. 5.

²⁵ Hay un diverso efecto, según los Estados, de la crisis en el ejercicio de la libertad de circulación en la Unión Europea a partir de 2008, coincidiendo, además, con el periodo transitorio para Rumanía y Bulgaria (2008-2013), que se tradujo en el desplazamiento “de un porcentaje muy importante de ciudadanos de estas dos nacionalidades, que fue recibida con recelo por los Estados miembros de acogida”. LIROLA DELGADO, I., “La ciudadanía de la Unión Europea en retroceso: el cambio de rumbo del tribunal de justicia en los asuntos Brey, Dano y Alimanovic”, *Revista Jurídica Do Cesuca*, Vol. 3, núm. 6, 2015, pp. 131-148, p. 132. También es reseñable que “el momento se corresponde con el de la plena aplicación de las disposiciones relativas a la libre circulación y residencia por los Estados miembros que se habían adherido en 2004, y por tanto, con el afloramiento y la percepción nítida de las dificultades que la implementación” de la libre circulación tiene en una Unión tan amplia. LIROLA DELGADO, I., “Derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y prestaciones sociales en tiempos de crisis: ¿hacia un planteamiento casuístico y ambiguo de la solidaridad entre los Estados miembros?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, 2014, pp. 733-766, p. 735.

Junto a todo esto, lo cierto es que los Estados miembros han seguido reformando la normativa sobre libre circulación y sobre coordinación de seguridad social en un sentido no exactamente coincidente con la jurisprudencia maximalista del TJUE. La prueba está en el Reglamento 883/2004 y en la Directiva 2004/38, que protagonizan la serie *Brey* y también el asunto C-308/14, que comentaremos. Y es que a la tensión descrita entre prioridades supranacionales de convergencia económica y objetivos de cobertura social, se suman en los últimos tiempos las reivindicaciones que desde las comunidades nacionales se dirigen hacia los gobiernos estatales, las reacciones ante las exigencias de austeridad acentuadas por la situación financiera derivada de la crisis económica²⁶. La realidad es que los Estados miembros han de velar por la estabilidad de sus cuentas y de sus sistemas de protección social y esto es potencialmente incompatible con la generosidad en la acogida de conciudadanos europeos. El sistema dual, que sostenía la dinámica de la integración económica supranacional sobre el mantenimiento de los sistemas de protección social de los Estados, se transforma con la constitucionalización de las políticas de equilibrio presupuestario, que priva a los Estados de un importante margen de control sobre sus sistemas de bienestar y lo hace sin que, por otra parte, en la esfera supranacional se establezcan mecanismos compensatorios de distribución de justicia social²⁷.

Dentro del marco descrito, el Reino Unido, desde siempre reticente a las dinámicas fagocitantes de la integración, había dejado claras sus prioridades frente al resto de socios europeos: quería mantener su nivel de prestaciones sociales, pero la libertad de circulación, tal y como está formulada en el Derecho derivado actual, no se lo permitía. También quería evitar presiones, pues aunque el Tribunal de Justicia había puesto ya el freno, la Comisión aún había seguido apostando por una visión maximalista de la libertad de circulación que debería favorecerse, según se defen-

²⁶ Siguiendo a Habermas, en la traducción libre que realizamos a continuación, parece que con el fracaso del capitalismo y la debilidad de la política frente a la globalización de los mercados, los países europeos cada vez han tenido más dificultades para estimular el crecimiento económico y asegurar al mismo tiempo una cierta distribución de la riqueza y prestaciones sociales para la población. Desde que se liberalizaron los tipos de cambio, este problema estructural se desactivó temporalmente a costa de aceptar una inflación creciente. Pero, como se sabe, el coste de esta estrategia se hizo insostenible y los gobiernos recurrieron a financiar cada vez más partes de sus presupuestos a través del crédito. La crisis financiera, que continúa desde 2008, ha echado sobre las espaldas de las generaciones futuras el peso de ese mecanismo del déficit público recurrente. Así, a día de hoy es difícil saber cómo las políticas de austeridad impuestas desde arriba, y que en cualquier caso encuentran dificultades para abrirse camino localmente, podrán conciliarse con un nivel aceptable de prestaciones sociales a largo plazo. Las protestas de los más jóvenes, augura Habermas, son el presagio de una amenaza a la paz social. HABERMAS, J., "The crisis of the European Union in the light of a constitutionalisation of International law", *The European Journal of International Law*, Vol. 23, núm. 2, 2012, pp. 335-348, pp. 336 y 337.

²⁷ GIUBBONI, S., "European citizenship and...", *op. cit.*, p. 952. Véase también, MASALA, P.: "El impacto de la crisis económica y de la reforma constitucional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana en materia de ponderación entre los derechos sociales y la estabilidad presupuestaria". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 20, 2016, pp. 223-255.

día desde Bruselas, a través de una generosa comprensión de la ayuda social a los ciudadanos que la ejercieran.

III. ACCESO A PRESTACIONES Y RESIDENCIA EFECTIVA: LA ÚLTIMA BATALLA DE LA COMISIÓN FRENTE AL REINO UNIDO

1. La movilidad intracomunitaria y los sistemas estatales de protección social

Que el Reino Unido y Alemania han sido los grandes receptores de ciudadanos de otros países de la Unión, en especial en los últimos años, es una realidad difícilmente contestable. La preocupación por la incidencia negativa de esa movilidad interior de la Unión sobre los sistemas sociales de estos Estados es también un hecho, si bien en el Reino Unido, además, en los últimos tiempos se había convertido en uno de los motivos para objetar a la permanencia en la Unión.

En la controversia al respecto, y como muestra de las tensiones que esta cuestión iba provocando, es oportuno hacer referencia a un particular cruce de correspondencia. Se trata, en primer término, de la carta enviada por los ministros de interior de Austria, Holanda, Alemania y Reino Unido a la presidencia irlandesa de la Unión en abril de 2013, llamando la atención sobre las dificultades que planteaba el cambio de patrón de movilidad a nivel local. En segundo término, no se hizo esperar la consiguiente respuesta airada de países como República Checa, Hungría, Polonia y Eslovaquia, defendiendo la libertad de circulación como pilar básico de la integración²⁸. Tras el carteo y la toma de posiciones de los distintos bloques de Estados, vino la reacción de la Comisión, asegurando que la Directiva de libre circulación aportaba garantías suficientes como para evitar que la movilidad intracomunitaria sirviera de cobertura para el mal llamado *turismo* social.

La Comisión se comprometió a investigar estrategias de solución y su actividad dio lugar, en noviembre de ese mismo año, a la *Comunicación sobre la libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias*. En ese documento, la Comisión proponía mecanismos de ayuda a los Estados para evitar los abusos del derecho a la libre circulación, con especial atención a la clarificación de la normativa vigente de cara a su aplicación²⁹. Además de esto, la Comisión se apoyaba en

²⁸ LIROLA DELGADO, I., “Derecho de residencia...”, *op. cit.*, p. 742. La carta de los ministros de interior de Holanda, Alemania, Reino Unido y Austria aún puede consultarse en <http://www.statwatch.org/news/2013/apr/eu-4-ms-welfare-letter-to-irish-presidency.pdf> (consulta 22/04/2016).

²⁹ El documento señala cinco ámbitos clave en los que la Comisión se ofrece a cooperar con los Estados: el fraude a través de matrimonios de conveniencia; la aplicación de las normas de coordinación de los sistemas de seguridad social; la inclusión social, a través de aportaciones del Fondo Social Europeo; asistencia a las autoridades locales, que son las que entran en contacto directo con las solicitudes de ayuda social; y ayuda dichas autoridades en la aplicación de las normas de libre cir-

informes de los propios Estados miembros para relativizar el impacto de la movilidad intracomunitaria sobre los sistemas de protección social de los países con mayor volumen de entradas, corroborando que los no nacionales no recurrían a las prestaciones sociales más intensamente que los nacionales del país de acogida. Se aportaban también estudios estadísticos en los que se comprobaba que los ciudadanos móviles de la UE representaban 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 y que, por su carácter no contributivo, pesan bastante en el balance negativo del gasto social³⁰.

En vista de esta toma de posiciones, parece evidente que las posturas de la Comisión y de los Estados miembros acerca del impacto de la libre circulación en los Estados de acogida no coincidían. En realidad, la visión de una y de otros acerca de la apropiada extensión de la libertad de circulación y de su hilazón con la competencia de coordinación de los regímenes de seguridad social no había ido nunca en paralelo³¹. Y ese desencuentro era aún más patente en relación con el Reino Unido, a cuya disconformidad con la situación se sumaban las incertidumbres causadas por la lectura maximalista en ese ámbito realizada, hasta hacía poco, por el Tribunal de Justicia. No es de extrañar que, en un periodo especialmente problemático para los sistemas de protección social de los Estados de la Unión, las posiciones se reajustaran, empezando por la del propio Tribunal. En su contragrupo de tuerca, este último tomó el derecho de residencia como punto de apoyo.

culación, en especial a través de la creación en todos los Estados miembros de organismos de ayuda jurídica e información para los trabajadores móviles de la UE y el refuerzo de la red EURES en lo que se refiere a la asistencia a las personas que buscan empleo y a los empresarios para adecuar la oferta y la demanda de puestos de trabajo. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de 25 de noviembre de 2013, “Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave”, COM(2013) 837 final.

³⁰ Indicaba la Comisión –en COM(2013) 837 final, *cit.*–, que las demandas de asistencia social de ciudadanos europeos representaban 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. No se menciona, en ese recuento, la situación del Reino Unido, aunque el Informe de ICF GHK Milieu, que sirve de base para las afirmaciones de la Comisión, confirma que Austria y Reino Unido son los principales receptores de migrantes de la intracomunitarios por motivos de búsqueda de empleo. Lo mismo se desprende del estudio de POPTCHEVA, E-M., “Freedom of movement and residence of EU citizens: Access to social benefits. In Depth Analysis”, *European Parliamentary Research Service*, 10/06/2014, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/140808/LDM_BRI\(2014\)140808_REV1_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/140808/LDM_BRI(2014)140808_REV1_EN.pdf) (consulta 23/04/2016). El informe de ICF GHK Milieu se encuentra en http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/facebook/20131014%20GHK%20study%20web_EU%20migration.pdf (consulta 22/04/16).

³¹ Véase el relato de los avatares de la regulación de esta materia, hasta justo antes de la aprobación del Reglamento 883/2004, en GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C., “La coordinación de regímenes de Seguridad Social. El Reglamento CEE 1408/71. Simplificación y extensión a nacionales de terceros Estados”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 42, 2003, 71-88.

2. Residir o no residir, esa es la cuestión

La cuestión de la residencia en el sistema de la Unión, en tanto elemento determinante de la posibilidad de acceder a ciertas prestaciones sociales, va aparejada al derecho a la libre circulación. Este es un derecho que no es absoluto y que, como se ha explicado, se somete a las condiciones de la Directiva 2004/38 muy en especial para los ciudadanos no activos. La clave para entender la controversia sobre el derecho de residencia en segundos Estados miembros es que el mismo no es una consecuencia directa de la libre circulación, sino del cumplimiento de una serie de requisitos que tendrían que comprobarse después de ejercerla. Dentro de ese marco, el derecho de residencia se atribuye a los ciudadanos activos, trabajadores o profesionales, para los que el derecho de no discriminación por nacionalidad funcionaría con toda su fuerza vinculante, y en otros casos se anuda a la posesión de recursos económicos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del lugar de acogida. El acceso a los derechos sociales se vincula también, y según las circunstancias, al cumplimiento de un período temporal de residencia previa en el territorio que otorga la prestación. Quizás esta sea la prueba más clara de que el régimen de la Directiva, en los parámetros del Tratado, configura una ciudadanía europea *débil*, en la que tanto el derecho a circular como el derecho a residir en un territorio distinto del asociado a la nacionalidad puede condicionarse a ese *interés legítimo* identificado con la estabilidad financiera de los sistemas de protección social. Y esto es así, por más que esos condicionamientos restrictivos tengan que someterse a un test de proporcionalidad³².

En la jurisprudencia maximalista en torno a la relación entre derecho de residencia y solicitud de prestaciones indicativas de insuficiencia de recursos económicos, esa que se identifica como “la anterior a *Brey*”, el Tribunal de Justicia había introducido criterios correctores a esa configuración *débil*. No obstante, no hay que olvidar que tales correctores adolecían de la misma debilidad, al pasar de puntillas por los requisitos efectivos del derecho de residencia, incluidos en la Directiva, y al favorecer al ciudadano solicitante sin un fundamento jurídico sólido. En efecto, los criterios correctores que el juez europeo había utilizado hasta *Brey* partían de la atención a las circunstancias concretas del ciudadano solicitante. Uno era el criterio del vínculo de integración del ciudadano en la comunidad receptora, que tenía en cuenta el grado real y efectivo de conexión con el Estado miembro de acogida proveedor de la prestación solicitada. El otro consistía en una apreciación

³² Una ciudadanía, confederal, europea *débil* frente a una ciudadanía federal *fuerte*, que en EEUU sostiene un derecho a circular y a residir solo limitable por un interés vital, el *compelling interest* de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y que no admite restricciones que no superen un escrutinio estricto. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “El derecho de residencia..., *op. cit.*, pp. 111 y 116. Sobre la ambigüedad de la regulación, y de su interpretación por el TJUE, véase THYM, D., “The elusive limits of solidarity: residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens”, *Common Market Law Review*, Vol. 52, núm. 1, 2015, pp. 17-50.

global, realizada por las autoridades del Estado anfitrión, de la carga que representaría la concesión de la prestación solicitada sobre el sistema autóctono de asistencia social. Tal apreciación global se haría siempre, siguiendo la jurisprudencia del TJUE, en función de las circunstancias individuales propias de la situación del interesado³³.

Sin embargo, a partir de *Brey* el juez europeo empezó a alterar, o a corregir, según se vea, su apreciación de este tipo de situaciones. La jurisprudencia pasó a tomar como fundamento la centralidad de la Directiva y a dar una posición más relevante a los criterios sobre la condición legal de la residencia y sobre la salvaguarda de la situación financiera de los sistemas estatales de protección social.

En la secuencia “*Brey, Dano, Alimanovic*” se aprecia una progresión, o una regresión, de nuevo según se mire, hacia la fidelidad a los parámetros de la Directiva. Primero *Brey* apuntó que la concesión de ciertas prestaciones en metálico no contributivas, solicitadas por ciudadanos inactivos, podía supeditarse a que los demandantes cumplieran los requisitos de la Directiva, centralmente el de no convertirse en carga excesiva para el Estado de acogida³⁴. Poco después, *Dano* hizo ver algo que era evidente, y que latía en la manera en la que la propia Directiva diferencia entre ciudadanos con derecho a residir y sin tal derecho a la residencia: que la ciudadanía europea es en sí un estatuto diferencial respecto a los nacionales del Estado de acogida, siendo inevitable su convivencia con situaciones naturales de discriminación indirecta. A partir de ahí también se hacía evidente que las autoridades del país receptor podían negarse a otorgar un subsidio para la búsqueda de empleo a un ciudadano que no cumpliera los requisitos de residencia de la Directiva, es decir, en el caso concreto el requisito de tener recursos suficientes para no convertirse en una carga para ese Estado. Y esto es reseñable: no había en *Dano*, cuando se daba un paso atrás más que en *Brey*, ninguna alusión a la proporcionalidad como medida de la conformidad con el Derecho de la Unión de la actuación estatal restrictiva³⁵. Por fin, en *Alimanovic* el TJUE no dudó y recordó lo dicho en *Dano*: que un ciudadano de la Unión solo podía reclamar la igualdad de trato en un segundo Estado si

³³ LIROLA DELGADO, I., “La ciudadanía de la Unión...”, *op. cit.*, p. 148.

³⁴ Aunque lo cierto es que *Brey*, siguiendo la estela de la jurisprudencia previa, establece un test de proporcionalidad para valorar la solicitud de asistencia social, y su repercusión sobre la calificación de la legalidad de la residencia (Asunto C-140/12, Sentencia del TJUE, *cit.*, apartados 67 y siguientes). Se mantiene el criterio de que el Derecho UE “prohíbe los análisis generalizados y colectivos: la determinación de la “carga social” debe hacerse de forma individualizada, utilizando criterios tales como la temporalidad en la necesidad de recursos, el tiempo de residencia en el Estado de acogida, etc.”. JIMÉNEZ BLANCO, P., “Derecho de residencia en la Unión Europea y turismo social”, *La Ley Unión Europea*, núm. 22, 2015, pp. 5-16, p. 11. Sobre el apartamiento de la exigencia de escrutinio individual, véase también PEERS, S., “Benefits for EU citizens: a U-Turn by the Court of Justice?”, *The Cambridge Law Journal*, 74, pp. 195-198, p. 196.

³⁵ En *Dano* “el TJ lanza un mensaje claro: sin derecho a residencia conforme a la Directiva 2004/38, no hay aplicación del principio de igualdad de trato”. LIROLA DELGADO, I., “La ciudadanía de la Unión...”, *op. cit.*, p. 144.

su estancia en dicho territorio se ajustaba a los requisitos de la Directiva, es decir, si era legal. El TJUE anudaba en este caso la posibilidad de acceso a la prestación solicitada al cumplimiento de los requisitos temporales de la norma, sin consideración alguna de las circunstancias individuales de los demandantes de las ayudas sociales³⁶.

Tras el repaso de esta trilogía de resoluciones, la conclusión es que la nueva postura del TJUE asentaba sobre los criterios de legalidad de residencia, esos criterios establecidos en la Directiva, la posibilidad de acceso a prestaciones sociales que se considerasen asistencia social. Incluía en esa categoría las prestaciones en metálico no contributivas cuando, a pesar de estar recogidas en el Reglamento de coordinación de seguridad social, tuvieran características de asistencia social. Otra conclusión es que, siquiera indirectamente, el juez europeo hacía valer la dimensión federal del conflicto entre libre circulación y asistencia social conforme a la atribución de competencias efectuada en los Tratados, recurriendo, sin mencionarla, a la subsidiariedad que se proyecta sobre el ámbito de las competencias no exclusivas de la Unión³⁷. Y es que no hay que olvidar que, a diferencia de la materia de seguridad social, sobre la que hay competencias de coordinación atribuidas, la Unión no ostenta ninguna sobre asistencia social, por lo que esta se considera competencia reservada a los Estados miembros.

Pero había una cuestión aún no dirimida y era qué ocurría con el acceso a ayudas no contributivas cuando no fueran consideradas asistencia, sino seguridad social. ¿Cómo funcionarían ahí los nuevos topes del TJUE y cuál sería la virtualidad de la legalidad de la residencia? Es aquí y en este momento donde nos encontramos en condiciones de abordar el anunciado conflicto entre la Comisión y el Reino Unido, en el que se ha dado un paso más, y en firme, para apuntalar el retroceso de la jurisprudencia del TJUE en este ámbito.

3. El asunto C-308/14, Comisión contra Reino Unido

De por sí, la Comisión había sufrido una derrota con el reconocimiento por el TJUE de que la legalidad de la residencia puede condicionar el acceso a la asis-

³⁶ En el caso *Alimanovic* el solicitante en cuestión había tenido trabajos menores y de corta duración en Alemania, pero había superado el plazo de seis meses en paro que establece el artículo 7.3.c) de la Directiva. Véase en relación con este asunto el trabajo de SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE”, *La Ley Unión Europea*, núm. 32, 2015, pp. 1-30.

³⁷ En esta serie de sentencias el TJUE estaría adoptando la *teleología de la subsidiariedad*, que DE BÚRCA contraponía a la *teleología de la integración* que tan habitualmente orienta las decisiones del juez europeo. DE BÚRCA, G., “The principle of subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 36, 1998, pp. 217-235.

tencia social y a las prestaciones especiales no contributivas. Es algo que se hace patente cuando se comprueba que la lectura ajustada a la literalidad de la Directiva no es la que había defendido la Comisión ni en *Brey* ni en *Dano* ni en *Alimanovic*. Desde la primera de las tres sentencias, la Comisión había luchado por retrotraer la hermenéutica jurídica de las situaciones de hecho, sobre las que se dirimía, a la de tiempos precedentes en los que el vínculo efectivo del individuo con la comunidad receptora y la integración social de este tenían un peso en la determinación del derecho a acceder a las ayudas. Específicamente en *Brey*, y al tratarse de prestaciones en metálico no contributivas integradas en el Reglamento 883/2004, la Comisión había insistido en que los criterios aplicables para determinar la cuestión de la residencia no debían ser los de la residencia legal conforme a la Directiva, sino los de la residencia de hecho, según el Reglamento de coordinación de seguridad social, que son menos restrictivos y más favorables al solicitante³⁸.

Pero esa, como se ha dicho, fue una batalla que la Comisión ya perdió, pues el Tribunal de Justicia consideró que el test de legalidad de la residencia establecido por la Directiva debía aplicarse a cualquier régimen de ayuda al que recurriera un individuo que no dispusiera de recursos suficientes para sus necesidades básicas, y las de los miembros de su familia, y que, como consecuencia, pudiera convertirse en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida, con posibles consecuencias para el nivel global de la ayuda que pudiera conceder ese mismo Estado³⁹. De la implicación de la Comisión, así como de su defensa de una comprensión flexible de la cuestión de la residencia, favorable al ciudadano desplazado, da cuenta también la publicación en diciembre de 2013, solo unos meses después del fallo de *Brey*, de una guía práctica sobre la legislación aplicable en materia de seguridad social, con un capítulo dedicado a la determinación de la residencia conforme al artículo 11 del Reglamento 883/2004⁴⁰. La Comisión insistía en que la definición fáctica de la residencia, la que hace el citado Reglamento, respondía a criterios meramente factuales y que debían ser evaluados con independencia de su legalidad.

Pues bien, en paralelo a este largo historial en el que se interrelacionan regulaciones positivas, tendencias hermenéuticas de la jurisprudencia y preocupaciones enfrentadas de Estados receptores, Estados emisores y Comisión, discurre el relato del asunto C-308/14. Esta confrontación empieza en 2008, cuando en la Comisión se reciben diversas y al parecer numerosas quejas de ciudadanos europeos, residentes en el Reino Unido, denunciando que las autoridades británicas competentes

³⁸ Asunto C-140/12, Sentencia del TJUE, *cit.*, apartado 37 y apartados 58 y ss.

³⁹ Asunto C-140/12, Sentencia del TJUE, *cit.*, apartados 58 y ss.

⁴⁰ Esta guía práctica sobre la legislación aplicable en materia de seguridad social responde al compromiso asumido por la Comisión en su Comunicación de 25 de noviembre de 2013 –COM(2013) 837 final, *cit.*–, de ayuda a las autoridades nacionales en la aplicación de las normas de coordinación de seguridad social. La guía se encuentra en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-13_es.htm (consulta 23/04/2016).

les habían denegado determinadas prestaciones sociales. Las negativas fueron justificadas por el Reino Unido sobre la base de que, según una lectura estricta de las disposiciones aplicables, los solicitantes no tenían un derecho de residencia en suelo británico. A lo largo del proceso administrativo que se abrió con posterioridad a las denuncias, la Comisión pidió cuentas al Reino Unido sobre los criterios de concesión de las ayudas. En el curso de las actuaciones previas, por tanto, se fueron descartando incumplimientos por parte del Estado miembro en la denegación de algunas de las prestaciones. En efecto, en la medida en que los asuntos *Brey* y *Dano* ya habían dejado claro que los criterios de legalidad residencial de la Directiva se aplicaban a todo lo que se considerase asistencia social, en sentido amplio, incluyendo esas prestaciones especiales recogidas en el Reglamento, de todas las denuncias recibidas contra el Reino Unido tan solo dos de ellas quedaron finalmente como objeto de disputa. Ambas eran contribuciones por menores a cargo, *child tax credit* y *child benefit*, que según la apreciación del Abogado General Cruz Villalón, coincidente con la de la Comisión, no tenían consideración de prestaciones especiales, sino de auténticas prestaciones de seguridad social⁴¹. En concreto, eran dos prestaciones que representaban una especial preocupación para las autoridades británicas. Estas habían mostrado abiertamente su deseo de que se las excluyera del régimen de beneficios al que podían acceder los inmigrantes intracomunitarios cuando no hubieran contribuido al sistema de protección social y, siendo contribuyentes, como mínimo hasta pasados cuatro años desde que hubieran iniciado un empleo en el Reino Unido⁴².

Pues bien, renunciando a la lucha por el resto de prestaciones especiales denegadas, la Comisión siguió adelante con un recurso por incumplimiento contra el Reino Unido, centrado en esas dos prestaciones por menor a cargo. El fundamento del incumplimiento imputado, según la Comisión, era el siguiente: las prestaciones

⁴¹ Según razona el Abogado General, apoyando el argumento de la Comisión, y termina por no discutir el Reino Unido: “Respecto a la naturaleza de dichas prestaciones, coincido con la Comisión en que se trata de prestaciones de seguridad social a los efectos del Reglamento nº 883/2004. Concretamente, son prestaciones familiares en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra j), en relación con el artículo 1, letra z), del referido Reglamento, en la medida en que, de acuerdo con las características que se enumeran en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se trata de prestaciones que se conceden automáticamente a quienes cumplen determinados requisitos objetivos al margen, pues, de una apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, estando destinadas a compensar las cargas familiares”. Conclusiones del Abogado General en el asunto C-308/14, *cit.*, apartado 46. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia en la sentencia sobre el mismo asunto, *cit.*, apartado 60.

⁴² Así habría sido puesto de relieve con anterioridad al Consejo Europeo de febrero de 2016, en el que se llegaron a los acuerdos con el Reino Unido para evitar la salida de este Estado miembro. La intención del Reino Unido es que se excluyan para los ciudadanos europeos todos los beneficios consistentes en créditos fiscales, junto con el *child benefit*. Se expone así en el trabajo de MORRIS, M, “Freedom of movement and welfare: A way out for the prime minister?”, *Institute for Public Policy Research*, <http://www.ippr.org/publications/freedom-of-movement-and-welfare-a-way-out-for-the-prime-minister>, 2015, p. 4 (consulta 23/04/2016).

controvertidas se consideraban prestaciones de seguridad social, y no de asistencia social, por lo que el único test de residencia aplicable era el de la habitualidad de la misma, establecido en el Reglamento 883/2004, y no el de legalidad de la Directiva, que era más restrictivo. Trataba así la Comisión de evitar que las autoridades británicas discriminaran indirectamente a los ciudadanos europeos respecto a los nacionales, quienes, por lógica, estarían exentos del test de legalidad de la residencia. Y era evidente que la posibilidad de ser investigado en relación con la legalidad de la residencia constituía un desincentivo tanto para la solicitud de ayudas sociales por ciudadanos inactivos como, en definitiva, para la libertad de circulación. No solo es que el test de legalidad de la residencia de la Directiva fuera más exigente que el de *habitualidad* del Reglamento, sino que, además, el primero podía desembocar *in extremis* en la expulsión del ciudadano inactivo que resultase ser una carga para el Estado de acogida⁴³.

Por lo tanto, simplificando quizás en demasía los problemas conexos, la controversia en el asunto C-308/14 se centraba en si las disposiciones de la Directiva, determinantes a la hora de acceder a la asistencia social, también serían aplicables cuando lo que se solicitaba era el acceso a prestaciones de seguridad social⁴⁴. Consideraban las conclusiones del Abogado General que la respuesta afirmativa, confirmando que el test de la Directiva sería aplicable también al ámbito de coordinación del Reglamento en prestaciones de seguridad social, era la solución lógica en una comprensión sistemática del Derecho derivado⁴⁵. Eso sí, la visión sistemática del Derecho derivado

⁴³ El problema, y el objeto del recurso, estaría inicialmente en los términos en que se expresa la legislación británica, creando una ficción jurídica que anuda la idea de *habitualidad* con la estricta *legalidad*, conforme a la Directiva, al declarar que “no se encuentran” en el territorio del Reino Unido quienes no se hallan legalmente en dicho Estado con arreglo al Derecho de la Unión. Conclusiones del Abogado General en el asunto C-308/14, *cit.*, apartado 53. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia en la sentencia sobre el mismo asunto, *cit.*, apartado 62.

⁴⁴ Como ocurría en los asuntos *Brey*, *Dano* y *Alimanovic*, en C-308/14 se plantea la cuestión de la relación entre el Reglamento 883/2004 y la Directiva 2004/38 y la legitimidad de la toma en consideración de la legalidad de la residencia en el contexto de la tramitación de prestaciones sociales, con la diferencia de que en las cuestiones prejudiciales previas había un problema de interpretación de la Directiva con ciertas implicaciones del Reglamento, pero en el C-308/14 se trata de un problema de cumplimiento del propio Reglamento, en el que se discute si es pertinente o no aplicar las cláusulas de residencia de la Directiva. Conclusiones del Abogado General en el asunto C-308/14, *cit.*, apartado 2.

⁴⁵ Lo cual confirma el Abogado General al explicar que “el Derecho de la Unión somete el ejercicio de la libertad de circulación y residencia a determinadas limitaciones y condiciones, recogidas en particular en la Directiva 2004/38”, por lo que “parece claro que las disposiciones del Reglamento nº 883/2004 no pueden ser interpretadas de un modo tal que conduzca a neutralizar las condiciones y limitaciones que acompañan al reconocimiento y a la proclamación de dicha libertad”. Y por lo tanto estima “que un Estado miembro solo está obligado por el Reglamento nº 883/2004 a otorgar prestaciones sociales como las que son objeto del presente asunto a un ciudadano de la Unión que esté ejerciendo su libertad de circulación y de residencia regularmente en su territorio, esto es, en particular, en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38. En este sentido, la diferencia entre nacionales británicos y nacionales de otros Estados miembros se sitúa en un estadio anterior al de la operatividad del artículo 4 del Reglamento nº 883/2004, sin que, en consecuencia, afecte a su

situaba la cuestión de la discriminación en el límite de lo inevitable o, en la realidad, según se vea, pues discriminatoria, por más que lo sea en positivo, es la base de la configuración normativa de la ciudadanía europea⁴⁶.

En una visión sistemática, con ocasión del análisis de este asunto, no está de más insistir en la naturaleza de la coordinación en materia de seguridad social, pues sobre dicho ámbito los Estados miembros siguen reteniendo su competencia y la Unión tan solo tiene facultades para conectar sistemas autónomos y nacionales. Aunque la coordinación sea atribuida en función del objetivo de la libre circulación, objetivo común a la regulación de Directiva y del Reglamento, no hay que perder de vista en qué consiste una competencia compartida y a qué se dirige una facultad de coordinación.

Tras la sentencia del Tribunal de Justicia de junio de 2016, dando por buena la opinión del Abogado General y desestimando el recurso por incumplimiento en su totalidad, se hace prácticamente incontrovertible el requisito de la conformidad de las situaciones fácticas de los residentes en segundos Estados miembros con los criterios sobre residencia legal de la Directiva. Tal requisito se consolida como condición para el acceso a prestaciones sociales. Eso sí, siguiendo lo dispuesto en la Directiva, y recuperando los argumentos de *Brey*, el Abogado General explicaba que, al investigar la legalidad de la residencia de un solicitante de prestaciones sociales, el Reino Unido había de llevar a cabo dichas investigaciones de acuerdo con los parámetros de la Directiva y de la jurisprudencia *Brey*: descartando las generalizaciones y presunciones de ilegalidad, atendiendo al caso particular y activando, en caso de detección de una situación presunta de ilegalidad, las garantías de tutela jurisdiccional que establece la regulación europea. Posteriormente el Tribunal convalidaría en su sentencia el procedimiento de comprobación llevado a cabo por el Reino Unido, dando por proporcional y adecuadas las medidas utilizadas a tal fin⁴⁷.

En la solución de este asunto se pone de manifiesto la contracción del *efecto útil* de las disposiciones relativas a ciudadanía y no discriminación, unidas o no a la libre circulación⁴⁸. Esta última regresa poco a poco a su estado original, vinculado a la mo-

virtualidad". Conclusiones del Abogado General en el asunto C-308/14, *cit.*, apartados 73 y 77. Al margen de esto, y como observa el TJUE, en ningún caso parece que el Reino Unido haya pretendido "supeditar la verificación del carácter habitual de la residencia del solicitante en su territorio al requisito, entre otros, de gozar en dicho territorio de un derecho de residencia legal". Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-308/14, *cit.*, apartado 72.

⁴⁶ Así, si la condición de ciudadanía está llamada a cobrar relevancia cuando el individuo se desplaza a un Estado distinto de aquel del que es nacional, o se relaciona con las instituciones de alguno de ellos, la propia condición de ciudadanía contiene en sí el germen discriminatorio, desde el momento en que se establece la dicotomía entre nacionales propios y nacionales de otros Estados miembros de la Unión. En ese sentido, véanse las Conclusiones del Abogado General en el asunto C-308/14, *cit.*, apartado 75.

⁴⁷ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-308/14, *cit.*, apartados 83 a 86.

⁴⁸ Como se sabe, el efecto útil ha permitido estructurar la relación entre el Derecho de la Unión y el de los Estados miembros, deduciendo derechos y obligaciones a partir de normas de la Unión

vilidad económica y a la visión del ciudadano como factor productivo de un mercado común. La Comisión ha perdido, ante el Reino Unido y también ante el resto de socios, que por ahora permanecerán, la batalla por estirar o al menos mantener las ventajas que la condición de ciudadano de la Unión aportaba a los inmigrantes comunitarios. El hecho de que el asunto C-308/14 se trate de un proceso por incumplimiento deja más patente el esfuerzo beligerante de la Comisión en pro de la libertad de circulación y del concepto maximalista de ciudadanía, pues el alcance institucional del recurso por incumplimiento, en términos de protagonismo de la Comisión y en comparación con la cuestión prejudicial, es mucho más amplio. Además, el procedimiento por incumplimiento también significa que la sentencia final tiene una repercusión decisiva, pues su finalidad es atacar una práctica general y no discutir un caso individual, como en un procedimiento prejudicial. Tal práctica, la comprobación de la legalidad de la residencia como criterio para el acceso a las ayudas, queda avalada⁴⁹. Incluso con el *Brexit* ya aprobado y el Reino Unido en camino de salida, el resto de los Estados miembros podrá tomar nota en relación con prestaciones similares y, no lo olvidemos, en este caso ya no se trata de ayudas relacionadas con la subsistencia, sino de prestaciones no contributivas de seguridad social dirigidas a favorecer otros objetivos propios del Estado social, como la compensación económica por el cuidado de menores o la lucha contra la pobreza infantil⁵⁰.

IV. MOVILIDAD ECONÓMICA Y POST-CIUDADANÍA: EL LEGADO DEL BREXIT

1. La situación del Reino Unido en 2016 y el acuerdo para evitar la ruptura

Llamaríamos a engaño de no advertir al lector que la posición crítica del Reino Unido respecto a la Unión, la anterior al referéndum, ni tenía su principal foco en

que, en principio, no obligaban a implementar un mandato concreto y en ausencia de efecto directo. DRAKE, S., “Twenty years after Von Colson: the impact of “indirect effect” on the protection of the individual’s Community rights”, *European Law Review*, Vol. 30, 2005, pp. 329-348, p. 332; y PRECHAL, S., “Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union”, en BARNARD, C. (ed.), *The fundamentals of EU Law revisited*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 35-69, p. 35.

⁴⁹ El recurso por incumplimiento, diseñado para compeler a los Estados miembros a cumplir con las obligaciones del Derecho de la Unión, es quizás el más *federal* de los procedimientos de los que puede conocer el Tribunal de Justicia y, sin duda, el único que permite un pronunciamiento directo sobre la adecuación del Derecho estatal al europeo, pues la cuestión prejudicial a lo más que puede llegar es a determinar la incompatibilidad entre normas y apuntar a la preferencia de la europea en la aplicación. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y BAQUERO CRUZ, J., “Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Fundamentos*, núm. 4, 2006, pp.291-346, p. 310.

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General en el asunto C-308/14, *cit.*, apartados 43 y ss.

la cuestión de la inmigración intracomunitaria ni su solución en la reducción de solicitudes de prestaciones sociales por parte de residentes europeos en aquel territorio⁵¹. También parece estar claro que, detrás de la posición adoptada por el Reino Unido frente a las cuestiones tratadas en el asunto C-308/14, no había en realidad una estrategia de ruptura o de incumplimiento frontal por parte de sus autoridades, sino una propuesta determinada y sistemática para entender el Derecho derivado de la Unión. Tal propuesta, con efectos diferentes de la línea basada en el *efecto útil*, se guiaba por una firme voluntad de reconducir determinadas situaciones a un orden distinto, un orden acorde con los consensos con los que se adoptó el Derecho primario, y no menos que el derivado, en torno a la libre circulación y a la coordinación en materia de seguridad social⁵².

El choque entre la postura de las autoridades británicas y la de la Comisión fue evidente, si bien venía mitigado por la vuelta de tuerca que el Tribunal de Justicia había comenzado a dar en *Brey*. Pero, independientemente del sentido que pudiera adoptar el fallo del juez europeo en C-308/14, antes del mismo y por otra vía, el Reino Unido ya había obligado al resto de socios a repensar los términos en los que la libertad de circulación se había entendido hasta ese momento. Nos referimos a las repetidamente aludidas negociaciones para evitar la salida de este Estado de la Unión, que finalmente no contuvieron el voto mayoritario a favor del no.

De la importancia que el gobierno británico otorgaba a la reforma del acceso de los inmigrantes comunitarios al sistema de protección social patrio daba cuenta, en primer lugar, su petición de que hubiera restricciones, y más estrictas, a la libre circulación de ciudadanos de los futuros Estados miembros de la UE. Quería, el aún socio británico, que la libre circulación no se aplicara a futuros nuevos miembros hasta que sus economías convergieran mucho más estrechamente con los Estados miembros actuales⁵³. Pero mientras se ponía sobre la mesa tal exigencia y no, pues

⁵¹ En este sentido: KÜHN BACA, W. M., “Aspectos jurídicos y perspectivas políticas de una posible retirada de la Unión Europea por parte del Reino Unido”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, www.reei.org, núm. 30, 2015, p. 27.

⁵² Confirma MANGAS MARTÍN lo que ya intuíamos: que el Reino Unido, incluso en su discrepancia, es de los más rigurosos cumplidores de la legalidad de la Unión. MANGAS MARTÍN, A., “Los dilemas del Reino Unido...”, *op. cit.*, p. 20.

⁵³ Antes del Consejo Europeo de febrero de 2016 el Primer Ministro había señalado repetidamente que esa reforma es una exigencia *sine qua non* para la negociación del Reino Unido con la Unión sobre su permanencia. EU MORRIS, M., “Freedom of movement...”, *op. cit.*, p. 4. En consecuencia, la inmigración intracomunitaria es uno de los cuatro puntos (junto a la gobernanza económica, la competitividad y la soberanía) que el Primer Ministro establece como hitos para la negociación en su *Carta al Presidente del Consejo Europeo, Donald Tusk*, de 10 de noviembre de 2015. Explica el Primer Ministro en la carta que la necesidad de restringir la inmigración, tanto la de terceros países como la de ciudadanos de la Unión, se fundamenta en que el sistema social de ese país ha llegado al límite de su capacidad de absorción de inmigrantes, teniendo en cuenta que la propia población del Reino Unido, a diferencia de la de otros Estados europeos, se encuentra en un momento de crecimiento. La citada carta está disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/475679/Donald_Tusk_letter.pdf (consulta 25/04/2016).

como es obvio esta solo se iba a hacer valer cuando se produjera una nueva adhesión, lo inmediato estaba en ese acuerdo alcanzado en el Consejo Europeo entre el 18 y 19 de febrero de 2016. Fue ahí donde el Reino Unido consiguió sacar adelante compromisos a favor de la reducción del modo de ejercicio de la libertad de circulación en la Unión existente.

El acuerdo hubiera adoptado forma de Decisión, si el *Brexit* no se hubiera impuesto y se recoge en el documento de conclusiones del Consejo Europeo como Anexo I⁵⁴. En él se diseñaba un nuevo régimen para el Reino Unido dentro de la Unión Europea, régimen cuya entrada en vigor y efectos se diferían al momento, el que nunca llegó, en el que el gobierno del Reino Unido informase al secretario general del Consejo de que ese Estado había decidido seguir siendo miembro de la Unión Europea tras el referéndum convocado.

Ese fallido nuevo régimen comprendía el reposicionamiento de las relaciones entre el Reino Unido y la Unión en cuatro frentes: gobernanza económica, competitividad, soberanía y, finalmente, prestaciones sociales y libre circulación. En el frente de la libre circulación, la Decisión del Consejo apostaba por la visión minimalista, o legalista, de la libre circulación. En primer lugar, afirmaba la fundamentalidad del principio de libre circulación para el funcionamiento del mercado interior, admitiendo que el sentido de la movilidad tiene destinos preferentes, o preferidos. Reconocía la repercusión de la libre circulación sobre los sistemas de seguridad social de los distintos Estados miembros, sistemas estructurados de manera diversa según la autonomía de los Estados en la materia. En segundo lugar, aceptaba la legitimidad de la petición del Reino Unido dirigida a paliar los desequilibrios que pudiera crear la libre circulación, tanto a escala de la Unión como nacional, y la posibilidad de que, sin crear discriminaciones injustificadas, ni directas ni indirectas, se limitasen los flujos de trabajadores. A continuación, la Decisión se comprometía a tener en cuenta esa cuestión de cara a la futura evolución de la legislación de la Unión y del Derecho nacional pertinente.

En relación con la interpretación de las normas vigentes, en la Decisión se reafirmaba la autonomía de los sistemas estatales de seguridad social y el amplio margen de los Estados para perfilar las condiciones de acceso a las prestaciones sociales. Dentro de eso, se recordaban cosas ya dichas: que la libre circulación puede ser limitada por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, pero tam-

⁵⁴ CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Reunión del Consejo Europeo (18 y 19 de febrero de 2016)*, 19 de febrero de 2016, EUCO 1/16. <http://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2016/02/18-19/> (consulta 20/04/2016). Por un cruce de agendas políticas de los actores centrales europeos, el mismo Reino Unido, Alemania y Francia, la negociación se redujo a lo que se pudiera convenir mediante acuerdos políticos y, eventualmente, reformas de derecho derivado, renunciando a la exigencia inicial del Primer Ministro británico de que los acuerdos se hicieran a nivel de Derecho primario, cuestión que se diferiría a otro momento de oportunidad política más adecuada. No obstante, parece haber disfunciones en relación con la *unión cada vez más estrecha* del artículo 1 del TUE y en relación con el control de la subsidiariedad y el protocolo número 2, anexo al Tratado de Lisboa. MANGAS MARTÍN, A., “Los dilemas del Reino Unido...”, *op. cit.*, p. 4, p. 8 y pp. 10-11.

bién, y de manera proporcional, por razones imperiosas de interés general como pueden ser el fomento de la contratación, la reducción del desempleo, la protección de los trabajadores vulnerables y la garantía de la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social. Era como si los acuerdos de febrero de 2016 estuvieran dando la razón por anticipado al Reino Unido en el asunto C-308/14. Se admitía que pudiesen imponerse condiciones en relación con determinadas prestaciones para velar por la existencia de un vínculo real y efectivo entre la persona afectada y el mercado laboral del Estado miembro de acogida, siempre que las restricciones respondieran a parámetros de no discriminación, proporcionalidad y objetividad. Se insistía en que los ciudadanos no activos que ejercieran la libre circulación tendrían derecho a residir en el Estado de destino si, conforme a la Directiva, disponían, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida, además de un seguro de enfermedad con cobertura total. En caso contrario, como en *Brey*, *Dano*, *Alimanovic*, las autoridades estatales podrían denegar prestaciones sociales, incluidas las que sirvieran para cubrir los costes mínimos de subsistencia, a personas que no tuvieran recursos y no pudieran optar al derecho a la residencia. La negativa podía darse incluso si se trataba de demandantes de empleo y si dichas prestaciones estuvieran previstas, precisamente, para facilitar el acceso al mercado de trabajo.

La sincronía entre la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia en la materia y las determinaciones del acuerdo del Consejo Europeo para la permanencia del Reino Unido parece evidente. Difícil será volver a ver un giro maximalista en futuras resoluciones del juez europeo y difícil lo tendrá la Comisión para sostener argumentaciones en esa línea⁵⁵.

2. Límites para el acceso a prestaciones y nueva concepción del ciudadano móvil de la Unión

Tras exponer, por fin, las facultades de vigilancia e inspección que tienen los Estados miembros para prevenir el ejercicio fraudulento de la libertad de circulación y para proteger a las comunidades de acogida⁵⁶, la Decisión se ocupaba de

⁵⁵ A pesar de que, como señala MANGAS MARTÍN, “la Decisión enfatiza de forma preocupante que es *totalmente* compatible con los Tratados y que no altera los poderes de las Instituciones ni los procedimientos legislativos” y, aun así, “la última palabra la tiene el Tribunal de Justicia de la UE”. MANGAS MARTÍN, A., “Los dilemas del Reino Unido...”, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁶ Resumiendo, se recuerda la sumisión de los ciudadanos acogidos a las leyes del Estado receptor y la facultad de los Estados miembros para prevenir abusos, como la presentación de documentos falsificados, con especial atención a los matrimonios de conveniencia como vía para regularizar una estancia ilícita en un Estado miembro o a los desplazamientos que pretendan sortear las normas nacionales de inmigración aplicadas a nacionales de terceros países. Se confirma que los Estados miembros de acogida pueden adoptar medidas restrictivas, incluso preventivas y en ausencia de antecedentes pe-

dos medidas concretas de modificación del Derecho derivado de la Unión. Eran modificaciones que en su momento, iban a requerir la aprobación del Parlamento Europeo, pues se trataba de normas cuya reforma seguiría el procedimiento legislativo ordinario.

La primera era la relativa a la exportación de las prestaciones por hijo a cargo, que supondría una modificación del sistema de coordinación de seguridad social, es decir del Reglamento 883/2004. La modificación iba a hacer que estas prestaciones se adecuasen en su cuantía al nivel de vida del país de residencia del menor. La medida, directamente relacionada con las dos prestaciones controvertidas en el asunto C-308/14, intentaba evitar que el Reino Unido tuviera que hacer frente al coste de las ayudas por hijos residentes en el resto de los Estados miembros y apostaba por un mecanismo redistribuidor del coste social. Esto iba a tener, como es lógico, efectos inhibidores de la libre circulación, indirectos en su intensidad, y orientados, sobre todo, a evitar el efecto llamada de esas prestaciones específicas.

La segunda medida estaba específicamente dirigida a limitar la libre circulación y ya no se trataba de ciudadanos inactivos, de fraudes o prestaciones concretas, sino de medidas restrictivas generales que afectaban directamente al ejercicio de la libre circulación por motivos laborales. La Decisión avanzaba una futura modificación del Reglamento nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. Se proponía incorporar a la norma un mecanismo de alerta y garantía ante flujos de entrada de trabajadores, procedentes de otros Estados miembros, cuando las entradas tuvieran una magnitud excepcional y se dieran durante un periodo prolongado de tiempo. Hubieran estado incluidas las entradas que pudieran ser resultado de ampliaciones de la UE. El mecanismo de salvaguardia estaba pensado para funcionar de la siguiente manera: el Estado miembro que quisiera acogerse al mismo, notificaría a la Comisión y al Consejo la situación excepcional de afluencia. La excepcionalidad se mediría por la afectación a alguno de los siguientes puntos: a aspectos esenciales del sistema de seguridad social del Estado afectado, incluido el sistema primario de prestaciones vinculadas al ejercicio de una actividad profesional; al mercado laboral del Estado miembro, creando dificultades graves más allá de lo circunstancial; o al funcionamiento adecuado de los servicios públicos del Estado afectado. La Comisión estudiaría la notificación y, en su turno, el Consejo podría autorizar la restricción del acceso a las prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional en ese Estado. La limitación se aplicaría no ya a ciudadanos inactivos, sino a los trabajadores de la UE que llegasen por primera vez, durante un periodo total de hasta cuatro años desde el inicio del empleo y de manera gradual, pasando de una exclusión inicial completa a un acceso progresivo. De esta manera, se pretendía tener en cuenta el vínculo del individuo con la comunidad de acogida,

nales, para protegerse frente a conductas que amenacen de manera real y grave el orden o la seguridad pública. Se prevén intercambios de información y cooperación administrativa, intensificada entre los Estados miembros y con la Comisión, para hacer más eficaz la lucha contra estos fraudes.

olvidado por la jurisprudencia, dando consideración a la relación cada vez más sólida del trabajador, eso sí, con el mercado laboral del Estado miembro de acogida más que con la comunidad de acogida. En caso de concederse, la autorización del Consejo tendría una duración limitada a un periodo de siete años y solo para los trabajadores de la UE que llegasen por primera vez.

En lo que se refiere al Reino Unido, la autorización se infería, sin solución de continuidad, del Anexo VI del documento de conclusiones del Consejo Europeo, en el que se reconocía que la situación excepcional, la que pretendía solucionar el mecanismo, ya se daba en ese Estado⁵⁷. Aun inicialmente pensado para el Reino Unido, y habiendo decaído el contenido del acuerdo tras el *Brexit*, es importante subrayar que el mecanismo de salvaguardia descrito ni estaba reservado a dicho Estado ni había nada que obstase a su generalización. Siempre y cuando hubiera acuerdo al respecto en el Consejo, cualquier Estado que quisiera hacer uso de él, en circunstancias excepcionales de incremento de la inmigración interna, hubiera podido hacerlo. Y una vez instaurado el mecanismo mediante una reforma del Reglamento de libre circulación, parece que ni el Parlamento Europeo ni la Comisión, excepto por el estudio inicial de la notificación del Estado afectado, hubiera tenido intervención alguna en la autorización.

V. CONCLUSIÓN

Todo esto no hace sino confirmar que la libertad de circulación en la Unión está en camino de retorno hacia su estadio *comunitario*, el de pre-ciudadanía, en los tiempos en los que su significación era meramente económica: aquellos tiempos en los que la libre circulación no podía justificarse más allá de la movilidad sujeta a razones de trabajo. Y es que, como remate, al final de la Decisión del Consejo Europeo se declaraba que esas medidas futuras no deberían dar lugar a que los trabajadores de la UE recibieran un trato menos favorable que los nacionales de terceros países en situación comparable. Esto confirmaba, a su vez, que la ciudadanía europea había pasado a un nuevo estadio, ese de post-ciudadanía, en el que la exigencia de no discriminación de los ciudadanos europeos se ponía en relación con la situación de los extranjeros llegados de terceros países, en lugar de hacerlo, en la lógica del 18 TFUE, con los nacionales del país receptor.

En definitiva, una vez revisado el historial de la libre circulación en su relación con el acceso a prestaciones sociales en segundos Estados miembros, por toda conclusión enunciamos la siguiente: el triunfo del *Brexit* ha sido una consecuencia, pues las cosas ya habían cambiado en la Unión tras la crisis de 2008. Nada impide que, aun con el Reino Unido fuera, los acuerdos de febrero de 2016 sean reformu-

⁵⁷ CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Reunión del Consejo Europeo (18 y 19 de febrero de 2016)*, cit., Anexo VI.

lados y aprobados, en términos similares, o hasta exactos, por el resto de socios que permanece.

RESUMEN: En febrero de 2016 el Reino Unido llegó a un acuerdo con el resto de los socios europeos sobre las condiciones de su siempre incierta permanencia en la Unión. Un referéndum para decidir si los británicos seguían o no siendo “europeos” había sido convocado para junio de ese mismo año. El Primer Ministro, James Cameron, calculaba ya entonces los riesgos de un sí al Brexit y sabía que ganarle terreno a la política social de la Unión era una buena baza para evitarlo. La crisis económica, por una parte, llevaba tiempo lastrando el avance de la Unión. La de los refugiados, por otra, acrecentaba las reticencias a una mayor integración y alimentaba el rechazo del proyecto europeo. En aquel momento, sin embargo, hacía tiempo ya que la jurisprudencia constitucional y federal del TJUE, una jurisprudencia que en otro tiempo había sido pujante, impulsando las dinámicas integradoras más allá de lo previsto en la letra de los Tratados, había llegado a un especial punto de no retorno en materia de libertad de circulación y ciudadanía. Este trabajo analiza la situación de los derechos sociales vinculados a la libre circulación, particularmente tras el triunfo del Brexit y, en concreto, a través de una serie de sentencias relativas a prestaciones asistenciales, específicamente prestaciones solicitadas por ciudadanos europeos residentes en Estados miembros distintos del de su nacionalidad.

PALABRAS CLAVE: Brexit, derechos sociales, libre circulación

ABSTRACT: In February 2016 the United Kingdom reached an agreement with the rest of the European partners on the conditions of their always uncertain permanence in the Union. A referendum to decide whether or not the British were still “European” had been convened by June of that same year. The Prime Minister, James Cameron, was already calculating the risks of a yes to Brexit and knew that gaining ground on the Union’s social policy was a good thing to avoid. The economic crisis, on the one hand, had been weighing on the progress of the Union for some time. That of the refugees, on the other hand, increased reluctance to further integration and fueled the rejection of the European project. At that time, however, the Constitutional and Federal jurisprudence of the CJEU had long ago been a case in point, which had once been a vigorous case-law, fostering integration dynamics beyond the provisions of the Treaties, Point of no return in terms of freedom of movement and citizenship. In particular, a series of judgments on welfare benefits, specifically benefits requested by European citizens resident in Member States other than their nationality,

KEY WORDS: Brexit, social rights, freedom of movement.