

# LA DIRECTIVA 2004/38/CE Y LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE EL DISFRUTE DE LAS PRESTACIONES SOCIALES: ¿FRENO AL AVANCE EN MATERIA SOCIAL O ADECUACIÓN A LOS INTERESES DE LOS ESTADOS?

**Natalia Caicedo Camacho**

Profesora ayudante del Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. La evolución del modelo de coordinación social europeo. – 1.1. Evolución del marco normativo general previo a la Directiva 2004/38/CE. – 1.2. La evolución interpretativa de la solidaridad social en el TJCE. – 1.2.1. Los límites al derecho de residencia visto bajo la lente de la proporcionalidad: ¿un derecho de acceso a las prestaciones asistenciales?. – 1.2.2. Los límites al acceso a las prestaciones sociales por parte de los ciudadanos no económicamente activos. – 1.2.3. Recapitulación. – 2. El modelo social introducido en la Directiva 2004/38/CE: ¿un avance en materia de solidaridad? – 2.1. La Directiva 2004/38/CE y su contexto. – 2.2. La igualdad social diferida de los ciudadanos comunitarios no económicamente activos. – 2.3. Las particularidades del régimen de los estudiantes comunitarios en tanto que titulares de derechos sociales. – 2.4. El TJCE en la encrucijada: ¿adecuación a la Directiva o retroceso en la reconfiguración de la solidaridad europea?. – 3. Conclusiones. – Bibliografía. – *Resumen – Resum – Abstract.*

---

*Artículo recibido el 14/05/2013; aceptado el 29/07/2013.*

Este artículo se desarrolla en el marco del proyecto de investigación titulado “El ejercicio de las competencias comunitarias entre la UE y sus Estados miembros: técnicas jurídicas de coordinación” (DER 2011-23492/JURI), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Quisiera agradecer al profesor David Moya las aportaciones y comentarios que realizó a las diversas versiones del artículo, así como las que hizo el investigador Giuseppe Martinico. También quiero dar las gracias a los expertos independientes que a través de sus evaluaciones contribuyeron de manera significativa a mejorar el resultado final del artículo.

El modelo social de la Unión Europea se ha caracterizado por una constante tensión entre las posturas nacionales que abogan por mantener el acceso a los sistemas de bienestar como una cuestión de soberanía interna de los Estados miembros y las posturas que reivindican la incorporación al proyecto europeo de una perspectiva que permita superar la visión económica predominante en la ciudadanía de la Unión.<sup>1</sup> Esta tensión puede observarse en la interpretación del acceso a las prestaciones asistenciales realizada en los últimos años por el Tribunal de Justicia y por los Estados miembros a partir del artículo 18 TFUE (12 TCE). El presente artículo tiene como objetivo analizar el modelo social incorporado en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo de Europa, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y la correlación de fuerzas entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y dicha Directiva. En esta dirección se intentará establecer hasta qué punto el intento del Tribunal de Justicia por profundizar en el modelo social tuvo consecuencias en la posición final de la Directiva 2004/38/CE y, a su vez, qué efectos tuvo la Directiva 2004/38/CE sobre la estela que venía marcando la jurisprudencia del Tribunal.

## **1. La evolución del modelo de coordinación social europeo**

### **1.1. Evolución del marco normativo general previo a la Directiva 38/2004/CE**

Como acertadamente ha señalado el profesor Ferrera, el proceso de integración europea ha venido modificando la noción de ciudadanía social e incorporando importantes transformaciones a la capacidad de decisión de los Estados sobre los límites de la solidaridad.<sup>2</sup> La relativa

---

1. Para autores como Maurizio Ferrera, la reconfiguración de las fronteras nacionales en la esfera social desde 1970 ha sido el resultado de un tira y afloja entre los niveles nacionales y supranacionales, en donde los Estados miembros han sido capaces en varias ocasiones de afirmar sus intereses y de recuperar parte de las prerrogativas fundamentales para su soberanía. Maurizio Ferrera, *The Boundaries of Welfare: European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 164.

2. Maurizio Ferrera, "Towards an Open Social Citizenship? The New Boundaries of Welfare in the European Union", en *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 12. Sobre las distintas vías en que los Estados del

apertura del Estado del bienestar más allá de los exclusivos vínculos nacionales de la ciudadanía con el Estado ha sido, en gran medida, impulsada por la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones incluidas en diversos instrumentos internacionales, por los cambios en los procesos migratorios hacia la Unión, por la relativización de la noción de soberanía nacional en un contexto de integración supranacional europea, así como por las demandas que, en el marco de la Unión, reclamaban una profundización del proyecto europeo en materia de protección social.

El principio de igualdad de trato en materia de beneficios sociales se reconocerá a los trabajadores que, habiendo hecho uso de la libertad de circulación, residan y trabajen en otro Estado miembro a través del Reglamento 1612/68/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.<sup>3</sup> Posteriormente, y con el objetivo de ahondar en el proyecto europeo de protección social, se hace evidente la necesidad de contar con unas bases comunes que requieren una mínima voluntad, por parte de los Estados miembros, de coordinar sus sistemas de Seguridad Social.<sup>4</sup> Dicha coordinación ya estaba presente en los inicios del proceso de integración europea y respondía a la lógica comunitaria, lógica que pasa por la eliminación de los obstáculos que una concepción territorial y nacional en materia de prestaciones contributivas pueda causar en el proceso de integración económica. Así, en el marco de la libre circulación de trabajadores y de la libertad de establecimiento se intentará asegurar, a través de la adopción del Reglamento 1408/71

---

bienestar han abierto las fronteras a los no nacionales, véase Martín Baldwin-Edwards, "Immigrants and Welfare State in Europe", en Douglas Massey and Edward Taylor (eds.) *International Migration Perspectives and Policies in a Global Market*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 320-322.

3. El artículo 7.2 del Reglamento 1612/68/CEE señala que el trabajador de un Estado miembro "se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales".

4. Según Michael Dougan y Eleanor Spaventa, el modelo supranacional de solidaridad social se desarrolla por vía de la incorporación del principio de asimilación, el cual garantiza una igualdad de trato entre los ciudadanos comunitarios y los ciudadanos del Estado de acogida. En una primera fase el modelo de asimilación supranacional se focaliza en el compromiso de la libertad de movimiento de trabajadores y establecimiento, y tras la introducción de la ciudadanía europea se inicia una segunda fase del modelo en la que se cuestiona la contribución económica como barrera a la integración social del ciudadano europeo que se traslada a otro Estado miembro. Michael Dougan y Eleanor Spaventa, "'Wish You Weren't Here...': New Models of Social Solidarity in the European Union", en Michael Dougan and Eleanor Spaventa (eds.) *Social Welfare and EU Law*, Portland-Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 189-190.

sobre coordinación en materia de Seguridad Social, que los ciudadanos desplazados reciban en el Estado de acogida el mismo trato en materia de la Seguridad Social que los nacionales. De esta forma se reconoce el principio de igualdad de trato en materia de prestaciones sociales contributivas, es decir, de aquellas prestaciones vinculadas a la condición de trabajador. Por vía del Reglamento se garantiza que los ciudadanos económicamente activos no verán, en ningún caso, mermados los derechos de naturaleza prestacional que se deriven de su condición laboral cuando hagan uso de la libertad de movimiento y se trasladen a otro Estado miembro. De esta manera, se desplaza a la nacionalidad como único criterio de atribución de la titularidad de derechos del régimen de la Seguridad Social, y se incorpora la regla de la residencia y la contribución económica al sistema para aquellos trabajadores que hayan hecho uso de la libertad de movimiento intracomunitario.

Años más tarde, el derecho comunitario dará un paso más al reconocer el derecho de residencia en otro Estado miembro a los ciudadanos no económicamente activos, aunque liberará a los Estados de acogida de cualquier tipo de responsabilidad social sobre tales ciudadanos. Así, las directivas dictadas en la década de los noventa (Directiva 90/364/CEE, Directiva 90/365/CEE y Directiva 93/96/CEE) reconocen el derecho a residir en un Estado miembro a los ciudadanos no económicamente activos siempre que la residencia de estos no implique una carga para la asistencia social de los Estados de acogida.<sup>5</sup> El reconocimiento de la residencia a los ciudadanos que se trasladan al margen de una actividad económica supuso un avance importante en la desvinculación de la libertad de movimiento respecto de la actividad económica ejercitada por esos ciudadanos.<sup>6</sup> Así, los estudiantes,<sup>7</sup> los pensionistas o los ciudadanos no trabajadores podrán residir en cualquier Estado de la Unión con independencia de si realizan o no

---

5. Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia; 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, y Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.

6. A. Pieter Van der Mei, *Free Movement of Persons within the European Community, Cross-Border Access to Public benefits*, Oxford-Portland Obregon: Hart Publishing, 2003, p. 40.

7. Sobre el establecimiento del principio de libertad de movimiento para los estudiantes, véase Asunto C-293/83, *Gravier* [1985] ECR-I 85; Asunto C-152/82, *Forcheri* [1983] ECR-I 577; Asunto C-357/89, *Raulin* [1992] ECR-I 1054.

una actividad laboral. No obstante, tanto el preámbulo de las tres normas como el artículo primero de cada una de ellas enfatizan que los beneficiarios del derecho de residencia no deben convertirse en una carga social para los Estados de acogida y, en todo caso, los Estados se reservan el derecho de proceder a su expulsión en estos supuestos.

Desde esta perspectiva, en el origen del diseño inicial del modelo de coordinación en materia social se inserta una distinción entre los ciudadanos comunitarios que hacen uso de la libertad de circulación intracomunitaria en función de si los mismos desempeñan una actividad económica. El acceso a las prestaciones sociales del Estado de acogida solo se permite cuando el ciudadano comunitario se inserta en el mercado laboral y contribuye al sistema de Seguridad Social del Estado de acogida, es decir, la protección asistencial se inscribe en el marco de una de las libertades económicas basilares de la Unión.<sup>8</sup> Como consecuencia, se ha acusado en reiteradas ocasiones al proceso de integración europea de padecer una forma de solidaridad asimétrica<sup>9</sup> en la medida en que no se utilizan con la misma intensidad los instrumentos jurídicos cuando de la promoción de la integración económica se trata que cuando se decide impulsar procesos de integración vinculado al principio de solidaridad.<sup>10</sup> Algunos autores hablan incluso de mercantilización o instrumentalización de la ciudadanía, en el sentido de que la construcción de la ciudadanía europea parece diseñarse para profundizar en mayor medida en la integración económica que en la integración social.<sup>11</sup> Así, lejos de un principio de solidaridad eu-

---

8. Se ha criticado que a través de estas directivas se institucionaliza una enorme disparidad de trato y se introducen dos categorías de ciudadanos. Por una parte, se hallan los ciudadanos económicamente activos a quienes se les reconoce un acceso a la protección asistencial porque se presume su contribución en la vida y prosperidad de los Estados de acogida. Por otra parte, se encuentran los derechos de los ciudadanos que no realizan ninguna actividad económica y que son, en principio, excluidos del acceso al sistema interno de solidaridad social. Stefano Giubboni, "A Certain Degree of Solidarity? Free Movement of Persons and Access to Social Protection in the Case Law of the European Court of Justice", en Malcom Ross y Yuri Borgamann-Prebil, *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 170.

9. Ferrera, *The Boundaries of Welfare...*, 2005, p. 134.

10. Dougan and Spaventa, "Wish You Weren't Here...", 2005, p. 183.

11. Michelle Everson, "The Legacy of the Market Citizen", en Jo Shaw and Gillian More (eds.) *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 90. Entre otros autores, Maarten Vink subraya la visión económica de la ciudadanía europea, si bien indica que los planteamientos políticos iniciados a principios de la década de los noventa han ido modificándose significados en el objetivo de transformar una Comunidad Europea centrada en la terminación del mercado interno hacia una Unión Europea que no necesariamente envuelve acciones directamente relacionadas con el mercado. Maarten

ropea, el modelo de coordinación social europeo nace simplemente para evitar que la negación del acceso a las prestaciones sociales por parte de los Estados a ciudadanos económicamente activos en circulación intracomunitaria no suponga un obstáculo al ejercicio efectivo de las libertades económicas, en especial de la libertad de circulación de trabajadores. De esta manera, la primacía de la integración del mercado acaba instrumentalizando la protección social para lograr los objetivos económicos, mientras que la activación de aquellos espacios donde la proyección del principio de solidaridad se hace más intensa queda ligada al concepto de soberanía nacional.

A partir del año 2000, el modelo de coordinación social europeo sufrirá importantes modificaciones. Por una parte, los Estados inician un proceso de reforma de las directivas sobre el derecho de residencia de los trabajadores por cuenta propia o ajena, así como de los trabajadores que han dejado de ejercer una actividad laboral o los estudiantes, con el principal objetivo de superar la fragmentación existente. Como veremos más adelante, este proceso de reforma culmina con la inclusión del derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos en el marco de aplicación de la Directiva 2004/38/CE.

Por otra parte, en el año 2004 se reformará el sistema de coordinación de la Seguridad Social a través del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Esta norma revistió la residencia en los Estados miembros de alcance comunitario e indirectamente eliminó los requisitos de residencia previa que la legislación sobre prestaciones sociales suele introducir. Al respecto cabe apuntar que, a partir de la promulgación del Reglamento 1408/71, el Tribunal de Justicia abrió una línea jurisprudencial que permitía a los trabajadores comunitarios disfrutar del sistema no contributivo de la Seguridad Social del Estado de acogida y a la vez exportar las prestaciones sociales al Estado al cual se desplazaba el trabajador.<sup>12</sup> La respuesta de los Estados ante la línea abierta por el TJCE fue la de incluir a través del Reglamento 1271/92 el listado de prestaciones no contributivas que estos estaban dispuestos a reconocer a los trabajadores comunitarios residentes en su territorio y, de esta forma, cerrar la expansión hacia

---

Vink, *Limits of European Citizenship: European Integration and Domestic Immigration Policies*, New York: Palgrave, p. 64.

12. Asunto C-1/72, *Frilli* [1972] ECR I-69; Asunto C-24/74, *Biason* [1974] ECR I-100; Asunto C-139/82, *Piscitello* [1983] ECR I-1428; Asunto C-356/89, *Newton*, ECR I-3035; Asunto C-379/85, *Giletti* [1986] ECR I-971.

el campo asistencial que venía realizado el Tribunal de Justicia. En este contexto, y como se verá más adelante, el Reglamento 883/2004/CE parece cerrar la discusión al reconocer efectos a la residencia con independencia del lugar donde se hubiera materializado. Esta reforma no solo implicó la supresión de las trabas a la libertad de movimiento de trabajadores, sino que también supuso apostar, de manera significativa, por la superación del principio nacional en favor de la residencia en el Estado miembro.

## 1.2. La evolución interpretativa de la solidaridad social en el TJCE

En la evolución del marco normativo descrito han sido determinantes tanto los avances que sobre ciudadanía suponen los sucesivos tratados de Maastricht y Ámsterdam como la posición que, en consecuencia, asume el TJCE a partir de la década de los noventa. La interpretación del Tribunal respecto de la ciudadanía europea se refleja en los casos *Martínez Sala*<sup>13</sup> y *Baumbast*,<sup>14</sup> en los que el Tribunal desliga la protección de las libertades comunitarias de la finalidad exclusivamente económica, hasta el punto de entrar a partir de *Grzelczyk*<sup>15</sup> en la difícil tarea de extender a los ciudadanos no económicamente activos algunos beneficios derivados de la solidaridad nacional. Varios de esos pronunciamientos se producirán durante la fase de discusión y elaboración de la futura Directiva 2004/38/CE, la cual reconfigura el alcance del principio de igualdad en las prestaciones sociales y, por consiguiente, es portadora a su vez de un modelo social. Esta supone, además, un modelo que, como veremos en el apartado siguiente, será distinto del que el TJCE estaba perfilando a través de su jurisprudencia. Para poder aproximarnos a ambos modelos y contrastar las influencias y diferencias entre ellos, empezaremos por analizar algunas de las sentencias emblemáticas del TJCE dictadas con anterioridad a la Directiva 38/2004/CE, donde el Tribunal sienta las bases de un modelo de ciudadanía social europea a partir del examen de los límites o de los requisitos al derecho de libre circulación y residencia a través del principio de proporcionalidad.

---

13. Asunto C- 85/96, *Martínez Sala* [1998] ECR I-2708.

14. Asunto C-413/99, *Baumbast* [2002] ECR I-7091.

15. Asunto C-184/99, *Grzelczyk* [2001] ECR I-6229.

### 1.2.1. Los límites al derecho de residencia visto bajo la lente de la proporcionalidad: ¿un derecho de acceso a las prestaciones asistenciales?

En el asunto *Grzelczyk*, el Tribunal analiza, a la luz del artículo 18 TFUE (art. 6 del Tratado CE en el momento de presentación de la cuestión prejudicial), las limitaciones introducidas por la Directiva 93/96/CEE sobre el derecho de residencia de los estudiantes. En este caso, el señor *Grzelczyk*, de nacionalidad francesa, inició sus estudios universitarios en Bélgica y solicitó un subsidio *minimex*, pero el Ministerio federal belga denegó la prestación porque el interesado no tenía la nacionalidad belga y se encontraba residiendo como estudiante. Bajo la regulación de la Directiva 93/96/CEE los Estados miembros pueden exigir a los estudiantes la disposición de recursos para evitar que, durante su periodo de residencia, se conviertan en una carga para la asistencia social del Estado de acogida. No obstante, el Tribunal indicó que dicha limitación debe ser interpretada a la luz de la ciudadanía europea e introdujo la premisa referida a que "la vocación del estatuto de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentren en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico",<sup>16</sup> a partir de esta interpretación el término "carga" para el erario del Estado miembro de acogida debería valorarse como una carga no excesiva. A juicio del TJCE, la Directiva 93/96/CEE admite cierta solidaridad económica, en particular si las dificultades que atraviesa el beneficiario del derecho de residencia tienen carácter temporal.

*Grzelczyk* es, sin duda, una continuación de *Martínez Sala*<sup>17</sup> y a la vez una ruptura con *Lair y Brown*.<sup>18</sup> A través de *Martínez Sala* el Tribunal dedujo de la ciudadanía de la Unión la garantía del principio de igualdad de trato en el acceso a las prestaciones sociales y sugirió que mientras la persona residiera legalmente en el territorio tenía derecho a solicitar en igualdad de condiciones ayudas sociales. Posteriormente, *Grzelczyk* confirma que los ciudadanos de la Unión

16. *Ibidem*, apartado 31.

17. Asunto C-85/96, *Martínez Sala* [1998] ECR I-2708.

18. En los asuntos *Lair y Brown* el Tribunal negó que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad pudiese ser aplicado a los estudiantes en relación con el acceso a las ayudas sociales. Asunto C-39/86, *Lair* [1988] ECR 3161; Asunto C-197/86, *Brown* [1988] ECR 3205.



residentes en otro Estado miembro pueden confiar en el artículo 12 TCE (18 TFUE) para solicitar asistencia social cuando se encuentren en un supuesto de necesidad económica. Para llegar a esta afirmación, el Tribunal introduce el principio de solidaridad entre ciudadanos de la Unión como principio modulador de las limitaciones previstas en la Directiva 93/96/CEE, principio que si bien no era un criterio ajeno a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,<sup>19</sup> se había limitado al ámbito de las libertades económicas de trabajadores.<sup>20</sup> Por lo tanto, con *Grzelczyk* se activa para los ciudadanos no económicamente activos un proceso de ampliación del modelo social europeo en el que la posibilidad de disfrutar de los beneficios sociales no queda vinculada de manera exclusiva a la actividad económica que realice el ciudadano en el país de acogida. En consecuencia, la interpretación que extrae el TJCE del artículo 12 TCE (18 TFUE) parece acercarse a la aplicada por el Tribunal en el contexto de la libertad de movimiento de trabajadores<sup>21</sup> y, en todo caso, la denegación automática de una prestación asistencial puede conllevar una vulneración del Tratado.<sup>22</sup>

Para algunos autores *Grzelczyk* significa también la extensión del principio de proporcionalidad como instrumento de ponderación de las limitaciones que el derecho secundario introduce en la ciudadanía de la Unión.<sup>23</sup> El artículo 1 de la Directiva 93/96/CEE requiere explícitamente que los estudiantes dispongan de recursos para evitar

19. Sobre el alcance de la solidaridad en el ámbito europeo, véanse Asunto C-159/91, *Poucet* [1991], ECR I 664; Asunto C-67/96, *Albany* [1996], ECR 5863.

20. Giubboni, "A Certain Degree of Solidarity?...", 2010, p. 169. No obstante, cabe cuestionarse hasta qué punto la extensión del principio de solidaridad hacia los espacios no vinculados a las libertades económicas ha sido en pronunciamientos posteriores ratificado por el Tribunal. En el Asunto *Ninni-Orasche*, relativo a la aplicación de la Directiva 93/96/CEE sobre el derecho de residencia de los estudiantes y el acceso al sistema de becas, la referencia a un mínimo de solidaridad como principio modulador de las limitaciones introducidas por la Directiva es en repetidas ocasiones mencionada en las conclusiones del abogado general, el señor L. A. Geelhoed. Sin embargo, el Tribunal de Justicia omite repetir la frase citada en *Grzelczyk* sobre el hecho de que la Directiva 93/96 admite una cierta solidaridad económica y, por lo tanto, no se traslada a *Ninni-Orasche*. Asunto C-413-01, *Ninni-Orasche* [2001] ECR I-13217.

21. Van der Mei, *Free Movement of Persons...*, 2003, p. 49.

22. Jesse Moritz, "The Value of "Integration" in European Law: The Implications if the *Förster* Case on Legal Assessment of Integration Conditions for Third-Country Nationals", en *European Law Journal*, vol. 17, núm. 2, Blackwell, 2007, p. 174.

23. En este sentido, Roderic O'Gorman, "The Proportionality Principle and Union Citizenship", en *Mitchel Working Paper Series*, núm. 1/2010, Europa Institute, University of Edinburgh, 2009; Catherine Barnard, "EU Citizenship and the Principle of Solidarity", en Dougan and Spaventa (eds.) *Social Welfare and EU Law...*, 2005, p. 157-180, p. 170.

que, durante su periodo de residencia, se conviertan en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Sin embargo, el Tribunal se apoya en la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión de convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros para señalar que las limitaciones introducidas en el derecho de residencia deben reconocer un cierto grado de solidaridad y, por lo tanto, la valoración del concepto de carga excesiva debe extraerse de las circunstancias de cada caso. Es cierto que en ninguno de sus razonamientos el Tribunal hace una expresa mención al principio de proporcionalidad, que como veremos a continuación sí mencionará posteriormente en *Baumbast* y en *Collins*, pero, tal y como sostiene O’Gorman, la interpretación que el TJCE realiza del término “solidaridad económica” lleva hacia la extensión del principio de proporcionalidad para ponderar las limitaciones que fijan los Estados a la libre circulación de personas o de la ciudadanía europea que será expuesta en *Baumbast*.<sup>24</sup>

La proporcionalidad en el marco comunitario se introduce como un principio que según el artículo 6 del Tratado de la Unión rige, junto con la subsidiariedad, el ejercicio de las competencias de la Unión. En este sentido, el propio Tratado establece que el contenido y la forma de la acción de la Unión no deberán exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos de los tratados. Por su parte, el Tribunal de Justicia ha acudido en repetidas ocasiones a la proporcionalidad para ponderar las medidas legislativas y administrativas que limitan los intereses privados, los derechos individuales y las libertades comunitarias.<sup>25</sup> Sin embargo, no será hasta *Baumbast* cuando el TJCE decida extender la proporcionalidad más allá del campo de las libertades económicas, tal y como lo había hecho hasta el momento, y proceda a evaluar las limitaciones introducidas por el derecho secundario al derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos.<sup>26</sup>

A partir de aquí el Tribunal ha intentado convertir la residencia en el instrumento idóneo para extender el principio de igualdad de trato más allá del ámbito económico y contributivo. Como veremos a continuación, la residencia en el Estado de acogida como un reflejo

24. O’Gorman, “The Proportionality Principle...”, 2009.

25. Tor-Inge Harbo, “The Function of the Proportionality Principle in the EU Law”, *European Law Journal*, vol. 16, núm. 2, Blackwell, 2010, p. 171.

26. Michael Dougan, “The Constitutional Dimension to the Case Law on Union Citizenship”, *European Law Review*, vol. 12, núm. 1, Sweet & Maxwell, 2006, p. 621.

de los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión fue la opción tomada por el Tribunal tanto para reexaminar los límites de las directivas de la década de los noventa como para cerrar el debate abierto con los Estados sobre la ampliación al campo no contributivo del Reglamento 1408/71/CEE. Así, *Martínez Sala*, *Baumbast* y *Swaddaling* sitúan la residencia en el Estado miembro como el estatuto a través del cual, en términos muy semejantes a la nacionalidad, se regula la relación entre el Estado y los ciudadanos. Esta opción se ha materializado a distintas velocidades según sea el marco normativo en que se desarrolla el traslado.

En primer lugar, para los ciudadanos que se trasladan en el marco de las directivas 90/34/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, es decir, los ciudadanos no económicamente activos, la apertura del principio de igualdad en materia asistencial tiene como punto de partida la interpretación que el Tribunal ha hecho de la ciudadanía de la Unión. En *Martínez Sala* el Tribunal de Justicia utilizó por primera vez la noción de "ciudadanía" para ampliar los derechos de los ciudadanos de la Unión y señaló que los ciudadanos de la Unión pueden invocar el artículo 18 TFUE (artículo 6 del Tratado CE en el momento de prestación de la demanda) en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho comunitario, incluida la concesión de una prestación asistencial.<sup>27</sup> A través de esta afirmación se abre la puerta para que el principio de igualdad y no discriminación se aplique a los ciudadanos de la Unión bajo los mismos términos que los ciudadanos nacionales que tienen su domicilio o residencia en ese Estado miembro.<sup>28</sup> Posteriormente, en *Baumbast* el TJCE reinterpreta a la luz de la ciudadanía de la Unión los requisitos incorporados en la legis-

27. Asunto C-85/96, *Martínez Sala* [1998] ECR I-2708, apartado 63. Al respecto, véanse Asunto C-34/09, *Ruiz Zambrano* [2011] ECR I-01177; Asunto C-200/02, *Zhu y Chen* [2004] ECR I-9926, Asunto C-148/02, *García Avello* [2003] ECR I-11613; Asunto C-413/99, *Baumbast* [2002]; Asunto C-184/99, *Grzelczyk* [2001] ECR I-6229. Entender la ciudadanía de la Unión como un estatuto fundamental ha conllevado también el reconocimiento de un conjunto de derechos para los ciudadanos de la Unión sin que previamente se haya hecho uso de la libertad de circulación. En este sentido, sobre los derechos de la ciudadanía estática véanse Asunto C-34/09, *Ruiz Zambrano* [2011] ECR I-01177; Asunto C-434/09, *McCarthy*, ECR I-03375; Asunto C-256/11, *Dereci* [2011] no publicado aún; Asunto C-86/12, *Aloпка* [2013], no publicado aún; Asunto C-87/12, *Ymeraga*, conclusiones del abogado general [2013], no publicado aún.

28. Para autores como Kay Hailbronner, con *Martínez Sala* el Tribunal utilizó por primera vez la ciudadanía de la Unión para eludir las limitaciones específicas de la legislación secundaria, pese a que dichas limitaciones se encuentran reconocidas en el art. 18 TCE. Kay Hailbronner, "Union Citizenship and Access to Social Benefits", *Common Law Market Review*, vol. 42, núm. 5, Wolters Kluwer, 2005, p. 1247.

lación secundaria al derecho de residencia. A diferencia de *Martínez Sala*, caso en que el derecho aplicable era el Reglamento 1612/62/CEE o el Reglamento 1408/71/CEE, en *Baumbast* el derecho secundario aplicable es la Directiva 90/364/CEE y, por lo tanto, nos situamos de manera explícita en el campo de los ciudadanos no económicamente activos. En este caso, el Tribunal evalúa si requerir un seguro médico que cubra todas las eventualidades para la renovación del permiso de residencia del señor Baumbast, nacional alemán residente en el Reino Unido, resulta conforme al artículo 18 TCE (21 TFUE). El TJCE retoma lo que ya había señalado en *Grzelczyk* sobre la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión de convertirse en un estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y, a partir de esta premisa, deriva dos afirmaciones que hacen de *Baumbast* un caso de referencia en materia de acceso a las prestaciones sociales por parte de los ciudadanos no económicamente activos.

Por una parte, el Tribunal otorga efecto directo al derecho de residencia. Es cierto que, en pronunciamientos anteriores, el TJCE ya había declarado que el derecho de los nacionales de un Estado miembro a entrar en el territorio de otro Estado miembro y a residir en él era un derecho directamente conferido por los tratados, si bien se encontraba sujeto a la realización de una actividad económica.<sup>29</sup> Sin embargo, en esta ocasión el Tribunal indica que ahora debemos situarnos en un contexto post-Maastricht, en el que los Estados miembros introdujeron el estatuto de ciudadano de la Unión. Por lo tanto, el efecto directo del derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros debe atribuirse al margen de la realización de una actividad económica en el país de acogida. En consecuencia, en *Baumbast* se declara que “un ciudadano de la Unión Europea que ya no disfruta en el Estado miembro de acogida de un derecho de residencia como trabajador migrante puede, en su condición de ciudadano de la Unión, disfrutar en ese Estado de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del artículo 18 TCE, párrafo 1”.<sup>30</sup>

Por otra parte, el TJCE señala que las limitaciones y condiciones del derecho de residencia fijadas en las previsiones secundarias

29. Desde el Asunto *Roux* el Tribunal había otorgado el efecto directo al derecho de residencia. Asunto *Roux*, C-363/89 [1989] ECR I-00273.

30. En *Baumbast*, el Tribunal de Justicia reconoce también el derecho de residencia de los progenitores, de terceros países, de ciudadanos de la Unión, en los casos en los que el menor sigue cursos de enseñanza general. Al respecto véanse también Asunto C-310/08, *Ibrahim* [2010] ECR I-01065; Asunto C-480/08, *Teixeira* [2010] ECR I-01107.

del derecho comunitario deben ser aplicadas en concordancia con el principio de proporcionalidad, es decir, las limitaciones al derecho deben ser apropiadas y necesarias para alcanzar la finalidad perseguida. Como resultado, los requisitos dirigidos a garantizar que la persona no suponga una carga para el sistema asistencial del Estado de acogida (recursos suficientes y seguro de enfermedad) dejan de ser analizados bajo la lente del control estricto que no admite fisuras, para evaluarse en un marco menos rígido de cargas razonables. De esta forma, nos encontramos ante un escenario en el que el Tribunal de Justicia interpreta las libertades del Tratado de manera muy similar a como venía entendiéndolas para los ciudadanos económicamente activos, solo que, esta vez, comprende a todas las personas que residan legalmente en cualquier parte del territorio de la Unión.<sup>31</sup>

Tras una lectura conjunta de *Martínez Sala* y *Baumbast* se observa que el TJCE evalúa a través de la proporcionalidad los límites económicos introducidos por el derecho secundario a la ciudadanía europea y, de esta forma, busca situar la residencia comunitaria como el nexo a partir del cual se rigen las relaciones entre el Estado de acogida y el ciudadano, sin más adjetivos que la nacionalidad de un Estado miembro. La garantía del principio de igualdad de trato en materia de beneficios sociales nace como instrumento para facilitar la libertad de movimiento de los trabajadores. No obstante, en el nuevo marco de la ciudadanía de la Unión, el Tribunal de Justicia pretende desvincular la igualdad de trato de sus connotaciones económicas y reconocer la residencia como un estatuto a partir del cual los derechos emergen no solo como resultado de la contribución que un trabajador realiza a las arcas de la Seguridad Social, sino también como efecto del vínculo entre residencia en el Estado de acogida y ciudadanía de la Unión. Así, dos años después de *Baumbast*, en el asunto *Trojani*<sup>32</sup> el TJCE reafirma el efecto directo del derecho de residencia y la aplicación del principio de proporcionalidad sobre los requisitos que, en virtud del derecho secundario, los Estados incorporan al mismo, pero, además, indica que un ciudadano no económicamente activo al cual se le ha reconocido el derecho de residencia en virtud del artículo 18 TCE podrá invocar el artículo 12 TCE a fin de que se le conceda una ayuda social.

31. Henri de Waele, "EU Citizenship: Revisiting its Meaning, Place and Potential", *European Journal of Migration and Law*, vol. 12, núm. 3, Martinus Nijhoff, 2010, p. 329.

32. En *Trojani* se examina la negativa por parte del Gobierno belga a otorgar una prestación social a un nacional francés que se encontraba residiendo en Bélgica en el marco de la Directiva 90/364. Asunto C- 466/02, *Trojani* [2004] ECR I-7573.

También en el asunto *Collins*<sup>33</sup> el Tribunal concluyó que, en virtud de los derechos vinculados a la ciudadanía de la Unión y tras una lectura conjunta de los artículos 39 y 12 TCE, no es posible excluir a los solicitantes de empleo del derecho a la igualdad de trato respecto de aquellos beneficios sociales que buscan promover el acceso al mundo laboral en el Estado de acogida. En este caso, se evalúa la compatibilidad entre el requisito de la residencia habitual de la legislación del Reino Unido para el disfrute de las prestaciones sociales y el principio de igualdad de trato previsto en el artículo 12 TCE (18 TFUE). La denominada residencia habitual de la legislación británica<sup>34</sup> ya había sido cuestionada previamente en el asunto *Swaddling*,<sup>35</sup> pero a diferencia de *Swaddling*, en que fue analizada bajo la óptica del Reglamento 1408/71/CEE, el asunto *Collins* se sitúa en el supuesto de los nacionales no económicamente activos.<sup>36</sup>

El Tribunal de Justicia señaló que la situación del señor Collins debía ser analizada bajo la perspectiva del artículo 45 TCE (21 TFUE), es decir, en el ámbito del Reglamento 1612/68/CEE sobre la libre circulación de trabajadores, y no de la Directiva 68/260/CEE. La novedad de *Collins* reside en que el Tribunal no solo recuerda que los solicitantes de empleo tienen un derecho de acceso al empleo en las mismas condiciones que los nacionales, sino que además evalúa si a la luz de otras disposiciones del derecho comunitario este colectivo puede acceder al sistema de ayudas sociales en el Estado de acogida. Para ello, retoma la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión de convertirse en un estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, e indica que la residencia en el Estado miembro constituye un requisito válido para el acceso a las prestaciones sociales porque a través de esta puede acreditarse la existencia de un vínculo real entre el demandante

33. Asunto C-138/02, *Collins* [2002] ECR I-02703.

34. En 1996 el Gobierno británico introdujo la figura del *resident test* para el acceso a los beneficios sociales no contributivos y para las prestaciones en materia de vivienda. Tras este nuevo requisito, si se pretende optar a algún tipo de ayuda social es necesario probar ante las autoridades que se tiene la intención de permanecer en el Reino Unido. Tal y como se expone en la justificación aportada por el Gobierno, el principal objetivo que se perseguía mediante el *resident test* era el control del llamado turismo social, así como la reducción del número de nuevos beneficiarios de prestaciones sociales.

35. Asunto C-90/97, *Swaddling* [1999] ECR I-10.75.

36. El señor Collins, nacional irlandés, nacido en los Estados Unidos, se traslada en 1998 al Reino Unido con el objetivo de encontrar empleo. Una vez instalado, solicita un subsidio para buscar empleo, *jobseeker allowance*, el cual se le deniega por no cumplir el requisito de la residencia habitual.

de empleo y el mercado laboral de dicho Estado.<sup>37</sup> No obstante, el TJCE puntualiza que, si bien un requisito como la residencia es adecuado para garantizar el citado vínculo, si se exige un periodo de residencia este no debe ir más allá del necesario para que las autoridades nacionales puedan asegurarse de que el interesado busca realmente empleo en el mercado laboral del Estado miembro de acogida.<sup>38</sup>

En *Collins* parece consolidarse el nuevo alcance de la ciudadanía de la Unión que el Tribunal había iniciado en *Martínez Sala*. En un marco comunitario renovado por los tratados de Maastricht y Ámsterdam se abre la posibilidad de que la ciudadanía de la Unión introduzca, a través del principio de proporcionalidad, matices a la exclusión prevista en el derecho secundario relativa al acceso a las prestaciones sociales por parte de los ciudadanos no económicamente activos que hacen uso de la libertad de circulación. En consecuencia, la aplicación de la proporcionalidad supone que, lejos de un principio taxativo sobre la denegación de las prestaciones asistenciales, los tribunales internos deberán evaluar en cada supuesto si los requisitos impuestos al derecho de residencia pueden conllevar una vulneración del artículo 18 TCE (21 TFUE), o si la denegación de la prestación asistencial por el hecho de que el solicitante no goza de la categoría de trabajador supone una vulneración del principio de no discriminación por razón de nacionalidad.<sup>39</sup> Así, para autores como Douglan, la vocación del

---

37. En *D'Hoop* el TJCE resuelve sobre una nacional que, tras hacer uso de la libertad de circulación y cursar los estudios de secundaria en otro Estado de la Unión, al regresar a su país de origen no puede acceder a las ayudas sociales dirigidas a la integración laboral porque el diploma había sido expedido por una autoridad distinta a la del país de origen. En este caso el TJCE consideró que tal requisito no es un requisito representativo del grado real y efectivo de vinculación entre el solicitante y el mercado geográfico. Véase Asunto C-224/98, *D'Hoop* [2002] ECR I-6212, apartados 38 y 39.

38. Los requisitos que el Tribunal introduce a la residencia de los ciudadanos no económicamente activos cuestiona hasta qué punto se produce un acercamiento entre la ciudadanía económica y la ciudadanía social. Así, Herwing Verschueren concluye que, bajo las limitaciones que introduce el principio de proporcionalidad, los derechos derivados de la residencia continúan siendo más gravosos que los introducidos en el marco del Reglamento 1408/71. Herwing Verschueren, "European (Internal) Migration Law as an Instrument for Defining the Boundaries of National Solidarity Systems", *European Journal of Migration and Law*, vol. 9, núm. 3, Martinus Nijhoff, 2007, p. 335.

39. Autores como Ferdinand Wollenschläger argumentan que por la vía de la proporcionalidad debe profundizarse hacia espacios de mayor integración en los que más allá de las libertades fundamentales de la Unión emerge una ley general para los ciudadanos no económicamente activos. Ferdinand Wollenschläger, "A New Fundamental Freedom Beyond Market Integration: Union Citizenship and Its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration", *European Law Journal*, vol. 17, núm. 1, Blackwell, 2011, p. 30.

estatuto de la Unión ha imbuido el derecho previsto en el artículo 18 TCE con suficiente fuerza como para justificar un escrutinio estricto en la legislación comunitaria que tradicionalmente se había aplicado en el contexto de las libertades económicas.<sup>40</sup> En último término, a través de la evaluación de los límites o condiciones a la residencia, el TJCE intenta que en el marco de la ciudadanía de la Unión sea la residencia en el Estado de acogida el nexo a partir del cual se reconocen derechos (incluidos los sociales) a los ciudadanos de la Unión, con independencia de si se encuentran realizando una actividad económica.

En segundo lugar, para los ciudadanos que se trasladan a otro Estado miembro para ejercer una actividad económica, la residencia fue la opción acogida por el Reglamento 883/2004/CE para, de esta forma, cerrar la larga discusión abierta, reconciliada y vuelta a retomar entre el Tribunal y los Estados miembros sobre el disfrute de las prestaciones sociales no contributivas por parte de los trabajadores residentes en otro Estado miembro.<sup>41</sup> Cabe recordar que mediante la reforma introducida por el Reglamento 1247/92/CEE al Reglamento 1408/71/CEE se abrió la posibilidad a los Estados miembros de introducir en el listado del Anexo II del Reglamento las prestaciones asistenciales que no serían exportables. A través de esta modificación, los Estados contuvieron la jurisprudencia expansiva que venía dictando el Tribunal de Justicia en relación con el principio de portabilidad de las prestaciones no contributivas,<sup>42</sup> y reforzaron por vía del derecho comunitario la conexión con el territorio de las prestaciones asistenciales. No obstante, en 1999 en los asuntos *Jauch*,<sup>43</sup> *Leclere*<sup>44</sup> y *Swaddling* el Tribunal vuelve a reinterpretar en clave comunitaria la negativa de los Estados a la exportabilidad de las prestaciones no contributivas. Ahora bien, mientras *Jauch* y *Leclere* evalúan la naturaleza de las prestaciones

40. Dougan, "The Constitutional Dimension...", 2006, p. 613.

41. Véase Dorte Sindbjerg Martisen, "Social Security Regulation in the EU: the De-Territorialization of Welfare", en Gráinne de Búrca (ed.) *EU Law and the Welfare State: in Search of Solidarity*. Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 93.

42. El artículo 10 *bis* se introduce mediante una reforma en 1991 al Reglamento de coordinación de la Seguridad Social a través de la cual los Estados buscan detener la interpretación expansiva que el Tribunal de Justicia había realizado sobre la posibilidad de exportar las prestaciones no contributivas en Asunto C-1/72, *Frilli* [1972] ECR I-69; Asunto C-24/74, *Biason* [1974] ECR I-100; Asunto C-139/82, *Piscitello* [1983] ECR I-1428; Asunto C-356/89, *Newton*, ECR I-3035; Asunto C-379/85, *Giletti* [1986] ECR I-971.

43. Asunto C-215/99, *Jauch* [2001] ECR I-1901.

44. Asunto C-43/99, *Leclere* [2001] ECR I-4265.



para incluirlas o excluirlas del ámbito de aplicación del artículo 10 *bis* del Reglamento, en *Swaddling* se examinan los requisitos de acceso relativos a la residencia previa.

En el asunto *Swaddling* un nacional británico, tras haber sido despedido en Francia, regresa al Reino Unido y solicita una prestación asistencial *Income support*. Las autoridades británicas deniegan la prestación porque el solicitante no cumplía con el requisito de la residencia habitual en el Reino Unido. En este caso, el Tribunal no se encuentra con una cuestión de imposibilidad de portabilidad de una prestación no contributiva, sino con el supuesto de un nacional que cuando retorna a su Estado, tras ejercitar la libertad de circulación y residir y trabajar en otro Estado miembro, no puede acceder a las prestaciones sociales porque no cumple con el requisito de residencia previa. Al respecto, cabe apuntar que los requisitos de residencia previa para acceder a las ayudas o prestaciones sociales han sido introducidos por la mayoría de los Estados europeos con la finalidad de evitar que personas recién llegadas al territorio accedan al sistema de bienestar. El señor *Swaddling* estuvo sujeto al sistema de Seguridad Social francés y del Reino Unido, pero no podía cobrar ninguna prestación como consecuencia de la aplicación de los requisitos de residencia. El TJCE optó por realizar una interpretación comunitaria de la residencia; así, señaló que “el término *residencia* en el sentido del Reglamento n° 1408/71/CEE significa la estancia habitual y, por ende, reviste un alcance comunitario”.<sup>45</sup> Por lo tanto, si la residencia reviste de elementos comunitarios, cuando se ha hecho uso de la libertad de circulación, la duración de la estancia en el Estado en el que se solicita el pago de la prestación no puede considerarse como un elemento constitutivo del concepto de residencia del artículo 10 *bis* del Reglamento n° 1408/71/CEE. A través de este pronunciamiento, tímidamente y sin decirlo de manera expresa, el Tribunal parece abrir un camino hacia un concepto de residencia europea, con el objetivo de evitar que una definición nacional del concepto de residencia pueda conllevar a una situación en la que una persona, pese al hecho de haber vivido toda su vida en el territorio de la Unión, no sea considerado como residente de ninguna legislación de los Estados miembros.<sup>46</sup>

---

45. La letra *h*) del artículo 1 del Reglamento n° 1408/71 establece que el término *residencia* significa la estancia habitual.

46. En el Asunto *Jauch* el Tribunal continúa extendiendo el derecho a las prestaciones no contributivas más allá de las fronteras donde las instituciones competentes lo habían situado, véase Martisen, “Social Security Regulation...”, 2005, p. 93 y ss.

Posteriormente, con el Reglamento 883/2004/CE los Estados miembros incorporan la regla de la asimilación respecto de la residencia<sup>47</sup> y cierran más de tres décadas de discusión con el Tribunal de Justicia sobre la portabilidad de las prestaciones no contributivas. El largo número de sentencias en las que se debatían los términos en que los trabajadores migrantes podían o no disfrutar de las prestaciones sociales se había centrado en la posibilidad de exportar de un Estado a otro los beneficios no contributivos. Sin embargo, la alternativa del Reglamento 883/2004/CE fue la de acudir a la residencia comunitaria como solución.<sup>48</sup> Así, las prestaciones no contributivas introducidas en el artículo 70.3 del Reglamento quedan excluidas expresamente de la posibilidad de exportarse a otro Estado miembro. Pero, en contrapartida, el artículo 5.2 reconoce los mismos efectos a la residencia con independencia del país miembro donde se haya materializado. En este sentido, el artículo 5.2 *b*) señala expresamente que “si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio”. Por consiguiente, a través del principio de equivalencia se dota a la residencia de los mismos efectos jurídicos con independencia del país miembro de la Unión en que se hubiese materializado. En otras palabras, los tiempos de residencia que normalmente se requieren para el acceso a las prestaciones sociales o a las prestaciones no contributivas habrán de tener en cuenta también los ocurridos en otro Estado de la Unión.

Tal y como ha señalado la doctrina, el avance en el Reglamento 883/2004/CE fue el precio que los Estados miembros estaban dispuestos a pagar por la no exportabilidad de sus beneficios. En efecto, no exportabilidad significa que la persona perderá sus beneficios no con-

---

47. Frans Pennings, “Inclusion and Exclusion of Persons and Benefits in the New Coordination Regulation”, en Dougan and Spaventa (eds.) *Social Welfare and EU Law...*, 2005, p. 253.

48. Las condiciones sobre la legislación interna que explícitamente se refiere a la definición de periodos previos de residencia con el objetivo de poder acceder a alguna de las prestaciones previstas en el Anexo IIa del Reglamento 1408/71 deben ser aplicadas teniendo en cuenta la regla de la suma de periodos de residencia del artículo 10 (a) (2). A través de esta regla, se introduce el concepto de residencia señalado en el Asunto *Swaddling* y, por lo tanto, en los periodos de residencia previos que los Estados requieren para el acceso a sus prestaciones no contributivas deberán contar también los periodos de residencia en otro Estado miembro.

tributivos cuando se transfiera su residencia a otro Estado miembro. Para compensar, la persona trasladada tendrá derecho a un beneficio comparable en caso de que exista en el nuevo Estado de residencia, sin estar obligado a rellenar de nuevo los requerimientos específicos de la duración de la residencia en el Estado de acogida.<sup>49</sup> En definitiva, los Estados optaron por la residencia como instrumento válido para acceder a las prestaciones sociales de los trabajadores migrantes.

La asimilación entre la residencia y la nacionalidad es un camino ya recorrido por los Estados miembros. En este sentido, el acceso a las prestaciones sociales suele sujetarse al requisito de haber residido legalmente durante un determinado número de años en el Estado de acogida, aún cuando dicha exigencia ha sido en muchas ocasiones cuestionada por introducir un supuesto de discriminación indirecta. Bajo este contexto, el aspecto más llamativo del camino abierto por el Tribunal en *Swaddling y Collins* no es tanto la eliminación de la nacionalidad para el acceso a las prestaciones, sino la aplicación del principio de proporcionalidad para evaluar los plazos de residencia continuada que los ordenamientos nacionales han introducido como contrapartida a la eliminación de la nacionalidad. De esta forma se busca abandonar la idea de que el acceso a los derechos sociales se reconoce a través un vínculo construido a lo largo del tiempo y, en contrapartida, se posiciona la residencia comunitaria como un vínculo directo e inmediato. Además, en *Baumbast* la proporcionalidad es de nuevo el instrumento a través del cual se evalúan los requisitos que los Estados miembros incorporaron a las directivas sobre el derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos y que les sujetan a no convertirse en una carga para el sistema de bienestar de los Estados de acogida. Por lo tanto, la residencia se inserta como el nexo que conecta el acceso a las prestaciones asistenciales o no contributivas, tanto para el ciudadano económicamente activo (*Swaddling*) como para el ciudadano no económicamente activo (*Grzelczyk, Trojani, Collins*). Como resultado, el avance en el modelo social europeo parece haber optado por reforzar el vínculo de solidaridad entre los ciudadanos europeos a través de la residencia, de forma que la presencia en el territorio de otro Estado miembro se convierte en la vía más efectiva para profundizar en la ciudadanía social.<sup>50</sup>

---

49. Verschueren, "European (Internal) Migration...", 2007, p. 322.

50. Davies Gareth, "'Any Place I Hand My Hat?' or: Residence Is the New Nationality", *European Law Journal*, vol. 11, núm. 1, Blackwell, Oxford, 2005, p. 56. Para este autor la

### **1.2.2. Los límites al acceso a las prestaciones sociales por parte de los ciudadanos no económicamente activos**

La introducción del principio de proporcionalidad como instrumento a través del cual se ponderan los límites que los Estados introducen al acceso de los beneficios sociales ha recibido numerosas críticas por parte de la doctrina. Varios autores cuestionan que el Tribunal utilice la proporcionalidad para interpretar la legislación secundaria más allá de las fronteras expresamente fijadas por los Estados.<sup>51</sup> Asimismo, se ha objetado que el Tribunal extienda el bienestar a los ciudadanos no económicamente activos a través de un razonamiento poco sólido.<sup>52</sup> Esto es así porque las directivas sobre el derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos excluyen el acceso a las prestaciones sociales. Por lo tanto, a juicio de autores como Hailbronner, el TJCE en pronunciamientos como *Grzelczyk* o *Collins* no proporciona suficiente razonamiento para explicar la inclusión de los derechos que no han sido llevados al espacio comunitario y, por lo tanto, no existen.<sup>53</sup> Por consiguiente, la ciudadanía de la Unión y el principio de proporcionalidad son utilizados para reformar la redacción literal del derecho secundario de la Unión y para otorgar derechos a los ciudadanos que aún no han sido acordados por los Estados.

Otro extremo de las críticas se centra en los efectos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pueda tener sobre el denominado turismo social. Una parte de la doctrina expuso su temor ante el hecho de que la libertad de circulación activara el movimiento de personas cuya única finalidad es residir en aquellos Estados miembros en los que el sistema de bienestar resulta más amplio que en el Estado de origen. Incluso ha llegado a plantearse el hecho de que siendo el Estado de bienestar una materia todavía interna, el interés por crear una ciudadanía de la Unión que involucre los beneficios sociales puede plasmar una de las contradicciones de la ciudadanía europea: derechos

---

redefinición del nexo entre la persona y el territorio a través de la residencia conlleva también la pérdida de la vinculación de la nacionalidad a los emigrados.

51. Barnard, "EU Citizenship...", p. 180.

52. Kay Hailbronner, "Union Citizenship and Access to Social Benefits", *Common Law Market Review*, vol. 42, núm. 5, Wolters Kluwer, 2005, p. 1250; Dougan and Spaventa, "Wish You Weren't Here"..., 2005, p. 203-205.

53. Hailbronner, "Union Citizenship...", 2005, p. 1250.

destinados a fomentar el compromiso de la Unión en realidad están siendo ejercidos en contra de los Estados miembros.<sup>54</sup>

Es cierto que la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia sobre los límites al derecho de residencia cuestiona la redacción literal de las directivas dictadas en la década de los noventa sobre el derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos y, como veremos en el siguiente apartado, también entra en contradicción con los límites que posteriormente se reintroducen en la Directiva 2004/38/CE. Sin embargo, la extensión del principio de igualdad de trato en el acceso a las prestaciones sociales no puede entenderse como un derecho que se ejerce en las mismas condiciones que los nacionales. Por el contrario, la activación de la igualdad de trato se incorpora por parte del TJCE bajo importantes matices. En este sentido, para compensar la pérdida de soberanía y el temor que puede desarrollar una jurisprudencia expansiva en este campo, el Tribunal, dentro de la aplicación del principio de proporcionalidad, ha introducido varias condiciones. Así, debe señalarse que *Grzelczyk* no conlleva el reconocimiento de un derecho general e incondicional sobre las prestaciones sociales. El fallo solo implica que los ciudadanos de la Unión que se encuentran residiendo en el Estado de acogida tienen derecho a la protección social cuando temporalmente se encuentren en una situación de necesidad. En consecuencia, cuando el Tribunal de Justicia apunta que “la Directiva 93/96/CEE admite una cierta solidaridad económica, en particular si las dificultades que atraviesa el beneficiario del derecho de residencia tienen carácter temporal”, está condicionando la extensión de la solidaridad al requisito previo de necesidad temporal del estudiante.<sup>55</sup>

Otro de los límites introducidos por el Tribunal de Justicia es la vinculación efectiva entre el solicitante de empleo y el mercado laboral. En *D’Hoop*<sup>56</sup> e *laonnidis*<sup>57</sup> se abrió la puerta al acceso a las

---

54. Barnard, “EU Citizenship...”, 2005, p. 180.

55. A. Pieter Van der Mei, “Union Citizenship and the “De-Nationalisation” of the Territorial Welfare State”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 7, núm. 2, Martinus Nijhoff, 2005, p. 150.

56. Asunto C-224/98, *D’Hoop* [2002] ECR I-6212. En *D’Hoop* se analiza el caso de una nacional belga que cursó sus estudios de bachillerato en Francia y, posteriormente, regresó a Bélgica para terminar sus estudios universitarios. Tras finalizarlos, solicitó un subsidio de espera (programas especiales de colocación). No obstante, el Gobierno belga denegó la petición porque la norma nacional requiere que el solicitante hubiese terminado los estudios completos del ciclo secundario o superior en Bélgica.

57. Asunto C-258/04, *laonnidis* [2005] ECR I-8293.

prestaciones asistenciales por parte de los solicitantes de empleo y se indicó que la conformidad entre los requisitos que el legislador interno introduce al derecho de residencia y el artículo 18 TFUE (12 TCE) dependerá de la idoneidad entre el objetivo de la prestación y la razón de la residencia. Esto se traduce, según el TJCE, en que los legisladores nacionales pueden requerir la existencia de un vínculo real entre el solicitante de subsidios y el mercado geográfico laboral correspondiente. Posteriormente, en *Collins* el Tribunal reafirma la vinculación entre el solicitante de empleo y el mercado laboral e indica que la existencia de dicho vínculo podría comprobarse mediante la constatación de que la persona de que se trate ha buscado empleo de manera efectiva y real en el Estado miembro durante un periodo razonable.<sup>58</sup>

### 1.2.3. Recapitulación

En los asuntos *Martínez Sala*, *Grzelczyk*, *Baumbast* y *Collins*, el Tribunal parte de la vocación del estatuto de la Unión de convertirse en un estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros para señalar que los límites introducidos por el derecho secundario al artículo 21 TFUE (18 TCE) deben analizarse bajo la lente de la proporcionalidad. La importancia de estos pronunciamientos radica en que el Tribunal deriva de la ciudadanía europea no solo aquellos derechos estrechamente vinculados con las finalidades económicas y de integración del mercado, sino también elementos que reflejan una integración más intensa.<sup>59</sup> En este sentido, por primera vez desde la creación de la ciudadanía europea se plantea un escenario de extensión de los derechos sociales hacia aquellos ciudadanos que habían quedado al margen del modelo de coordinación social europeo, los ciudadanos no económicamente activos.

El impulso dado por el Tribunal de Justicia a la ciudadanía europea ha sido ampliamente discutido por la doctrina. Wollenschläger apunta que la introducción de la ciudadanía europea en Maastricht permite la transición desde una comunidad económica hacia una co-

58. En todo caso, como ya se ha señalado anteriormente, si se exige un periodo de residencia debe guardar una relación de proporcionalidad con el tiempo necesario para que las autoridades nacionales puedan asegurarse de que el interesado busca realmente empleo en el mercado laboral en el Estado de acogida.

59. Francis Jacobs, "Citizenship of the European Union – A Legal Analysis", *European Law Journal*, vol. 13, núm. 5, Blackwell, 2007, p. 591-610.

munidad política<sup>60</sup> y, bajo esta premisa, una parte de la doctrina valora positivamente los avances en el contenido social de la ciudadanía. Así, se estima como un acierto el hecho de que el Tribunal de Justicia abra la puerta a la incorporación de una ciudadanía no estrictamente ligada a la visión económica.<sup>61</sup> En contrapartida, también hay autores para quienes la interpretación realizada por el Tribunal del artículo 18 TFUE (12 TCE) resulta incompatible con la redacción literal de las directivas de la década de los noventa relativas al derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos<sup>62</sup> y cuestionan los efectos negativos que una postura expansiva de la ciudadanía social pueda tener en el denominado turismo social.<sup>63</sup>

En todo caso, es difícil concluir que la interpretación del TJCE implique el reconocimiento del derecho al acceso a las prestaciones sociales en los mismos términos que los nacionales. Esto es así porque en el caso de los demandantes de empleo el acceso a las prestaciones asistenciales se condiciona a la existencia de un nexo entre el solicitante de la prestación y el mercado laboral. Además, los Estados miembros pueden requerir la comprobación de que la persona solicitante haya buscado empleo de manera real y efectiva durante un tiempo razonable. En lo que concierne a los estudiantes, el Tribunal condiciona el acceso a las prestaciones sociales al hecho de que la persona se encuentre en una situación de necesidad y, como veremos posteriormente, a partir de *Bidar*<sup>64</sup> el Tribunal de Justicia introduce el criterio del nivel de integración del estudiante.

60. Wollenschläger, "A New Fundamental Freedom...", 2011, p. 30.

61. Valoran positivamente los avances del Tribunal en material social. Henri de Waele, "EU Citizenship: Revisiting...", 2010, p. 329; Wollenschläger, "A New Fundamental Freedom...", 2011, p. 1-34; Giubboni, "A Certain Degree of Solidarity?...", 2012, p. 167-197; Verschueren, "European (Internal) Migration...", 2007, p. 307-346.

62. Directiva 90/364/EEC, Directiva 90/365/EEC y Directiva 93/96/EEC.

63. Hailbronner, "Union Citizenship...", 2005, p. 1245-1267; Dougan and Spaventa, "'Wish You Weren't Here'...", 2005, p. 183; Barnard, "EU Citizenship...", 2005, p. 157-180; María Ángeles Martín Vida, "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 Española de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, IAAP, 2007; Oxana Golynger, "Jobseekers' Rights in the European Union: Challenges of Changing the Paradigm of Social Solidarity", *European Law Review*, vol. 30, núm. 1, Sweet & Maxwell, 2005, p. 111-122.

64. Asunto C-209/03, *Bidar* [2005] ECR I-2151.

## 2. El modelo social introducido en la Directiva 2004/38/CE: ¿un avance en materia de solidaridad?

Con la Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo de Europa 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 se derogan las directivas en materia de residencia de los ciudadanos no económicamente activos<sup>65</sup> y se configura un régimen unificado para todos los ciudadanos europeos. Hasta el momento el derecho comunitario regulaba de manera separada a los trabajadores asalariados, los trabajadores por cuenta propia, los estudiantes y otras personas inactivas, por lo tanto la Directiva 2004/38/CE supone un importante esfuerzo de simplificación a través del cual se busca reforzar el derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión. De esta forma, se pretende superar el enfoque sectorial y fragmentado que las instituciones europeas habían dado al derecho de libre circulación y residencia.

### 2.1. La Directiva 38/2004/CE y su contexto

Frente a la progresiva evolución impulsada por el Tribunal de Justicia sobre el modelo social, uno de los puntos más controvertidos en la elaboración de la Directiva fue justamente el alcance del principio de no discriminación respecto de las ayudas sociales a los ciudadanos no económicamente activos. La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 presentada por la Comisión el 29 de junio de 2001<sup>66</sup> introdujo, a grandes rasgos, un modelo de residencia basado en tres etapas: una primera etapa en la que la residencia se otorga por un periodo de seis meses sin más requisitos que el de la posesión de un documento de identidad o pasaporte válido; una segunda etapa en la que el derecho de residencia se reconoce a partir

65. La Directiva 2004/38/CE modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

66. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (COM(2001) 257 final – 2001/0111(COD)).



de los seis meses siempre que la persona se dedique a una actividad económica como trabajador por cuenta propia o ajena, cuente con los recursos económicos suficientes para no convertirse en una carga para el sistema de bienestar del Estado de acogida o se encuentre en calidad de estudiante admitido en un curso, y finalmente la residencia de larga duración se concede a partir de los cuatro años de residencia en el país de acogida.

La propuesta presentada por la Comisión y el Parlamento reconoce en el artículo 24 el principio de igualdad de trato a los ciudadanos de la Unión que residan en el territorio del Estado miembro de acogida, y lo extiende también a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro. No obstante, en el punto 2 del mismo se puntualiza que antes de la adquisición de la residencia permanente el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a una prestación en concepto de asistencia social o de seguro de enfermedad a las personas que no sean trabajadores asalariados o no asalariados, o el derecho a becas de subsistencia a los beneficiarios del derecho de residencia que se hubieran trasladado a su territorio para estudiar.

Tal y como se ha analizado en el apartado anterior, el Tribunal de Justicia tuvo un papel muy activo en la reinterpretación de los límites económicos introducidos por las directivas de la década de los noventa al derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos. Este activismo judicial coincidió con el procedimiento de elaboración y discusión de la futura Directiva 38/2004/CE. En consecuencia, en el marco del procedimiento de codecisión el primer Informe del Parlamento de 11 de febrero de 2003 propone que del principio de igualdad de trato solo se excluyan las becas de subsistencia para los beneficiarios del derecho de residencia que se hubieran trasladado a su territorio para estudiar.<sup>67</sup> Posteriormente, la Comisión expresó, mediante su Propuesta modificativa de 15 de abril de 2003<sup>68</sup>, la conveniencia de no

---

67. La propuesta al artículo 24.2 es la siguiente: "Antes de la adquisición del derecho de residencia permanente el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a becas de subsistencia a los beneficiarios del derecho de residencia que se hubieran trasladado a su territorio para estudiar." Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (COM(2001) 257 - C5-0336/2001 - 2001/0111(COD)).

68. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular

introducir una cláusula relativa a la exclusión del principio de igualdad de trato en materia de ayudas sociales a las personas inactivas antes de la adquisición del derecho de residencia permanente. Al respecto la Comisión puntualizó que “mediante sentencia de 20 de septiembre de 2001, en el asunto C-184/99, *Grzelczyk*, el Tribunal de Justicia ha reiterado que el ciudadano de la Unión puede invocar el artículo 12 del Tratado en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del derecho comunitario, que incluyen las relativas al ejercicio de la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros”.<sup>69</sup>

El punto de inflexión lo marcó la Posición común (CE) n° 6/2004, de 5 de diciembre de 2003, aprobada por el Consejo de la Unión Europea<sup>70</sup> al incorporar a la propuesta inicial de la Comisión las modificaciones que acabarían perfilando el resultado final de la Directiva. En primer lugar, el derecho a trasladarse y residir en otro Estado miembro sin más requisitos que la posesión de un documento de identidad o pasaporte válido se limita a una duración de tres meses y la residencia de larga duración se extiende a cinco años. Además, el Consejo remarca que “debe dejarse al Estado miembro de acogida determinar si concede prestaciones sociales durante los tres primeros meses de residencia, o un período mayor en el caso de los que buscan empleo, o ayudas de subsistencia por estudios, incluida la formación profesional, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a los ciudadanos de la Unión que no sean asalariados o trabajadores por cuenta propia o que conserven la condición de tales, así como a los miembros de su familia”. Por lo tanto, los Estados optaron por no incorporar por vía de la Directiva la jurisprudencia que hasta el momento había dictado el TJCE y confirmaron que en materia de ayudas sociales los ciudadanos no económicamente activos quedaban fuera del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato.<sup>71</sup>

---

y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. (COM (2003) 199 final – 2001/0111(COD)).

69. *Ibidem*, p. 8

70. Posición común aprobada por el Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 aprobada por el Consejo del 11 de noviembre de 2003. OJ C 054 02.03.2004, p. 0012-0032 E.

71. Finalmente, en la segunda lectura del procedimiento, la Comisión aceptó la posición de los Estados miembros relativa a la exclusión de las ayudas sociales a cualquier persona que no fuese trabajador por cuenta propia o ajena. Sin embargo, precisó que era nece-

Tras dar por finalizado el procedimiento legislativo de codecisión, el 29 de abril de 2004 se dicta la Directiva 2004/38/CE. Tal y como señala la propia norma comunitaria, esta tiene como finalidad establecer las condiciones de ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y de su familia. Para dar cumplimiento a dicha finalidad, la norma configura un régimen de residencia basado en tres etapas, que a su vez condiciona el nivel de solidaridad social que el Estado de acogida tendrá con el ciudadano europeo residente. Así, a los ciudadanos de la Unión se les reconoce el derecho a residir en el territorio de otro Estado miembro por un periodo de tres meses sin más requerimientos que el pasaporte o un título identificativo válido (art. 6.1). Durante este periodo el Estado de acogida no está obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social (art. 24).

Sobre el derecho de residencia más allá de los tres meses, la Directiva 2004/38/CE clasifica a los ciudadanos comunitarios en tres grupos:

A los trabajadores por cuenta propia y ajena se les reconoce el derecho a residir sin ningún requisito más allá de su condición de trabajador (art. 7a) y gozan del principio de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado en el cual residen (art. 24.2).

Al ciudadano no trabajador, o también conocido como ciudadano no económicamente activo, el derecho de residencia en otro Estado miembro se condiciona a la disposición, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad. Los requisitos económicos tienen como finalidad prevenir que el ciudadano se convierta en una carga para la asistencia social del Estado miembro (art. 7b).

A los estudiantes, el derecho de residencia se vincula a la obtención de un seguro de enfermedad así como a la disposición de recursos económicos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida (art. 7c). Además, los Estados de acogida no están obligados, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional (art. 24).

---

sario recordar que estas personas tendrán derecho a cualquier tipo de ayuda relativa al acceso a los estudios, como, por ejemplo, una beca para gastos de escolaridad. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 251 del TCE acerca de la posición común adoptada por el Consejo con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (SEC(2003) 1293 final –2001/0111 (COD)).

Finalmente, la Directiva 2004/38/CE reconoce a los ciudadanos de la Unión que hayan residido legalmente durante un periodo continuado de cinco años en el Estado miembro de acogida el derecho a residir de manera permanente (art. 16) y garantiza el acceso a las prestaciones de asistencia social en igualdad de condiciones que los nacionales (art. 24).

Tras la descripción del procedimiento de codecisión y el resultado que finalmente se adopta, puede apreciarse que la Directiva 2004/38/CE continúa reflejando aquello que viene siendo característico en la construcción del modelo de coordinación social europeo, esto es, la diferencia de trato entre el ciudadano comunitario que se traslada dentro del espacio de la Unión con el objetivo de ejercer una actividad económica y el ciudadano europeo cuyo traslado no tiene origen en una finalidad estrictamente económica o laboral. En esta dirección, de alguna manera la ciudadanía europea de pleno derecho (al menos en términos de pleno acceso a los derechos sociales) se reconoce únicamente a los nacionales de un Estado miembro trasladados al territorio de otro Estado miembro siempre que sean económicamente activos, generalmente mediante el desempeño de una actividad laboral (conexión inmediata). Dicho de otra manera, la igualdad de condiciones en materia social se otorga a los contribuyes al régimen de la Seguridad Social. En cambio, en el caso de los ciudadanos no activos económicamente, la ciudadanía europea de pleno derecho se reconocería únicamente cuando se alcanzara la residencia de larga duración una vez transcurridos cinco años de residencia en el nuevo Estado (conexión mediata), lo cual relativiza o como mínimo pospone la efectividad del principio de igualdad en materia de beneficios sociales entre ciudadanos comunitarios.

## **2.2. La igualdad social diferida de los ciudadanos comunitarios no económicamente activos**

Es verdad que el recurso a la residencia como criterio que vincula a la persona con la titularidad de un conjunto de derechos encaja con una corriente doctrinal que ha apuntado a la emergencia de nuevos estatus jurídicos, distintos a la nacionalidad, que conectan el individuo con la comunidad política. A través de la denominada *denizenship*<sup>72</sup> o

---

72. Thomas Hammar, *European Immigration Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

ciudadanía funcional,<sup>73</sup> los Estados europeos habían reconocido en el pasado a los trabajadores migrantes con diez o más años de residencia un importante margen de protección estatal y el acceso a los derechos en términos muy similares a los nacionales. En esta dirección, la necesidad de flexibilizar la lógica nacional en el acceso al bienestar de los ciudadanos de terceros países para promover la integración social y evitar núcleos de exclusión ha llevado a la construcción de estatutos intermedios donde la residencia emerge como el vínculo más claro de conexión entre los derechos y el inmigrante. Esta tendencia acaba consolidándose bajo la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, en la que el acceso a los derechos sociales queda garantizado en igualdad de condiciones que los nacionales del Estado (art. 11, apartado 1 *d* y *f*).<sup>74</sup> En consecuencia, las legislaciones internas de los Estados europeos ya reconocen el acceso pleno y la garantía del principio de no discriminación en materia de derechos sociales tras un periodo de residencia legal que tiende a identificarse con los cinco años,<sup>75</sup> si bien el alcance de esa igualdad de trato en materia social no es el mismo que el previsto en la Directiva 2004/38/CE para los ciudadanos comunitarios (véase Asunto *Kamberaj*).<sup>76</sup> Siguien-

73. Rogers Brubaker, *Citizenship and nationalhood in France and Germany*, Harvard University Press, 1992, p. 180 y ss.

74. Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Véase Andreu Olesti Rayo, "El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva 2003/109 del Consejo de 25 de noviembre de 2003", en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 4, Iustel, 2004; Sara Iglesias Sánchez, "La aplicación directa de la Directiva 2003/109/CE a los nacionales de terceros Estados que acrediten ser titulares del Estatuto de los residentes de larga duración en otros Estados miembros de la Unión Europea", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 19, Lex Nova, 2008, p. 81-98.

75. Van der Mei, *Free movement of persons...*, 2003, p. 120.

76. Así, el artículo 11 apartado cuatro de la Directiva 2003/109/CE permite a los Estados miembros limitar la igualdad de trato a las prestaciones básicas respecto de la asistencia social y la protección asistencial y, por lo tanto, abre la posibilidad de configurar regímenes excepcionales para los residentes de larga duración de terceros Estados. En el reciente asunto *Kamberaj*, entre muchas otras cuestiones, se examina la adecuación de la aplicación de los coeficientes de adjudicación de prestaciones en materia de vivienda para concluir que la Directiva 2003/109/CE se opone a una norma que prevé un trato desfavorable para el nacional de un país tercero que goza del estatuto de larga duración de la Unión respecto del trato dispensado a los nacionales residentes, siempre que la citada ayuda esté comprendida en una de las tres categorías contempladas en el artículo 11 apartado cuatro. Asunto C-571/10, *Kamberaj* [2012], no publicada aún. En el Asunto *Kamberaj* también se pregunta al Tribunal sobre si, en caso de conflicto entre una norma de derecho nacional y el CEDH, la referencia al Convenio del artículo 6 TUE obliga al

do esta línea de planteamiento, para los ciudadanos comunitarios la Directiva 2004/38/CE reconoce un estatus que trasciende los límites nacionales del Estado de bienestar, que permite la titularidad de derechos sociales en igualdad de condiciones que los nacionales,<sup>77</sup> y que confina la nacionalidad apenas a una cuestión de identidad y derechos políticos. No obstante, en relación con las prestaciones asistenciales, tal equiparación queda supeditada a una residencia de larga duración que se sitúa en cinco años cuando se trata de un ciudadano no activo económicamente.

Llegados a este punto, cabe cuestionarse si el sistema seguido en la Directiva, cuyos ejes acabamos de describir someramente (la distinción entre ciudadanos económicamente activos y no activos, la cláusula abierta a la exigencia de una residencia de cinco años previa a la plena igualdad social comunitaria para los no económicos y la cláusula de no dependencia social), representa realmente un avance en el modelo social de la Unión Europea.

Por una parte, es cierto que el reconocimiento de la ciudadanía de pleno derecho a través de la conexión derivada del paso del tiempo y materializada en la residencia de larga duración representa un avance respecto de las directivas de la década de los noventa, sobre todo si tenemos en cuenta que nos encontramos frente a un ámbito como el de las ayudas sociales, que se caracteriza por la constante reticencia de los Estados a flexibilizar los términos en que reconocen la titularidad a los ciudadanos no nacionales. Además, la Directiva 2004/38/CE elimina la posibilidad de expulsar a los nacionales de los Estados miembros que no reúnan los requisitos de residencia relativos a los recursos sociales. Con todo, es importante tener presente que,

---

juez nacional a aplicar directamente las disposiciones del Convenio. Al respecto, véase Giuseppe Bianco y Giuseppe Martinico, "The Poisoned Chalice: An Italian view on the Kamberaj case", en *Working Papers on European Law and Regional Integration*, núm. 18, Universidad Complutense, 2013.

77. Davies Gareth ha indicado que, en el marco de la libertad de movimiento, la residencia resulta ser el instrumento adecuado para resolver las dudas sobre la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación entre personas que residen en un mismo territorio pero que no comparten el vínculo de la nacionalidad. En este sentido, la pertenencia a la comunidad viene marcada por la residencia, y no por la nacionalidad. El autor señala que el principio de no discriminación y de libertad de movimiento debería significar que cada ciudadano, con independencia de donde provenga, debería poder elegir la comunidad a la que decide pertenecer y ser tratado en igualdad de condiciones. A su entender, la extensión del proyecto europeo significará que la nacionalidad se convertirá en un concepto que solo responderá a la identidad nacional, lo cual conlleva que la residencia se transforma en la nueva nacionalidad. Gareth, "Any Place I Hand...", 2005, p. 55-56.

para este grupo de ciudadanos, el derecho de residencia durante los primeros cinco años se supedita a la cláusula de “no convertirse en una carga para la asistencia social de un Estado miembro” (artículos 7b y 7c). Si bien cabe la posibilidad de que los Estados renuncien a la aplicación de dicha cláusula, ampliando así el acceso a las ayudas sociales a los ciudadanos no económicamente activos, y extendiendo por ende el modelo de ciudadanía social europea, lo cierto es que no están en absoluto obligados a ello bajo la Directiva, al menos durante esos cinco primeros años de residencia. Y en la práctica una postura generosa respecto de la extensión de derechos sociales más allá de los estrictos términos de la cláusula es poco probable; el paso atrás dado por España optando por una igualación a la baja con el resto de Estados miembros es un claro ejemplo no solo de lo contraproducente de este tipo de cláusulas, sino incluso del efecto regresivo de las mismas respecto de países inicialmente más generosos.<sup>78</sup>

La percepción generalizada de que los Estados del bienestar forman parte de la cultura e identidad de cada Estado, además del temor al llamado “turismo social” ante la entrada de los países de la Europa del Este, fueron las razones que justificaron que la Directiva 2004/38/CE situara a los ciudadanos que no ejercen una actividad económica justo en la frontera de la solidaridad social.<sup>79</sup> Por lo tanto, el modelo social que introduce el legislador comunitario a través de la Directiva refleja el reconocimiento de un derecho de residencia bajo el principio de coste social cero para los sistemas asistenciales. Así, parece que la Directiva 2004/38/CE optó por introducir para los ciudadanos no económicamente activos una *comparability approach* en la línea sostenida por autores como Michael Dougan y Eleanor Spaventa,<sup>80</sup>

---

78. En virtud de la disposición final 5ª del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, se reformó el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, por el cual se transponen en España las disposiciones de la Directiva 38/2004/CE, con el fin de reinstaurar todos los requisitos posibles contemplados en la Directiva.

79. En la opinión minoritaria del parlamentario Olle Schmidt se hace una expresa referencia a los temores que la Directiva pueda tener sobre el abuso de los sistemas de seguridad social en los actuales Estados miembros cuando las fronteras se abran a los nuevos ciudadanos de la UE. Opinión minoritaria expresada de conformidad con el apartado 3 del artículo 161 del Reglamento de Olle Schmidt. II Recomendación para la Segunda lectura respecto de la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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. (13263/2003 – C5-0014/2004 – 2001/0111(COD)).

80. Estos autores describen el modelo social europeo bajo dos aproximaciones: la asimilación o la comparación. La lógica de la comparación significa que los visitantes temporales

que intenta explicar por qué los Estados, cuando de la distribución de beneficios sociales se trata, buscan criterios que permitan distinguir e identificar situaciones no comparables; bajo esta óptica, por ejemplo, los visitantes temporales y los nacionales no se encuentran en situaciones comparables y, por consiguiente, es razonable que se les niegue la extensión del principio de igualdad, ya que los beneficios sociales representan la expresión de la solidaridad de la comunidad nacional hacia sus propios miembros.<sup>81</sup> Como señalan los autores, la aproximación comparativa responde en cierta medida al temor por parte de los Estados miembros al denominado turismo social, y al rechazo que pudiese generar dentro de la sociedad de acogida la garantía del principio de igualdad para los ciudadanos no económicamente activos.

De todos modos, la voluntad de preservar al máximo posible los sistemas nacionales de bienestar<sup>82</sup> limita notablemente el fin último de la Directiva 2004/38/CE, es decir, el ejercicio de la libertad de movimiento.<sup>83</sup> Si bien la solución adoptada pudo entenderse en un principio como una transacción necesaria pero transitoria que permitiría avanzar hacia el objetivo último de la libertad de circulación y residencia intracomunitarias, en estos momentos cabe plantearse si no está jugando precisamente en sentido contrario: consolidar el criterio de las condiciones económicas de la residencia (o el acceso a los beneficios sociales) como una limitación a la libre circulación y residencia de los ciudadanos comunitarios, y en consecuencia relativizar el principio de igualdad en materia de beneficios sociales entre ciudadanos comunitarios.<sup>84</sup>

Además, es importante señalar que la garantía del principio de igualdad tras cinco años de residencia representa un avance relativo en materia social, máxime si se tiene en cuenta que el Tribunal de Justicia ya había abierto la puerta al reconocimiento de las prestaciones asistenciales bajo criterios más flexibles. En este sentido, en el 2001 con *Grzelczyk* el Tribunal retomó los rasgos sociales de la ciudadanía

---

son titulares del principio de igualdad de trato en el marco de las finalidades del Tratado una vez se haya verificado que se encuentran en una situación comparable respecto de los propios nacionales. Dougan and Spaventa, ""Wish You Weren't Here"...", 2005, p. 184.

81. *Ibidem*, p. 184.

82. Hailbronner, "Union Citizenship...", 2005, p. 1258-1264; Dougan and Spaventa, ""Wish You Weren't Here"...", 2005, p. 212-216.

83. Van der Mei, *Free Movement of Persons...*, 2003, p. 1, 17.

84. Wollenschläger, "A New Fundamental Freedom...", 2010, p. 19.



européa de *Martínez Sala* para extenderlos a ciudadanos no económicamente activos, en concreto a los estudiantes, y en el 2002 con *D'Hoop* se extiende la misma interpretación a los solicitantes de empleo, posición que acaba consolidándose posteriormente en *Collins*. Tal es el impulso que el Tribunal da a la ciudadanía social que, en un primer momento, la doctrina indicó que a partir de *Grzelczyk* parecía marcarse el fin de la era en la cual los Estados miembros podían denegar a los nacionales de otros Estados miembros residentes en su territorio el acceso a su Estado del bienestar bajo el motivo de la nacionalidad.<sup>85</sup> En esta misma línea se señaló que la extensión del artículo 18 TFUE (12 TCE) al campo de las prestaciones sociales promovida por el Tribunal de Justicia representó el inicio de la transición de la ciudadanía económica hacia la comunidad política<sup>86</sup> e implicó, además, un cambio en la estructura del concepto de la integración, hasta ahora intrínsecamente ligada al mercado.

En todo caso, el valor añadido que aporta la Directiva 2004/38/CE para los ciudadanos de la Unión no económicamente activos puede desvelarse solo si esta se analiza bajo un contexto de regulación migratoria más amplio. En términos generales, la relación inclusión/exclusión que subyace tras la titularidad de los derechos sociales y de la garantía del principio de igualdad demuestra que los inmigrantes o nacionales de terceros Estados, si bien se han visto beneficiados por el crecimiento de las prestaciones sociales, también se han visto desproporcionalmente perjudicados por la reducción del Estado del bienestar y por las consecuencias sociales de las crisis económicas.<sup>87</sup> En este sentido, la garantía de la igualdad de trato para los ciudadanos comunitarios que llevan más de cinco años residiendo en otro Estado miembro puede tener un papel relevante frente a la actual tendencia de los Estados a acotar cada vez más los sistemas de bienestar y la solidaridad a la pertenencia a una comunidad política determinada. Bajo esta perspectiva, la residencia comunitaria de larga duración puede no representar un paso importante en la construcción de una ciudadanía social inclusiva pero configurarse, en cambio, como un estatuto de protección frente a las actuales reformas que en materia social están llevando a cabo los Estados.

---

85. Van der Mei, "Union Citizenship...", 2005, p. 207.

86. Wollenschläger, "A New Fundamental Freedom...", 2010, p. 17

87. Diane Sainsbury, *Welfare and Immigrants Rights, The Politics and Inclusion and Exclusion*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 281.

En definitiva, la Directiva 2004/38/CE introduce importantes límites al principio de solidaridad entre ciudadanos europeos y los avances respecto de las directivas de la década de los noventa son ciertamente menores, al menos en lo que se refiere al acceso a las prestaciones asistenciales.<sup>88</sup> Por otra parte, la opción de situar las prestaciones asistenciales en el interior de las fronteras nacionales colisiona con el gradual debilitamiento que el propio proceso europeo ha conllevado para la soberanía social<sup>89</sup> pero, sobre todo, con el intento del Tribunal de Justicia de introducir el principio de solidaridad como parte de la integración europea y, en especial, de la ciudadanía europea.

### **2.3. Las particularidades del régimen de los estudiantes comunitarios en tanto que titulares de derechos sociales**

El colectivo que de manera más clara queda excluido del alcance del principio de igualdad en materia de prestaciones sociales es el de los estudiantes. Así, el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38/CE señala que “el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios”. De la redacción incorporada en la norma comunitaria se observa que en materia de ayudas sociales a los estudiantes prevaleció la lógica estatal sobre la comunitaria, y el avance respecto de la Directiva 93/96/CEE es relativamente menor. En último término, los Estados miembros reafirman su posición, a saber, que el acceso a las ayudas sociales por parte de los estudiantes residentes en otro Estado miembro continúe siendo un asunto interno.

El primer efecto de la Directiva 2004/38/CE sobre la línea jurisprudencial que venía abriendo el Tribunal de Justicia puede apreciarse en *Bidar*.<sup>90</sup> El caso versa sobre la denegación de un préstamo de estudios a un estudiante francés que se traslada al Reino Unido para cursar sus estudios universitarios. Para analizar *Bidar* hay que tener presente el contexto en el que el TJCE dicta la sentencia. En este sentido, si bien

88. Directivas 90/364/CEE; 90/365/CEE; 93/96/CEE.

89. Ferrera, “Towards an Open Social Citizenship...”, 2005, p. 39.

90. Asunto C-209/03, *Bidar* [2005] ECR I-2151.

el derecho aplicable al caso concreto es la Directiva 90/93/CE sobre el derecho de residencia de los estudiantes, cuando el Tribunal dicta la sentencia la Directiva 2004/38/CE ya había sido acordada. Por lo tanto, ya era evidente que los Estados habían mantenido la rigidez sobre el acceso de este colectivo al sistema asistencial.

La primera apreciación del Tribunal de Justicia es aclarar que de la Directiva 93/96/CEE no se deriva un derecho al pago de ayudas para su manutención. Sin embargo, la condición prevista en la Directiva de "no convertirse en una carga excesiva para el sistema de bienestar de los Estados" debe ser interpretada en función del grado de integración del solicitante. Por la naturaleza de la estancia, los Estados miembros no pueden exigir a los estudiantes que demuestren la existencia de un vínculo con el mercado laboral. Por lo tanto, el Tribunal indica que la situación de los estudiantes debe reconducirse hacia la valoración del grado de integración del estudiante en el Estado de acogida, integración que puede considerarse acreditada a través de la residencia durante un periodo de tiempo.<sup>91</sup>

A través de *Bidar*, el Tribunal matiza lo que había señalado anteriormente en relación con las ayudas en materia de estudio. En *Grzelczyk* en ningún momento el Tribunal se refiere a una valoración sobre el nivel de integración del solicitante, al contrario, la argumentación gira sobre las necesidades temporales a las que los estudiantes pueden enfrentarse a lo largo de su estancia. En consecuencia, para activar el principio de solidaridad bastaba con encontrarse temporalmente en una situación de necesidad y estar residiendo legalmente en el territorio del Estado.<sup>92</sup> Tal y como hemos señalado, debe tenerse en cuenta que el contexto en el que se desarrolla *Bidar* es muy distinto a *Grzelczyk*; mientras *Grzelczyk* es previa a promulgación de la Directiva de residencia, *Bidar* es posterior a la Directiva 2004/38/CE. En este sentido, *Grzelczyk* se dicta cuando los Estados estaban discutiendo y negociando la Directiva, en consecuencia, puede verse como un intento del Tribunal para influir en la flexibilización de los requisitos de residencia para los estudiantes. Es más, cabe recordar que la posibilidad de invocar el artículo 18 TFUE en las situaciones referidas al disfrute de beneficios sociales por los ciudadanos no económicamente activos dio lugar a que el Informe de la Comisión sobre la Directiva de residencia,

91. Por otra parte, el Tribunal vuelve a reiterar que la Directiva 93/96/CE no se opone a que un nacional de un Estado miembro invoque en virtud del artículo 18 el principio fundamental de igualdad de trato consagrado en el artículo 12 TCE parágrafo primero.

92. Moritz, "The value of "integration..."", 2007, p. 174.

de 15 de abril de 2003, recomendará expresamente la supresión de las limitaciones del principio de igualdad de trato en materia de acceso a las prestaciones asistenciales.

En todo caso, el principio de solidaridad que se introduce en *Grzelczyk* y la propuesta de la Comisión sobre la flexibilización en el acceso al sistema asistencial fue desoída por los Estados, y la Directiva 2004/38/CE reitera que las prestaciones sociales para los estudiantes son un ámbito de decisión que aún pertenece a los Estados miembros. Esta posición juega un papel fundamental para que en *Bidar* el Tribunal introduzca los requisitos relacionados con la integración y de esta manera busque un primer intento de acercar la jurisprudencia del TJCE a la Directiva 2004/38/CE.

Si bien los requisitos relativos a la integración desdibujan un eventual derecho al acceso a las prestaciones sociales en las mismas condiciones que los nacionales, la interpretación del Tribunal continúa presentando dudas sobre su contradicción o adecuación a la Directiva 2004/38/CE, en especial cuando los Estados han expresado por activa y por pasiva su intención de mantener la protección social en el ámbito interno y de no extender su sistema de bienestar a los ciudadanos no económicamente activos que en ejercicio del derecho a la libre circulación residen en su Estado. Además, sobre el segundo colectivo que había centrado la atención del Tribunal de Justicia, los solicitantes de empleo, el artículo 24.2 de la Directiva parece extenderles el principio de igualdad en materia de prestaciones asistenciales pasados tres meses de residencia, pero cabe recordar que a partir de *Collins* se consolida la doctrina del Tribunal de Justicia relativa al vínculo entre el solicitante de la prestación y el mercado de trabajo. En todo caso, las posibles contradicciones entre la Directiva y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia parece aclararse en los asuntos *Förster* y *Vatsouras*.

#### **2.4. El TJCE en la encrucijada: ¿adecuación a la Directiva o retroceso en la reconfiguración de la solidaridad europea?**

En el asunto *Förster*<sup>93</sup> el Tribunal retoma los términos en que debe interpretarse el acceso a los beneficios sociales bajo la luz del artículo 12 TCE (18 TFUE) para ciudadanos europeos que se desplazan a otro

93. Asunto C-158/07, *Förster* [2008], ECR I-08507.

Estado miembro con la finalidad de cursar estudios. En este caso, la señora Förster, de nacionalidad alemana, reside como estudiante en los Países Bajos y solicita una beca de subsistencia. La ayuda le fue concedida porque realizaba unas prácticas remuneradas, pero posteriormente le fue retirada cuando se constató que durante un tiempo la señora Förster no había realizado ningún trabajado retribuido.

El Tribunal comienza recordando lo que previamente había señalado en *Bidar*: la Directiva 93/96/CEE no constituye el fundamento de un derecho al pago, por parte del Estado miembro de acogida, de becas de subsistencia a los estudiantes que disfruten de un derecho de residencia. No obstante, esta disposición no se opone a que un nacional de un Estado miembro que, en virtud del artículo 18 TCE (21 TFUE), resida legalmente en el territorio de otro Estado miembro donde tenga previsto iniciar o continuar sus estudios invoque, durante dicha residencia, el principio fundamental de igualdad de trato consagrado en el artículo 12 TCE, párrafo primero (18 TFUE). Así mismo, el Tribunal retoma *Bidar* para ponderar entre la necesidad que tienen los Estados de aplicar cierto grado de solidaridad con los nacionales de otros Estados miembros y el objetivo lícito de que los estudiantes no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social de los Estados de acogida. No obstante, a diferencia de pronunciamientos anteriores, en esta ocasión declara que los cinco años de residencia previa exigidos por el ordenamiento neerlandés para el acceso a la prestación social permiten valorar de manera proporcional que el solicitante se encuentra integrado en el Estado miembro de acogida. En consecuencia, *Förster* es la respuesta del Tribunal de Justicia ante la reticencia de los Estados a reconocer en la residencia comunitaria de los estudiantes elementos sociales.<sup>94</sup>

Al margen de las dificultades para determinar el nivel de integración a partir de un número determinado de años, lo cierto es que la valoración que el Tribunal realiza en *Förster* deja nuevamente los principios de la integración social en un campo muy lejano respecto de los principios de integración económica. En ninguno de los fundamentos jurídicos el Tribunal recuerda la vocación del estatuto del ciudadano de la Unión de convertirse en el estatuto fundamental de los ciudadanos de la Unión. En consecuencia, se cuestiona hasta qué punto el camino recorrido por *Grzelczyk* sobre la construcción de un concepto de solidaridad económica de ámbito comunitario queda en

suspense cuando en *Bidar* se introduce el criterio de la integración y posteriormente *Förster* se acoge a una descripción formal de la misma.<sup>95</sup> Justamente en esta dirección se encaminan las conclusiones del abogado general, para quien, a su juicio, el plazo de los cinco años de residencia previa requerida por el ordenamiento holandés es desproporcionado.<sup>96</sup> El abogado general enfatiza el hecho de que en la valoración del nivel de integración deben tenerse en cuenta otros criterios como, por ejemplo, si la persona nació cerca de la frontera o ya ha trabajado con anterioridad en el Estado miembro de acogida. A su entender, una aplicación rígida de los cinco años no permite valorar razonablemente los supuestos en los que los estudiantes han conseguido un nivel sustancial de integración mucho antes de que transcurra este periodo. El periodo de residencia no debe ser el único para determinar el grado de conexión entre el individuo y el Estado de acogida<sup>97</sup> y, como acertadamente ha destacado la doctrina, la interpretación de los cinco años que aparece en *Förster* actúa de manera innecesaria como una duplicación del requerimiento de la residencia de larga duración de la Directiva 2004/38/CE.<sup>98</sup>

Un año más tarde, en el asunto *Vatsouras*<sup>99</sup> el Tribunal se pronuncia, por primera vez, sobre el modelo social introducido por la Directiva 2004/38/CE. Así, *Förster* y *Bidar* se dictan teniendo en el horizonte la Directiva 2004/38/CE, pese a que el derecho aplicable para ambos supuestos eran las directivas 93/96/CEE. En cambio *Vatsouras* versa directamente sobre la compatibilidad entre el artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE y el artículo 12 TCE (18 TFUE) en relación con el artículo 39 TCE (45 TFUE). Los señores *Vatsouras* y *Koupatantze*, de nacionalidad griega y residentes en Alemania, solicitan una prestación social a favor de los demandantes de empleo (ARGE). Las autoridades alemanas negaron la prestación porque entendieron que los solicitantes no tenían la categoría de trabajadores en el sentido del artículo 39 TCE (45 TFUE) y, por lo tanto, no gozaban del principio de igualdad de trato en materia de ayudas sociales.

95. Moritz, "The value of "integration..."", 2007, p. 178; Giubboni, "A Certain Degree of Solidarity?..", 2010, p. 187.

96. Conclusiones del abogado general Ján Mazák al Asunto C-158/07, *Förster*. Párrafos 97 y 130.

97. Giubboni, "A Certain Degree of Solidarity?..", 2010, p. 188.

98. Moritz, "The value of "integration..."", 2007, p. 182.

99. Asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, *Vaursoras y Koupatantze* [2009] ECR I-4585.

En este caso, el juez nacional solicita al TJCE que se pronuncie sobre la adecuación entre la interpretación que el Tribunal venía realizado sobre el principio de igualdad en conexión con la ciudadanía europea y las prestaciones sociales con el marco fijado por la Directiva 2004/38/CE. El TJCE retoma lo señalado en *D'Hoop* sobre el vínculo real entre el demandante de empleo y el mercado laboral y en *Collins* sobre la posibilidad de comprobar la existencia de este vínculo, en especial, mediante la constatación de que la persona esté buscando empleo de manera efectiva y real en el Estado miembro en cuestión durante un periodo razonable, para añadir que incumbe a las autoridades nacionales competentes, y en su caso a los tribunales, no solo constatar la existencia de un vínculo real con el mercado de trabajo, sino también analizar los elementos constitutivos de dicha prestación, especialmente sus objetivos y los requisitos de su concesión. A partir de aquí, exigir que el interesado sea capaz de ejercer una actividad laboral podría constituir un indicio para determinar que la prestación está destinada a facilitar el acceso al trabajo. En cambio, un requisito como el haber cursado al menos seis años de estudios en un centro docente del Estado miembro de acogida para el acceso a las ayudas sociales de búsqueda de empleo va más allá del requisito necesario para alcanzar el objetivo de garantizar la existencia de ese vínculo.<sup>100</sup>

Mientras *Förster* se aleja de la senda seguida por el Tribunal en *Grzelczyk* sobre la aplicación del principio de solidaridad, e incluso de *Bidar* sobre el nivel de integración del estudiante en el Estado de acogida interpretado de una forma flexible,<sup>101</sup> en *Vatsouras* el Tribunal reitera el principio de vínculo real entre el solicitante de la prestación social y el mercado laboral, y sugiere que dicho vínculo vendrá determinado por los objetivos y los requisitos de la prestación.

---

100. Recientemente en el Asunto C- 367/2011, *Prete* [2012], no publicado aún, el Tribunal de Justicia reitera que para el acceso a las ayudas sociales para la búsqueda de empleo el elemento objeto de valoración es el vínculo real entre el solicitante del subsidio y el mercado geográfico laboral en cuestión. En todo caso, un requisito como el haber cursado al menos seis años de estudios en un centro docente del Estado miembro de acogida se opone al artículo 39 TCE y va más allá del requisito necesario para alcanzar el objetivo de garantizar la existencia de ese vínculo.

101. En todo caso, en el supuesto en el que los estudiantes realicen una actividad laboral, gozan de la condición de trabajador y no podrá denegárseles el acceso a las ayudas sociales. En el Asunto C-46/12, *N.* [2013], no publicado aún, el Tribunal de Justicia señaló que los Estados miembros no pueden denegar ayudas sociales a un ciudadano de la Unión que curse estudios en un Estado miembro de acogida y que simultáneamente desarrolle en él una actividad por cuenta ajena real y efectiva apta para conferirle la condición de "trabajador" a efectos del artículo 45 TFUE sobre las ayudas de manutención por estudios que se conceden a los nacionales de ese Estado miembro.

Por lo tanto, tras *Förster* y *Vatsouras* queda claro que la aplicación del artículo 18 TFUE no tiene el mismo efecto para los estudiantes que para los solicitantes de empleo. En este sentido, dentro de los ciudadanos no económicamente activos también cabe hacer una distinción en función de que tan cerca o lejos se encuentren de una futura integración en el mercado laboral. Esta apreciación queda dibujada de manera nítida en las conclusiones del abogado general en el caso *Vatsouras* al señalar que "el artículo 24, apartado 2, acoge dos situaciones jurídicas diferenciadas: por un lado, la de quienes solicitan ayudas de manutención, como becas o préstamos de estudios, es decir, los estudiantes; por otro lado, la de quienes se instalan en el territorio de un Estado miembro durante tres meses o durante el periodo que necesiten para buscar activamente un empleo. A los primeros, solo se les permite reclamar ayudas de tal naturaleza cuando adquieran el derecho de residencia permanente, derecho que la Directiva 2004/38 confiere transcurridos cinco años. A los segundos, se les concede la 'asistencia social' cuando consigan un trabajo".<sup>102</sup> Esta apreciación no solo supone un freno en el proceso de integración, sino una fragmentación de la solidaridad.

Las conclusiones de los abogados generales en *Foster* y *Vatsouras* describen dos modelos distintos de ciudadanía social y de solidaridad entre ciudadanos europeos. En *Vatsouras* el vínculo con el mercado laboral continúa siendo la llave que permite abrir la puerta a la igualdad en el ámbito prestacional. Para el abogado general la interpretación del artículo 24, párrafo 2, de la Directiva 2004/38/CE difiere según nos encontremos delante de un caso de estudiantes o de solicitantes de empleo: así, mientras propone la posibilidad de flexibilizar la residencia de los cinco años para los solicitantes de trabajo porque "quien busca empleo está a medio camino entre la actividad económica y la no económica, y la Directiva deja al legislador nacional libertad para hallar el equilibrio correspondiente", la cierra para los estudiantes.<sup>103</sup>

Una segunda interpretación del modelo social incorporado por la Directiva 2004/38/CE es la propuesta en las conclusiones generales del asunto *Förster*. En este caso, el abogado general no renuncia a seguir derivando de la ciudadanía europea un modelo que flexibilice la rigidez de los plazos de residencia y apuesta por profundizar en

102. Conclusiones del abogado general señor Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer a los asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, *Vatsouras* y *Koupatantze*, apartado 45.

103. *Ibidem*, apartado 45.



el concepto de integración a través de la proporcionalidad. En este sentido, señala que “es cierto que la Directiva 2004/38/CE no obliga a los Estados miembros a conceder becas antes de la adquisición del derecho de residencia permanente y, así, no antes del transcurso de cinco años. Sin embargo, esta Directiva no puede restar valor a las obligaciones derivadas del artículo 12 TCE y del principio general de proporcionalidad”.<sup>104</sup> Efectivamente, el Tribunal podría haber adoptado una posición más flexible y entender que el período de los cinco años de residencia continuada en el Estado miembro de acogida marca el límite máximo dentro del que todavía sería posible argumentar que quien cursa estudios en otro Estado miembro no ha acreditado un grado suficiente de integración en la sociedad del dicho Estado para tener derecho a la igualdad de trato, tal como está establecida en el artículo 12 TCE, respecto de ayudas sociales como las becas de subsistencia para estudiantes.<sup>105</sup>

Es cierto, tal y como señala el abogado general en el asunto *Förster*, que el alcance del principio de igualdad de la Directiva 2004/38/CE podría permitir una interpretación más flexible a la luz de la ciudadanía europea. No obstante, es difícil que el TJCE reabra la discusión con los Estados miembros cuando la literalidad del artículo 24.2 parece no dejar dudas, al menos en cuanto a los beneficios sociales para ciudadanos europeos que cursan sus estudios en otro Estado miembro, al señalar que “el Estado miembro de acogida no estará obligado [...] antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios”. Al contrario de la redacción literal del artículo 24.2 sobre el principio de igualdad a los ciudadanos no económicamente activos, se deduce que la solidaridad es todavía un asunto interno de los Estados. Entonces, la condición de trabajador y, por lo tanto, las condiciones económicas del desplazamiento continúan siendo el eje orientador de la integración en el modelo social de la Unión Europea. Esta afirmación puede leerse de manera nítida en *Vatsouras* cuando el Tribunal señala que no pueden considerarse “prestaciones de asistencia social” en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38 las prestaciones económicas que, independientemente de su calificación en la normativa nacional, están destinadas a facilitar el acceso al mer-

---

104. Conclusiones del abogado general señor Ján Mazák al Asunto C-158/07, *Förster*, apartado 131.

105. *Ibidem*, apartado 132.

cado de trabajo.<sup>106</sup> De esta manera, la combinación entre la Directiva 2004/38/CE y la jurisprudencia post-Directiva del Tribunal de Justicia fragmenta el principio de solidaridad en función de que el objetivo del traslado sea o no una futura integración laboral.

En consecuencia, el modelo social introducido en la Directiva 2004/38/CE supuso un freno a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a través de la cual se buscaba expandir la solidaridad europea entre ciudadanos más allá de vínculos económicos o laborales. Además, una vez emitida la Directiva 2004/38/CE el Tribunal parece abandonar, al menos de momento, tal objetivo y, en cambio, retoma una postura más favorable a los intereses de los Estados. En este sentido, puede apreciarse que la solidaridad entre los ciudadanos europeos es un asunto que parece avanzar bajo los criterios dictados y definidos por la lógica nacional.<sup>107</sup>

### 3. Conclusiones

El proyecto europeo ha sido en muchas ocasiones acusado de priorizar los objetivos de integración económica sobre la integración social. Así, el derecho de residencia y la coordinación en materia de Seguridad Social se impulsa en el marco de las libertades económicas y el principio de igualdad se reconoce para facilitar la libertad de movimiento de los trabajadores. En cambio, el derecho a circular y residir por parte de los ciudadanos no económicamente activos se reconoce bajo la condición de que no supongan una carga para el sistema asistencial del Estado de acogida y el acceso a las prestaciones sociales queda excluido del alcance del principio de igualdad. Sin embargo, los tratados de Maastricht y Ámsterdam dibujan un nuevo escenario para la ciudadanía de la Unión y es partir de este que el Tribunal de Justicia inició una estela jurisprudencial en la que se reinterpretan a la luz del principio de proporcionalidad los límites que las directivas de la década

106. Asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, *Vatsouras y Koupatantze* [2009] ECR I-4585, apartado 45.

107. En todo caso, el debate continuará abierto. Recientemente, en el Asunto *Comisión c. Austria* el Tribunal de Justicia declaró que la República de Austria había incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo al artículo 18 TFUE en relación con los artículos 20 TFUE y 21 TFUE y con el artículo 24 de la Directiva 2004/38/CE, al permitir que, en principio, solo los estudiantes cuyos padres perciben prestaciones familiares austriacas pudiesen beneficiarse de las tarifas de transporte reducidas. Asunto C- 75/2011, *Comisión contra Austria* [2012], no publicado aún.

de los noventa introdujeron al derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos. El TJCE realiza una apuesta interesante para derivar del estatus de ciudadano europeo ya no solo aquellos derechos estrictamente vinculados a la integración económica, sino también aquellos derechos conectados con la ciudadanía social. Así, en *Grzelczyk* se introduce el principio de solidaridad para extender la aplicación del artículo 18 TFUE y reconocer el acceso a las prestaciones sociales. Posteriormente, en *Baumbast* los límites introducidos al derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos y dirigidos a garantizar que la persona no suponga una carga para el sistema asistencial del Estado de acogida dejan de ser analizados bajo la lente del control estricto que no admite fisuras, para pasar a evaluarse en un marco menos rígido de cargas razonables. De esta forma, el Tribunal parece moverse de un concepto de ciudadanía económica, donde el acceso a las prestaciones asistenciales se reconoce porque se presume una contribución al sistema de la Seguridad Social del Estado de acogida, hacia una ciudadanía con improntas sociales en la que la aplicación del principio de igualdad al margen de la realización de una actividad económica se enjuicia a través del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, esta interpretación colisiona con la posición de los Estados miembros reticentes a reconocer la solidaridad social como un elemento parte del proyecto de integración europea. La Directiva 2004/38/CE, lejos de acoger un principio de integración social, mantuvo el principio de integración económica al menor coste para los Estados del bienestar y deja en manos de los Estados miembros los criterios de acceso a las prestaciones sociales para los estudiantes. La Directiva parece fraccionar el alcance del principio de igualdad en función de lo cerca o lejos que se encuentra el ciudadano europeo de una futura integración laboral. Así, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal del TJCE los solicitantes de empleo parecen quedar cubiertos por el principio de igualdad, mientras que los estudiantes quedan explícitamente excluidos de cualquier manifestación del principio de solidaridad. En consecuencia, la Directiva 2004/38/CE tuvo un papel de contención frente a los pronunciamientos que, años antes, había realizado el Tribunal de Justicia, con lo cual recientes pronunciamientos como *Förster* parecen ser la respuesta del Tribunal a la dirección tomada por los Estados en la Directiva 2004/38/CE. En todo caso, es probable que *Förster* sea un capítulo más en la larga evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que, al igual que en el campo de las prestaciones no contributivas del Reglamento 1408/71, el Tribu-

nal retome un papel más activo con el objetivo de introducir también la perspectiva social en el proceso de integración europea.

## Bibliografía

- BALDWIN-EDWARDS, Martin. "Immigrants and Welfare State in Europe", en Douglas Massey y Edward Taylor (eds.). *International Migration Perspectives and Policies in a Global Market*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 318-332.
- BARNARD, Catherine. "EU Citizenship and the Principle of Solidarity", en Michael Dougan y Eleanor Spaventa (eds.). *Social Welfare and EU Law*. Portland-Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 157-180.
- BIANCO, Giuseppe, y MARTINICO, Giuseppe. "The Poisoned Chalice: An Italian View on the Kamberaj case". *Working Papers on European Law and Regional Integration*, núm. 18. Universidad Complutense, 2013.
- BRUBAKER, Rogers. *Citizenship and Nationalhood in France and Germany*. Harvard University Press, 1992.
- CONDINANZI, Massimo; LANG, Alessandra, y NASCIBENE, Bruno. *Citizenship of the Union and Free Movement of Person*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- DOUGAN, Michael, y SPAVENTA, Eleanor. "'Wish You Weren't Here...': New Models of Social Solidarity in the European Union", en Michael Dougan and Eleanor Spaventa (eds.). *Social Welfare and EU Law*. Portland-Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 183-218.
- DOUGAN, Michael. "The Constitutional Dimension to the Case Law on Union Citizenship". *European Law Review*, vol. 12, núm. 1. Sweet & Maxwell, 2006, p. 613-641.
- DE WAELE, Henri. "EU Citizenship: Revisiting its Meaning, Place and Potential". *European Journal of Migration and Law*, vol. 12, núm. 3. Martinus Nijhoff, 2010, p. 319-336.
- EVERSON, Michelle. "The Legacy of the Market Citizen", en Jo Shaw and Gillian More (eds.). *New Legal Dynamics of European Union*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 73-91.
- FERRERA, Maurizio. *The Boundaries of Welfare: European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- . "Towards an Open Social Citizenship? The New Boundaries of Welfare in the European Union", en *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 11-39.
- GARETH, Davies. "'Any Place I Hand My Hat?'" or: Residence Is the New Nationality". *European Law Journal*, vol. 11, núm. 1. Blackwell, Oxford, 2005, p. 43-56.

- GIUBBONI, Stefano. "A Certain Degree of Solidarity? Free Movement of Persons and Access to Social Protection in the Case Law of the European Court of Justice", en Malcom Ross y Yuri Borgamann-Prebil. *Promoting solidarity in the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 167-197.
- GOLYNKER, Oxana. "Jobseekers' Rights in the European Union: Challenges of Changing the Paradigm of Social Solidarity". *European Law Review*, vol. 30, núm. 1. Sweet & Maxwell, 2005, p. 111-122.
- HAILBRONNER, Kay. "Union Citizenship and Access to Social Benefits". *Common Law Market Review*, vol. 42, núm. 5. Wolters Kluwer, 2005, p. 1245-1267.
- HAMMAR, Thomas. *European Immigration Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- HARBO, Tor-Inge. "The Function of the Proportionality Principle in the EU Law". *European Law Journal*, vol. 16, núm. 2. Blackwell, 2010, p. 158-185.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara. "La aplicación directa de la Directiva 2003/109/CE a los nacionales de terceros Estados que acrediten ser titulares del Estatuto de los residentes de larga duración en otros Estados miembros de la Unión Europea". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 19. Lex Nova, 2008, p. 81-98.
- JACOBS, Francis. "Citizenship of the European Union – A Legal Analysis". *European Law Journal*, vol. 13, núm. 5. Blackwell, 2007, p. 591-610.
- MARTÍN VIDA, María Ángeles. "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 Española de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8. IAAP, 2007, p. 95-137.
- MARTISEN, Dorte Sindbjerg. "Social Security Regulation in the EU: the De-Territorialization of Welfare", en Gráinne de Búrca (ed.) *EU Law and the Welfare State: in Search of Solidarity*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 89-110.
- MORITZ, Jesse. "The value of 'integration' in European Law – The Implications if the *Förster* Case on Legal Assessment of Integration Conditions for Third-Country Nationals". *European Law Journal*, vol. 17, núm. 2. Blackwell, 2007, p. 172-189.
- O'GORMAN, Roderic. "The Proportionality Principle and Union Citizenship". *Mitchel Working Paper Series*, núm. 1/2010. Europa Institute, University of Edinburgh, 2009, p. 1-16
- OLESTI RAYO, Andreu. "El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva 2003/109 del Consejo de 25 de noviembre de 2003", en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 4. Iustel, 2004.
- PENNINGS, Frans. "Inclusion and Exclusion of Persons and Benefits in the New Co-ordination Regulation", en Michael Dougan y Eleanor Spaventa (eds.). *Social Welfare and EU Law*. Portland-Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 241-260.

- SAINSBURY, Diane. *Welfare and Immigrants Rights, The politics of Inclusion and Exclusion*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- VAN DER MEI, A. Pieter. *Free Movement of Persons within the European Community, Cross-Border Access to Public Benefits*. Oxford-Portland Obregon: Hart Publishing, 2003.
- . "Union Citizenship and the "De-Nationalisation" of the Territorial Welfare State", *European Journal of Migration and Law*, vol. 7, núm. 2. Martinus Nijhoff, 2005, p. 203-211.
- VERSCHUEREN, Herwig. "European (Internal) Migration Law as an Instrument for Defining the Boundaries of National Solidarity Systems". *European Journal of Migration and Law*, vol. 9, núm. 3. Martinus Nijhoff, 2007, p. 307-346.
- VINK, Maarten. *Limits of European Citizenship: European Integration and Domestic Immigration Policies*. New York: Palgrave.
- WOLLENSCHLÄGER, Ferdinand. "A New Fundamental Freedom Beyond Market Integration: Union Citizenship and Its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration". *European Law Journal*, vol. 17, núm. 1. Blackwell, 2011, p. 1-34.

## RESUMEN

El artículo tiene como objetivo analizar el modelo social incorporado en la Directiva 2004/38/CE en el marco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El artículo está dividido en dos partes. En la primera se describe la evolución del modelo de coordinación social de la Unión Europea y los avances propuestos por el TJCE a partir de la ciudadanía europea sobre el acceso a las prestaciones sociales (*Martínez Sala, Grzelczyk y Collins*). La segunda parte del artículo describe el modelo social incorporado en la Directiva 2004/38/CE y los cambios que éste supuso para la jurisprudencia que venía dictando el TJCE. El artículo concluye que la Directiva 2004/38/CE tuvo un papel de contención frente los pasos dados por el Tribunal para incluir los derechos sociales en la ciudadanía de la Unión; además, la Directiva fragmentó la interpretación del principio de no discriminación para los ciudadanos no económicamente activos.

**Palabras clave:** derechos sociales; derecho a la libre circulación y residencia; ciudadanía de la Unión.

## RESUM

L'article té com a objectiu analitzar el model social incorporat en la Directiva 2004/38/CE en el marc de la jurisprudència del Tribunal de Justícia. L'article està dividit en dues parts. La primera descriu l'evolució del model de coordinació social de la Unió Europea i els avenços proposats pel TJCE a partir del concepte de ciutadania europea en relació amb l'accés a les prestacions socials (*Martínez Sala, Grzelczyk i Collins*). La segona part de l'article descriu el model social incorporat a la Directiva 2004/38/CE i els canvis que aquesta va suposar per a la jurisprudència que fins ara havia dictat el TJCE. L'article conclou que la Directiva 2004/38/CE va tenir un paper de contenció davant els passos fets pel Tribunal amb la finalitat d'incloure els drets socials dins de la ciutadania europea i que, a més a més, la Directiva fragmenta la interpretació del principi de no-discriminació per als ciutadans no econòmicament actius.

**Paraules clau:** drets socials; dret a la lliure circulació i residència; ciutadania de la Unió.

## ABSTRACT

The aim of this contribution is to analyse the social model introduced by the Directive 2004/38/EC in the framework of the case-law of the European Court of Justice (ECJ). This contribution is divided in two sections. The first section describes the model of social coordination unfolded in the framework of the European Union and the improvements made by the ECJ in this area after the introduction of the principle of European citizenship. In its second section, the article describes the social model settled by the Directive 2004/38/EC and the changes that this model entails to the ECJ assertions. The article concludes that the Directive 2004/38/EC restricted the steps made by the ECJ towards the development of a social perspective of the European citizenship. The article also considers that the Directive 2004/38/EC fragments the principle of non-discrimination when applied to the non-economically active citizens and the access of the latter to social benefits.

**Keywords:** social rights; right to free movement and residence; European citizenship.