

105  
ENERO  
2015

## ¿PAUSA O RETROCESO EN LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS CIUDADANOS COMUNITARIOS?

Circulación, residencia y trabajo en otros estados miembros de la Unión Europea: a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea "Dano v. Jobcenter Leipzig".

**David Moya,** Miembro del Observatorio de Derecho Público, IDP-UB.  
Profesor de Derecho Constitucional, Universitat de Barcelona.

En el actual contexto de crisis económica y relativa incertidumbre sobre el papel de la Unión, se han agudizado las voces que cuestionan algunos de los elementos esenciales de funcionamiento de la Unión Europea. Aunque no es novedosa -recordemos las recurrentes admoniciones sobre invasiones de trabajadores no cualificados cada vez que se amplía la UE con un nuevo Estado y las subsiguientes cláusulas transitorias y moratorias-, la preocupación por los efectos de la libertad de circulación y residencia en el interior del territorio de la Unión ha adquirido en los últimos tiempos nueva relevancia, con el argumento de que la misma es empleada abusivamente en perjuicio de los sistemas de asistencia social de los estados miembros (EEMM). Justamente sobre esta cuestión versa la reciente Sentencia del Tribunal

La preocupación por los efectos de la libertad de circulación y residencia en el interior del territorio de la Unión ha adquirido nueva relevancia, con el argumento de que la misma es empleada abusivamente en perjuicio de los sistemas de asistencia social de los estados miembros.

La Directiva 38/2004/CE de 24 de abril (DOCE L-158/77) ha favorecido notablemente la circulación, residencia y trabajo de numerosos ciudadanos comunitarios y sus familias, tal y como apunta la Comisión Europea

En los últimos dos o tres años, por el impacto de la crisis económica, se suceden iniciativas dirigidas a reducir la movilidad de los ciudadanos comunitarios, como es el caso de la reciente propuesta del primer ministro de Reino Unido, iniciativa que se ha topado por el momento con la clara oposición de Alemania, y la más silenciosa de otros estados miembros, así como con el rechazo de la Comisión.

Aunque aparentemente, la STJUE Dano parece cerrar el acceso a las prestaciones sociales a aquellos ciudadanos comunitarios que no han trabajado, de hecho su impacto es limitado pues sólo debe aplicarse a aquellos ciudadanos comunitarios que nunca han trabajado ni de sus actos se deduce que vayan a hacerlo o siquiera que estén buscando empleo.

Es bastante discutible la asunción por el Tribunal de que la movilidad intracomunitaria en estos casos tiene por finalidad exclusiva beneficiarse de los sistemas de protección social de los otros estados miembros.

La mayor parte de casos complejos se viene planteando en relación a lo que se considera situación de búsqueda activa de empleo de modo que la STJUE Dano puede quedar como el caso de referencia en los supuestos de ciudadanos comunitarios desempleados y sin interés ni intención alguna de buscar empleo.

de Justicia de la Unión Europea (STJUE) *Dano v. Jobcenter Leipzig*<sup>1</sup>, una Sentencia que resulta remarcable, no tanto por lo que declara -que apenas resulta novedoso-, como por el tono empleado y por las consecuencias que posiblemente extraigan los estados de la misma. Pero veamos primero qué ha significado hasta el momento la libertad de circulación y residencia comunitarios, para poder situar adecuadamente la aportación de esta Sentencia al actual debate sobre la misma en la Unión.

### Los antecedentes

Tras más de treinta años de integración económica en Europa occidental, tan sólo tres años a principios de los

1. Asunto C-313/13. Todas las sentencias referenciadas están disponibles en [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/).

noventa cambiaron el escenario europeo y mundial: en 1989 los regímenes comunistas del Este fueron cayendo casi al mismo tiempo que los bloques de piedra del Muro de Berlín, en 1990 se coronaba el proceso de reunificación alemana, en 1991 se disolvía la URSS... y el mundo devenía multipolar. Los líderes europeos de 1992 (J. Delors, H. Kohl, F. Mitterrand, J. Major, F. González, etc.) respondieron a los retos de esta nueva Europa, que dejaba el pasado atrás y se abría a un futuro nuevo e incierto, instaurando una unión más intensa, no sólo económica sino también -y ésta fue la gran novedad-, netamente política. El Tratado de Unión Europea firmado en Maastricht con tal fin reformaba el entramado institucional comunitario ampliando la base competencial de la Unión (primer pilar), instauraba las bases para construir una política exterior común (segundo pilar de la Unión) y reconocía la vocación de actuar conjuntamente en ámbitos de justicia e interior (tercer pilar).

Los siguientes veinte años la Unión estuvo ocupada en digerir todas las reformas que este proceso implicaba (Unión Monetaria, ampliación al Este, reforma institucional, incremento de competencias, etc...), no sin crecientes dudas internas como demostró la parálisis institucional posterior a la crisis del proyecto de Constitución Europea de 2006. Pero, apenas encarrilados dichos retos y aprobado en 2008 el Tratado de Lisboa que superaba la parálisis institucional, sorpresivamente la Unión se veía inmersa en una profunda crisis económica cuyas curas de austeridad no fueron probablemente bien medidas en sus profundas implicaciones. Mientras tanto, fuera, el mundo no había parado de transformarse vertiginosamente (revolución digital, globalización, emergencia de otras potencias económicas como China y los BRICS, etc.).

## Parece que el interés de las economías más potentes de la Unión por promover la entrada de nuevos trabajadores se ha enfriado.

### La libertad de circulación hoy. La Directiva 38/2004/CE: un mismo texto, diferente contexto.

Durante los treinta primeros años de funcionamiento de la CEE la libertad de circulación intracomunitaria únicamente se predicaba de los trabajadores en tanto que agentes económicos de un mercado común -luego un mercado interior. Por lo tanto, se trataba en realidad de una libertad reconocida de manera esencialmente instrumental en aras de la consecución del objetivo final de creación de un mercado interior. Por esa razón, para beneficiarse tanto los trabajadores como sus familiares de tal libertad, debían verificarse una serie de requisitos relacionados con su condición de trabajadores migrantes. Sin embargo, el Tratado de Unión Europea de 1992 convirtió esta libertad meramente instrumental en un auténtico derecho individual inherente a la condición política de ciudadano comunitario (art. 20 TFUE) con expresa prohibición de discriminación por nacionalidad (art. 18 TFUE), si bien con algunos límites contemplados en los Tratados y con una expresa remisión a la normativa comunitaria para el efectivo despliegue de este derecho. Sin embargo, en los Tratados subsiste una regulación específica respecto de la libertad de

circulación y residencia de los trabajadores y la necesidad de asegurar que puedan trabajar y residir en cualquier Estado miembro (art. 45 TFUE). De ambas disposiciones se puede deducir la posibilidad de regímenes diferentes de circulación y residencia para ciudadanos o trabajadores, aunque la línea de separación entre ambos no siempre es nítida, por ejemplo cuando se trata de ciudadanos a la búsqueda de empleo (STJ-CE *Collins*).

La adopción de la Directiva 38/2004/CE de 24 de abril (DOCE L-158/77) intenta poner orden en esta situación, así como unificar la fragmentaria normativa existente en la materia. Dicha directiva intenta conciliar, por un lado, la nueva visión constitucional de libertad de circulación, residencia y trabajo con el acervo existente en materia de circulación de trabajadores sin dejar de atender, por otro lado, a la preocupación de algunos estados miembros de proteger sus sistemas de bienestar (*welfare magnet*). La solución propuesta consiste en el reconocimiento de una libertad incondicionada de circulación y residencia de hasta tres meses (estancia) en cualquier Estado miembro, ligada a una protección notable frente a la expulsión (que no puede deberse exclusivamente a dependencia de la asistencia social), una reserva del régimen de residencia temporal (de tres meses a cinco años) y permanente (más de cinco años) para los trabajadores y sus familias o para ciudadanos con recursos propios suficientes con un mandato expreso de igualdad de trato. Los estudiantes y los trabajadores a la búsqueda de empleo pueden acceder y mantener la residencia temporal bajo determinadas condiciones (art.7.1.a Directiva), si bien los ciudadanos que quieran obtener -y mantener- esa residencia temporal no deberán suponer una carga *excesiva* en términos de asistencia social para

el Estado de acogida. Para completar la descripción del régimen de la Directiva, cabe tener en cuenta que su ámbito de aplicación está limitado a los ciudadanos comunitarios (nacionales de

un EEMM) y sus familiares directos cualquiera que sea su nacionalidad, siempre y cuando el ciudadano efectivamente haya ejercitado la circulación intracomunitaria trasladándose a otros Estado miembro (lo que excluye la aplicación de la Directiva a situaciones puramente internas). Igualmente, la Directiva deja en manos de los estados miembros el establecimiento de condiciones más favorables a la libertad de circulación. Algo que hicieron varios países, entre los cuales España, trasponiéndola de manera relativamente generosa para favorecer la circulación de los ciudadanos comunitarios y sus familias, en sintonía con el planteamiento general de la Directiva de facilitar al máximo la libertad de circulación intracomunitaria.

Diez años después, puede decirse que la Directiva ha favorecido notablemente la circulación, residencia y trabajo de numerosos ciudadanos comunitarios y sus familias, tal y como apunta la Comisión Europea<sup>2</sup>: entre 2001-2008, había

2. COM(2010)373 final "Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes".

aumentado un 42% el número de ciudadanos que vivían en otro Estado miembro, alcanzando los 11,3 millones (2,3% población de la UE), y se calcula que la movilidad posterior a la ampliación, entre 2004-2009, incrementó el PIB de los países de la UE-15 en aproximadamente un 1%. No obstante, el impacto de la crisis económica entre 2009-2011 provocó un descenso de casi un tercio de los trabajadores en régimen de movilidad intracomunitaria<sup>3</sup>, razón por la que algunas economías europeas pusieron en marcha medidas específicas dirigidas a atraer trabajadores cualificados de otros EEMM (Alemania, destacadamente). A finales de 2013, Austria, Luxemburgo o Alemania permanecían en tasas de desempleo de aproximadamente el 5-6% mientras en otros estados miembros el paro oscilaba entre el 15%-25% (Portugal, Croacia, España, Grecia), y aunque es todavía demasiado pronto para valorar los efectos de la movilidad intracomunitaria más reciente, parece que el interés de las economías más potentes de la Unión por promover la entrada de nuevo trabajadores se ha enfriado. De hecho, precisamente en los últimos dos o tres años se suceden iniciativas dirigidas a limitar la libre circulación. Bien es cierto que primero se formularon para frenar la circulación interna de ciudadanos extracomunitarios, pero recientemente se dirigen directamente a reducir la movilidad de los ciudadanos comunitarios, como es el caso de la reciente propuesta del primer ministro de Reino Unido, David Cameron, que aboga por introducir cambios en la legislación y Tratados comunitarios a estos efectos<sup>4</sup>, iniciativa que se ha topado por el momento con la clara oposición de Alemania, y la más silenciosa de otros estados miembros, así como con el rechazo de la Comisión, institución que no han cejado en su esfuerzo de poner sobre la mesa los beneficios sociales y económicos de la libre circulación, así como la necesidad de reforzar los derechos y la igualdad de trato entre trabajadores comunitarios y nacionales<sup>5</sup>. Y cuando ha sido necesario ha abierto procedimientos de infracción contra varios estados miembros.

Sin embargo y al margen de la propuesta de Reino Unido planteada inmediatamente después de conocerse los resultados de las elecciones europeas, nadie ha puesto sobre la mesa formalmente la revisión de la Directiva 38/2004. En un contexto de crisis económica y presupuestos recortados, la tendencia parece más bien ser: primero, mantener en principio los derechos de la Directiva; segundo, acogerse a las excepciones que la Directiva permita para evitar situarse entre los países más favorables a la circulación y no sufrir así el supuesto *dumping* social de la migración intracomunitaria de personas, especialmente las desocupadas

3. Datos EUPA-UE, segundo trimestre 2013.

4. Véase el blog de Steve PEERS de 28 de noviembre 2014 "The nine labours of Cameron: Analysis of the plans to change EU free movement law" en <http://eulawanalysis.blogspot.be/>.

5. "Libertad de circulación de ciudadanos de la UE y sus familias: Cinco acciones para marcar la diferencia" [COM(2013) 837 final] y Directiva 2014/54/EU de 16 de abril de 2014, DOUE L-128/8, respectivamente.

(como es el caso de España, que reformó la normativa de acceso a la salud en este sentido, mediante el Decreto-Ley 16/2012); tercero, evitar el fraude en la obtención de la condición de ciudadano comunitario (véase, el reciente *Manual para luchar contra el abuso de la libre circulación mediante la identificación de los matrimonios de conveniencia* de la Comisión, COM(2014) 604 final); y cuarto, tomar medidas para evitar las posibilidades de abuso en la obtención de prestaciones sociales sea legislativamente (como hizo, por ejemplo, el Gobierno alemán al aprobar en agosto de 2014 un proyecto de ley a estos efectos, sobre la base de un informe detallado de los casos de abuso del Estado de bienestar<sup>6</sup>), sea mediante un reajuste de la práctica administrativa, el mayor exponente de los cuales es quizá el incremento de expulsiones de ciudadanos comunitarios en Bélgica, Alemania, etc., un carro al que recientemente también se ha sumado España.

En este contexto de tira y afloja entre la Comisión y los estados miembros en relación a la correcta interpretación de la Directiva, y particularmente a la luz de la propuesta legislativa alemana, aparece la STJUE *Dano v. Jobcenter Leipzig* y ocupa toda la atención.

### La posición del Tribunal de Justicia en STJUE *Dano v. Jobcenter Leipzig*

El caso en cuestión surge por la denegación a una mujer y su hijo, ambos de nacionalidad rumana y residentes en Alemania, de una prestación especial en metálico de carácter no contributivo y típicamente propia del ámbito de la

## Es dudoso el argumento de un supuesto abuso generalizado del Estado del bienestar - y concretamente de los servicios sociales- por parte de determinados colectivos.

asistencia social por los servicios alemanes de desempleo. El Tribunal de Leipzig que juzga su reclamación plantea al Tribunal de Justicia de la Unión si la pretensión de la Sra. Dano está cubierta por la Directiva 38/2004, el Reglamento 883/2004, el 18 TFUE (precepto que prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

El Tribunal empieza reconociendo que este tipo de prestaciones sociales de carácter pecuniario no están excluidas por el Reglamento 883/2004 del principio de igualdad de trato, por lo que un Estado miembro no puede reservarlas a sus nacionales. Sin embargo, y aquí reside la clave de la Sentencia, la Sra. Dano, que no ha trabajado nunca en Alemania ni ha realizado ninguna actividad dirigida a encontrar empleo -y por consiguiente, no se encuentra en

6. [http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/2014/abschlussbericht-armutsmigration.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/2014/abschlussbericht-armutsmigration.pdf?__blob=publicationFile)

situación de búsqueda activa de empleo lo cual sí le hubiera permitido encajar en uno de los supuestos de la Directiva-, no puede beneficiarse de la igualdad de trato de la Directiva porque “no está comprendida en el ámbito de aplicación personal del art. 24, apartado 2 de la Directiva 2004/38”. Puesto que la igualdad de trato se predica exclusivamente respecto de trabajadores, personas en búsqueda activa de empleo, personas en formación y estudiantes, el TJUE arguye que no pueden beneficiarse de la misma los “ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica y ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de recursos suficientes para optar al derecho de residencia” (para. 78).

Aunque ciertamente la Sentencia podría ser más clara, en el fondo el Tribunal no añade nada que no estuviera ya contenido en la Directiva. Y aunque aparentemente, la STJUE Dano parece cerrar el acceso a las prestaciones sociales a aquellos ciudadanos comunitarios que no han trabajado, de hecho su impacto es limitado pues *sólo debe aplicarse a aquellos ciudadanos comunitarios que nunca han trabajado ni de sus actos se deduce que vayan a hacerlo o siquiera que estén buscando empleo*. Por esta razón el Tribunal los considera totalmente improductivos asumiendo que la única motivación para desplazarse a otro Estado miembro es la de beneficiarse de mejores prestaciones sociales.

## Una lectura en clave política de la Sentencia permite afirmar que la misma da un espaldarazo definitivo a las políticas restrictivas de los estados miembros.

A este respecto, la Sentencia merece al menos dos observaciones críticas: por un lado, es bastante discutible la asunción por el Tribunal, sin mayor discusión, de que la movilidad intracomunitaria en estos casos tiene por finalidad exclusiva beneficiarse de los sistemas de protección social de los otros estados miembros, pues incluso en el caso de la Sra. Dano que nunca ha trabajado ni ha buscado empleo, resulta una afirmación bastante especulativa, máxime si se pretende su generalización. A poco que se analiza el caso de la Sra. Dano resulta que todo es en realidad un poco más complicado... Se trata de una joven rumana carente de estudios (tres años de escolarización en Rumania), así como de cualificación profesional certificada alguna; tuvo a su hijo en Alemania a los veinte años, es madre soltera pues se desconoce al padre; madre e hijo viven ambos en casa de su hermana en Leipzig; tenía veintidós o veintitrés años en el momento de los hechos del caso; su alemán es relativamente básico, etc. En resumen, puede ser que la Sra. Dano viva en Alemania porque recibe poco más de 300 euros mensuales, pero también cabe la posibilidad de que lo hiciera por otras razones personales, de apoyo familiar, por su hijo, etc. Del mismo modo, aunque en principio el Tribunal afirma que “nunca se ha discutido su capacidad para trabajar”, la deducción de que “nada induce a pensar que haya buscado trabajo” puede resultar excesiva. Quizá la Sra. Dano, en tanto que madre soltera y sin cualificación, no tenía más opciones que cuidar de su hijo durante los

dos primeros años de nacimiento de éste (2009-2011) y, por ello mismo, presentó la solicitud de ayuda pecuniaria que es el objeto central del caso. Así, de la misma manera que cabe poner en duda la calificación como abusiva de la petición de la Sra. Dano, igualmente es posible dudar sobre el argumento de un supuesto abuso generalizado del Estado del bienestar - y concretamente de los servicios sociales- por parte de determinados colectivos. Aunque la Directiva ofrece un amplio margen de actuación a los estados, el Tribunal podría haber sometido a un mínimo escrutinio tal argumento, o por lo menos haber introducido alguna exigencia de justificación (o datos) que soporte la idoneidad y adecuación de medidas más restrictivas de las que existían en el momento de aprobación de la Directiva. Pero, además de discutible (la propia Directiva es un equilibrio entre intereses divergentes), esta exigencia, fundada en una interpretación finalista sobre los objetivos de la Directiva, hubiera puesto muy difícil justificar reformas recientes en varios estados, y quizá tendría el efecto de provocar una revisión de la misma Directiva para rebajar sus estándares. Probablemente ésta sea alguna de las razones que subyacen también en la forma en que el Tribunal aborda el caso Dano.

La segunda cuestión que preocupa, aunque el Tribunal se cuida mucho de expresarlo en estos términos, es que la condición de trabajador en búsqueda de empleo se equipare al recurso a los servicios de ocupación públicos. En el caso

del perfil de la Sra. Dano, por ejemplo, tal búsqueda se canaliza normalmente a través de contactos informales; no obstante, ésta es una cuestión de prueba que competía a los abogados de

la Sra. Dano argüir en el litigio ante el Tribunal de Leipzig. Cabe subrayar de nuevo que el impacto de esta Sentencia puede ser muy reducido porque, como puede verse del comentario anterior, la mayor parte de casos complejos se viene planteando en relación a lo que se considera situación de búsqueda activa de empleo (desde STJCE Antonissen Asunto C-292/89 o Collins Asunto C-138/02, hasta las más recientes como STJUE Reyes, Asunto C-423/12) de modo que la STJUE Dano puede quedar como el caso de referencia en los supuestos de ciudadanos comunitarios desempleados y sin interés ni intención alguna de buscar empleo –aunque, como apuntamos, ello era en realidad más que discutible. El impacto real de la Sentencia puede también ser muy limitado en la práctica porque para evitarla bastará con que el ciudadano comunitario realice actos conducentes a su consideración como trabajador en búsqueda de empleo según la jurisprudencia del TJUE (registro en los servicios de empleo, aceptación de trabajos temporales, etc.). Es más, conforme al art. 144.b) de la Directiva, el ciudadano en búsqueda activa de empleo no puede ser expulsado mientras tenga posibilidades reales de lograr un trabajo. Y en todo caso, la exclusión del principio de igualdad de trato queda aquí circunscrita a la denegación de acceso a los servicios sociales ya que la Sentencia no llega a plantearse en ningún momento ir más allá, como, por ejemplo, revocar el permiso de residencia a Dano (y su hijo) o su posible expulsión.

Con todo, una lectura en clave política de la Sentencia permite afirmar que la misma da un espaldarazo definitivo a las políticas restrictivas de los estados miembros (y singularmente a Alemania, que recientemente lanzaba su proyecto legislativo justamente en este punto). Esto se hace evidente desde el momento mismo en que presentaron observaciones otros cinco estados miembros, además del Estado alemán, la propia Sra. Dano y la Comisión Europea. En este sentido, la Sentencia refuerza la tesis alemana de que la lucha contra los abusos de la libertad de circulación se puede articular desde los instrumentos actualmente existentes en la legislación comunitaria sin que sean necesarias nuevas reformas legislativas ni modificaciones de los tratados, contra la postura ya casi minoritaria del Gobierno británico (que probablemente se explique más que por convicción por la necesidad de responder a la presión del UKIP, etc.). Esto explicaría el duro tono empleado por el Tribunal al recordar que la Directiva fue el resultado de una búsqueda de equilibrio entre los intereses por promover la libre circulación y la necesidad de evitar “que los ciudadanos de la Unión utilicen el sistema asistencial del Estado miembro de acogida para garantizar su subsistencia” (para. 76). Es un tono duro que esconde la preservación del statu quo.

En el otro lado del balance queda, sin embargo, una lectura de la Directiva excesivamente apegada a la función económica de la libertad de circulación y a los intereses de los EEMM en una época de crisis. La STJUE Dano se suma así a otras sentencias recientes sobre la interpretación de la Directiva (STJUE Yoshizaku Ida Asunto C-40/11, STJUE Adil Asunto C-278/12) que van trazando un cambio de paso en el perfil del TJUE en esta materia. Si, en el pasado, éste se caracterizó por una posición bastante activa en la promoción de la libertad de circulación y la igualdad de trato, ahora asume una lectura mucho más cauta de la misma. Ello supone el alejamiento de una lectura alternativa de la ciudadanía, que apostara firmemente por maximizar la libertad de circulación y residencia a partir de una interpretación flexible de la Directiva. Veremos si se trata únicamente de una estrategia de autocontención mientras la crisis amaina, o constituye el inicio de un punto de inflexión en el activismo del Tribunal en la aplicación de las libertades comunitarias.

**El TJUE asume ahora una lectura mucho más cauta de la promoción de la libertad de circulación y la igualdad de trato.**