

ALCANCE Y ARTICULACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO RESPECTO DE LAS PRESTACIONES DE ASISTENCIA SOCIAL

Thais Guerrero Padrón
Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

RESUMEN

Aunque la asistencia social está expresamente excluida del Reglamento 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros, la propia norma regula unas prestaciones económicas que, por su naturaleza, participan de caracteres tanto de asistencia social como de seguridad social. Respecto de las mismas, el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad va a encontrar serias matizaciones o restricciones en combinación con los requisitos para disfrutar del derecho de residencia en otro Estado miembro que contempla la Directiva 2008/34, en especial cuando se trata de ciudadanos que sin estar realizando una actividad por cuenta ajena mantienen el estatuto de trabajadores, o que son únicamente demandantes de empleo, incluso cuando pierden esta condición.

PALABRAS CLAVES: Libre circulación de trabajadores, derecho de residencia, demandante de empleo, igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad, asistencia social.

ABSTRACT

Although social assistance is specifically excluded of Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems, however it regulates cash benefits which have characteristics both of the social security and of social assistance. Related to those benefits, the requirements to gain the right of residence in a different Member State according Directive 2004/38, will restrict the principle of equal treatment and non-discrimination on grounds of nationality. This happens especially for those citizens who retain the status of worker despite not being workers, or those who are only job seekers even if they lose this status.

KEY WORDS: Freedom of movement of workers, right of residence, job seeker, principle of equal treatment and non-discrimination on grounds of nationality, social assistance.

SUMARIO

I. PRESTACIONES ESPECIALES EN METÁLICO NO CONTRIBUTIVAS

II. LIBRE CIRCULACIÓN Y DERECHO DE RESIDENCIA

III. GARANTÍAS Y VICISITUDES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

IV CONCLUSIONES

I. PRESTACIONES ESPECIALES EN METÁLICO NO CONTRIBUTIVAS

El ámbito material del Reglamento 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, que sustituye al anterior Reglamento 1408/71, comprende toda legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con las prestaciones de enfermedad, maternidad y paternidad asimiladas, invalidez, vejez, supervivencia, prestaciones de accidentes laborales y de enfermedad profesional, desempleo, prejubilación y prestaciones familiares (artículo 3.1), excluyendo expresamente la asistencia social.

Sin embargo, el propio Reglamento regula unas “prestaciones económicas especiales no contributivas” que “presentan características tanto de legislación de seguridad social a que se refiere al apartado 1 del artículo 3 como de asistencia social” (art. 70.1 Reglamento 883/2004). Por su parte, el Reglamento 1247/92, que modificó el Reglamento 1408/71, indicaba que “determinadas prestaciones contempladas en las legislaciones nacionales pueden pertenecer simultáneamente a la seguridad social y a la asistencia social, debido a su ámbito de aplicación personal, sus objetivos y sus normas de desarrollo”; la semejanza con la asistencia social se evidencia “en la medida en que la necesidad constituye un criterio esencial de aplicación y las condiciones de concesión prescinden de cualquier requisito relativo a la acumulación de períodos de actividad profesional o de cotización (...) Por otras características se aproximan a la seguridad social, en la medida que no hay poder discrecional en el procedimiento por el cual se conceden (...) y porque confieren a sus beneficiarios una posición jurídicamente definida”.

Históricamente la asistencia social se ha considerado “una técnica enmarcable en el ámbito más amplio de la seguridad social, que pretende la eliminación de la necesidad cuando el ciudadano con sus propios medios no puede sobrellevar las circunstancias que le acaecen”¹, situaciones identificadas por los siguientes rasgos: la insuficiencia de recursos en el asistido, la atención de las necesidades básicas, no ya la mera indigencia; carácter residual y complementario de los seguros sociales; gratuidad de las prestaciones; financiación con cargo a los presupuestos generales del Estado y carácter voluntario para el asistido². No obstante, la asistencia social ha experimentado un proceso de evolución no ajeno a la progresiva extensión del ámbito de la seguridad social³. En esta misma línea algún autor⁴ ha utilizado los siguientes criterios para identificar los sistemas de asistencia social: a) se basa exclusivamente sobre la

¹Martín Mateo, R., “Sobre el concepto de asistencia social” en: AA.VV.; Problemas Fundamentales de Beneficencia y Asistencia Social. Ministerio de Gobernación. Colección Estudios 10. Madrid. 1967; p. 66.

²Martín Mateo, R. “Sobre el concepto de asistencia social”. Op. cit., pp. 64 y 65; Rubio Nombela G., “Caridad, beneficencia y asistencia social” en: AA.VV.; Problemas Fundamentales de Beneficencia y Asistencia Social. Ministerio de Gobernación. Colección Estudios 10. Madrid. 1967.

³Un estudio interesante sobre los orígenes de los términos “seguridad social” y “asistencia social”, la diferente consideración de la asistencia social en el entorno internacional e interno de cada país y, en general, el debate doctrinal en torno a ambas nociones, se encuentra en Sánchez-Rodas Navarro, C.; La Aplicación del Derecho Comunitario a las Prestaciones Especiales No Contributivas. Comares. Granada. 1997, p. 104 y ss.

⁴Bieback, K.J.; La Discrimination Indirecte Fondee Sur le Sexe dans le Droit Social des Etats Membres des CE au Regard de la Directive (CE) 79/7. Comisión Europea. Febrero 1996, p. 20.

necesidad individual de ayuda o asistencia; b) principio de acceso general para todos, no limitado sólo a las personas que hayan desarrollado una actividad profesional; c) no se otorga en función de riesgos particulares, excepción hecha de la indigencia; d) es normalmente financiada vía impuestos, y e) presenta un carácter subsidiario respecto de otras prestaciones. No obstante, la distinción entre “asistencia social” y “seguridad social” no está exenta de relativismo pues ambas participan de caracteres comunes en orden a atender necesidades sociales para lo cual, a veces, llevan a cabo una labor de interrelación de sus funciones⁵.

En el ámbito del Derecho Comunitario, el Tribunal de Justicia ha precisado que la naturaleza real de cada prestación se determina conforme al Derecho comunitario, siendo irrelevante lo que al respecto indique cualquier ordenamiento jurídico nacional⁶. La noción de “asistencia social” tiene contenido y alcance comunitarios, de modo que la identificación de una prestación como de asistencia social dependerá de los elementos constitutivos de la prestación en sí y de la finalidad que persigue, pero no de la manera en que sea calificada—de seguridad social o de asistencia social— por la legislación del Estado miembro⁷, o de la naturaleza contributiva o no contributiva de la prestación, o incluso de la entidad encargada de su reconocimiento y gestión.

Ninguno de estos criterios es determinante para encuadrar una prestación en el ámbito de la seguridad social o de la asistencia social. Con todo, es probable que el criterio más seguro para diferenciar si una prestación es de seguridad social o de asistencia social es el de la posición del beneficiario de la misma conforme a la legislación del Estado miembro de residencia: si existe una categoría de personas normativamente predeterminada cuyo derecho subjetivo a la prestación deriva de su condición de afiliado al sistema de seguridad social, estamos ante una prestación de seguridad social. Pero si la cobertura de la situación de necesidad depende de la comprobación individualizada y discrecional del riesgo protegido, la prestación sería de asistencia social⁸.

El art. 70 del Reglamento 883/2004, como se indicó, define las denominadas “prestaciones especiales en metálico no contributivas” ofreciendo un régimen jurídico muy definido que deja escaso margen a la duda interpretativa. Conviene aclarar previamente que el objetivo de este precepto no es determinar los requisitos materiales para que exista el derecho a estas prestaciones, lo cual es competencia de cada Estado

⁵La doctrina científica ha tratado de deslindar ambas nociones. Véase al respecto: Rodríguez Piñero, M.; *La Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes en las Comunidades Europeas*. IELSS. Madrid. 1981; Pérez Del Río, T.; “El Concepto de Prestaciones de Asistencia Social establecido por la Corte de las Comunidades Europeas y la Normativa Española”. *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Junta de Andalucía nº 7/1986, pp. 77 y ss; Alarcón Caracuel, R.M.; “La integración de los servicios sociales y la asistencia social en la seguridad social”. *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* nº 7/1986, pp. 9 y ss.; Sánchez-Rodas Navarro, C., “Las Prestaciones No Contributivas y el Reglamento 883/2004”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 64/2006, p. 116.

⁶Asunto Fossi, 79/76, sentencia de 31 de marzo de 1977; asunto Guillard, 9/78, sentencia de 6 de julio de 1978; asunto Toia, 237/78, sentencia de 12 de julio de 1979.

⁷Asunto Hughes, C-78/91, sentencia de 16 de julio de 1992.

⁸Asunto Frilli, 1/72, sentencia de 22 de junio de 1972.

miembro del mismo modo que lo es definir el alcance de la cobertura social de este tipo de prestaciones⁹.

La naturaleza híbrida de las “prestaciones especiales en metálico no contributivas” se proyecta en su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión. La condición asistencial se evidencia, principalmente, en el propósito de garantizar unos ingresos mínimos de subsistencia conforme al nivel económico social del país miembro de que se trate, en tanto que el carácter de seguridad social deriva del objeto finalista consistente en ofrecer una protección adicional, complementaria o sustitutoria de los riesgos cubiertos por las ramas de seguridad social que componen el campo de aplicación material del propio Reglamento. Reforzando su naturaleza “no contributiva”, su reconocimiento y concesión no se hacen depender de contribuciones o cotizaciones previas del beneficiario, procediendo la financiación de estas prestaciones de los presupuestos generales de cada país. Pero este último elemento difícilmente puede utilizarse para delimitar cuál es la naturaleza de la prestación. Las tendencias actuales de los sistemas de protección social en orden a su universalización, es decir, la atención globalizada de todos los ciudadanos y la financiación pública progresiva a través de los presupuestos generales vierten nuevas dificultades en el intento de deslindar ambos conceptos: seguridad social y asistencia social.

Como colofón, cada Estado miembro ha identificado en su propio sistema de seguridad social las prestaciones “especiales y no contributivas” que participan de los rasgos mencionados, habiendo quedado incluidas en el Anexo X del propio Reglamento 883/2004 como un *numerus clausus*¹⁰; habría que entender que, a los efectos del mismo, fuera de este listado no hay prestaciones que tengan esta consideración¹¹.

Algunos ejemplos de este tipo de prestaciones han sido tratados por la jurisprudencia comunitaria. Así, el “suplemento compensatorio” que, según la legislación austríaca, se concede a los beneficiarios de una pensión de vejez, en caso de que su cuantía—más otros posibles ingresos que tenga el interesado— no superen un determinado importe de referencia (legalmente establecido) y siempre que tengan la residencia legal en Austria. Este derecho de residencia está supeditado a contar con un seguro de enfermedad y recursos suficientes, de tal manera que a priori no necesite solicitar prestaciones de asistencia social ni un suplemento compensatorio. Es decir, al exigir la residencia legal vinculada a no tener necesidad de una prestación compensatoria o de asistencia social, la norma nacional parte de que el beneficiario de esa prestación cuenta con recursos suficientes. La prestación compensatoria es para mejorar un nivel mínimo de rentas que, no obstante, permite al individuo subvenir a sus necesidades; si es inferior a ese nivel,

⁹Asunto Dano, C-333/13, sentencia de 11 de noviembre de 2014.

¹⁰España, por ejemplo, ha incluido en el Anexo X el subsidio de garantía de ingresos mínimos (Ley 13/1982, de 7 abril), las prestaciones en metálico de asistencia a personas de avanzada edad e inválidos incapacitados para el trabajo (Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio), el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte (Ley 13/1982, de 7 abril), las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación (art. 42.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social) y las prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según disponen las legislaciones de las Comunidades Autónomas.

¹¹En este sentido, Sánchez-Rodas Navarro, C., “Las Prestaciones No Contributivas y el Reglamento 883/2004”.Op. cit., p. 124.

se entiende que no puede tener la residencia legal porque carece de recursos suficientes, en cuyo caso sería una carga para la asistencia social del país¹².

En la legislación alemana las “prestaciones del seguro básico para demandantes de empleo” fueron identificadas con las “prestaciones especiales en metálico no contributivas” del art. 70.2 del Reglamento 883/2004 porque tratan de garantizar la subsistencia a personas que no pueden subvenir a ella. Se financian mediante impuestos, no tienen carácter contributivo y, además, están expresamente mencionadas en el Anexo X del propio Reglamento¹³. Un último ejemplo, en este caso de la legislación británica, es el “complemento de ingresos” que se otorga a distintas categorías de personas en función de los recursos de que dispongan, siendo uno de los requisitos para su concesión que los ingresos del beneficiario no superen el importe aplicable establecido¹⁴.

Cuestión importante es si estas “prestaciones especiales en metálico no contributivas”, que en parte son de asistencia social, encuentra correspondencia con las referencias a la “asistencia social” que figuran en la Directiva 2004/38 relativa a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros. Esta norma persigue precisar las condiciones de ejercicio del derecho de residencia para evitar que el ciudadano que no dispone de recursos suficientes se convierta en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida. La mención a la “asistencia social” en la Directiva hay que entenderla comprensiva de las prestaciones del art. 70.2 del Reglamento 883/2004 en atención al objetivo mencionado, indicando el TJUE en este contexto, que el concepto de asistencia social se refiere “a todos los regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas (...) a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida, que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado”¹⁵. Recientemente, sin ambages, el TJUE ha señalado que las “«prestaciones especiales en metálico no contributivas», en el sentido del artículo 70, apartado 2, del Reglamento nº 883/2004, (...) constituyen asimismo una «prestación de asistencia social»”¹⁶.

La singular naturaleza mixta de las prestaciones reguladas en el art. 70 justifica que se les apliquen un sistema de coordinación diferente dentro del previsto en el Reglamento 883/2004, teniendo en cuenta las características propias de las mismas para ofrecer una protección adecuada a los trabajadores y sus familias. Esta peculiar posición tiene, incluso, reflejo en el modo en que se aplican a la concesión de estas prestaciones los principios básicos que rigen la coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social de los Estados miembros. Constituyen, en esencia, estos principios:

¹²Asunto Brey, C-140/12, sentencia de 19 de septiembre de 2013.

¹³Asunto Alimanovic, C-67/14, sentencia de 15 de septiembre de 2015.

¹⁴Asunto Saint Prix, C -507/12, sentencia de 19 de junio de 2014.

¹⁵Asunto Brey, citado.

¹⁶Asunto García Nieto, C-299/2014, sentencia de 25 de febrero de 2016.

En primer lugar, el principio de exportabilidad de prestaciones. Este principio regulado en el art. 7 Reglamento 883/2004 no se aplica a las “prestaciones especiales en metálico no contributivas” ex. art. 70.3 del Reglamento, de modo que el beneficiario de una prestación de este tipo no podría percibirla en caso de residir en un Estado miembro diferente al que compete su concesión y cuya institución deudora la abona. Reforzando este aspecto, el apartado 4 del art. 70 señala que tales prestaciones “únicamente serán facilitadas en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan”. Según el TJUE, lo característico en este caso es “la imposibilidad de exportar “prestaciones especiales en metálico no contributivas” a cambio de la igualdad de trato en el Estado de residencia”¹⁷. Estimamos que la inviabilidad en la aplicación del principio de exportabilidad a este tipo de prestaciones probablemente hoy encuentra justificación en razones de tipo presupuestario, condicionamiento que comparten todos los Estados miembros, pero que indudablemente esta excepción en la actualidad constituye un auténtico reto de futuro en la progresiva coordinación de sistemas de seguridad social¹⁸.

En segundo lugar, el principio de totalización de períodos computables (art. 6 Reglamento 883/2004) resulta igualmente inaplicable, por razones obvias, en lo relativo a la cobertura de períodos de seguro o de empleo o actividad profesional; en cambio sí es posible la totalización de períodos de residencia cubiertos en el territorio de cualquier otro Estado miembro y sin discriminación basada en la nacionalidad, debiendo estar a la particular regulación de la prestación en cada caso.

En tercer lugar, el principio de una única legislación aplicable (arts. 11 y ss del Reglamento 883/2004) que, respecto de las prestaciones especiales que analizamos se simplifica hasta el punto que la legislación del Estado miembro donde resida el beneficiario es la única aplicable sin más consideraciones. Como ha señalado el TJUE, el art. 70.4 del Reglamento 883/2004 establece una “norma de conflicto” cuyo objeto consiste en determinar, en el caso de estas prestaciones especiales, la legislación aplicable y la institución a cargo de su abono. La finalidad de este precepto es doble: de un lado evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales con las complicaciones que ello conlleva y, de otro lado, impedir que las personas incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento se vean privadas de protección en materia de seguridad social, a falta de una legislación aplicable¹⁹.

Finalmente, el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 4 Reglamento 883/2004) - en virtud del cual se aplican los beneficios y obligaciones de la legislación del Estado miembro a los ciudadanos comunitarios en las mismas condiciones que a los propios nacionales- , también encontraría precisiones, incluso excepciones, ligadas al derecho de residencia y al mantenimiento del estatuto de trabajador, aspecto que se analizará con posterioridad.

¹⁷Asunto Dano, citado.

¹⁸“La supresión del principio de exportabilidad de las prestaciones” ha sido calificada como “serio obstáculo que impide el disfrute del derecho a tales prestaciones”. Fernández Orrico, F.J., “La Coordinación de las Prestaciones Especiales No Contributivas en los Diversos Estados Miembros de la Unión, Antes y Después del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de Abril”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 64/ 2006, p. 48.

¹⁹Asunto Brey, citado.

II. LIBRE CIRCULACIÓN Y DERECHO DE RESIDENCIA

“La Unión establecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de personas”(art. 3.2). Bajo estos términos, el Tratado de la Unión Europea reconoce el derecho a la libre circulación de los ciudadanos por el territorio de los Estados miembros, como una de las libertades fundamentales sobre la que se asienta la Unión, respecto de la que rige el principio de prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 18 Tratado de Funcionamiento UE), siendo reconocido además el “derecho de todo ciudadano a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación” (art. 21 TFUE).

El derecho de libre circulación cobra especial significación cuando el ciudadano de la Unión tiene, además, la condición de trabajador, tratándose de un derecho subjetivo que el beneficiario del mismo tiene frente a los demás sujetos del Derecho comunitario, sean las propias Instituciones, los Estados miembros o incluso entes o personas privadas²⁰. Como ha señalado el TJUE, la libre circulación de los trabajadores implica el derecho de los nacionales de los Estados miembros a circular libremente por el territorio de los demás Estados miembros y a residir en ellos con objeto de buscar empleo²¹.

Esta libertad de circulación se proyecta en dos planos distintos pero necesariamente interrelacionados: uno estrictamente laboral y otro conexo con la seguridad social.

En el primero, se pretende garantizar la libre circulación de trabajadores aboliendo toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros en lo que se refiere, en sentido amplio, al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo (art. 45.2 TFUE), aspectos desarrollados puntualmente en el Reglamento 492/2011.

En el segundo, respetando la subsistencia de regímenes nacionales de seguridad social distintos y con el propósito de garantizar el nivel óptimo de coordinación entre los mismos, se persigue evitar que las normas nacionales de seguridad social supongan un obstáculo o impedimento a la libre circulación de los trabajadores migrantes y sus familiares, de modo que se trata de establecer reglas sobre acumulación de períodos computables para acceso y mantenimiento del derecho a prestaciones, o cálculo de las mismas, así como respecto del abono de ciertas prestaciones para los residentes en los territorios de los Estados miembros (art. 48 TFUE); materia pormenorizada en el Reglamento 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

Para que la libertad de circulación de trabajadores sea efectiva y plena es preciso reconocer a sus titulares el derecho de residencia en uno de los Estados miembros para ejercer en él un empleo y, en su caso, ejercitar los derechos correspondientes en el marco de la seguridad social. El derecho de residencia es un derecho accesorio o adjetivo que no forma parte del contenido esencial de la libre circulación pero que, en determinadas circunstancias, puede condicionar la libertad de circulación. La Directiva 2004/38 constituye en esta materia la norma de referencia que pretende facilitar y

²⁰En este sentido, López Garrido, D.; *Libertades Económicas y Derechos Fundamentales en el Sistema Comunitario Europeo*. Tecnos. Madrid. 1986, p. 41.

²¹Asunto Antonissen, C-292/89, sentencia de 26 de febrero de 1991.

reforzar el ejercicio del derecho fundamental de los ciudadanos de la Unión y miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

Lejos de existir un reconocimiento abierto e incondicionado a estos efectos, la Directiva 2004/38 regula el derecho de residencia en el Estado miembro de acogida de forma diferente, según se trate de un ciudadano de la Unión o tenga, además, la condición de trabajador, gozando éste en una valoración de conjunto de un trato más favorable.

En su dinámica legal, durante el primer período de residencia-cuya duración alcanza taxativamente hasta tres meses-, se exige con carácter previo al ciudadano disponer de un documento de identidad o pasaporte válidos (art. 6.1 Directiva 2004/38), gozando del derecho de residencia en tanto no suponga una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida (art. 14.1 Directiva 2004/38). En este sentido, ha señalado el TJUE que sería contrario al objetivo de la Directiva, consistente en “evitar que se convierta en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida”, admitir que personas que no disfrutaran del derecho de residencia según esta norma puedan reclamar el derecho a percibir prestaciones de asistencia social en igualdad de condiciones con los nacionales de ese Estado miembro²².

Superado el corto período de los tres primeros meses de residencia, entran en juego una serie de exigencias legales para conservar el derecho de residencia en el otro país miembro que, en suma, distinguen si el ciudadano ostenta o no la condición de trabajador.

Si únicamente tiene el estatus de ciudadano se le exige, de un lado, contar con recursos suficientes²³ para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante el período de residencia; y de otro, tener un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida (art. 7.1.b Directiva 2004/38). En este terreno, los Estados miembros están facultados para imponer a tales ciudadanos una obligación de registro ligada a la demostración del cumplimiento de aquellos requisitos, es decir, contar con recursos suficientes y tener cobertura médica (art. 8.3 Directiva 2004/38). Sin embargo, la Directiva 2004/38 no autoriza a los Estados para establecer un importe fijo sobre lo que estiman serían “recursos suficientes”, debiendo valorar en cada caso la situación personal del interesado. Sí sienta, en cambio, una importante regla: ese importe no superará el límite de recursos establecido en el país para conceder la asistencia social o, en su defecto, el nivel de la pensión mínima de seguridad social pagada por el Estado miembro de acogida (art. 8.4). Se deduce, por tanto, que los Estados miembros pueden señalar una determinada

²²Asunto García Nieto, citado.

²³La condición de disponer de recursos suficientes con objeto de no convertirse en una carga para la asistencia social de dicho Estado miembro durante su período de residencia “parte de la idea de que el ejercicio del derecho de residencia por los ciudadanos de la Unión puede estar subordinado a los intereses legítimos de los Estados miembros”, como “la protección del erario” (asunto Brey, citado). Lo que procede para comprobar tal requisito es efectuar un examen concreto de la situación económica de cada interesado, sin tener en cuenta las prestaciones sociales solicitadas en su caso (asunto Dano). Hay supuestos excepcionales en los que el derecho de residencia en el Estado miembro de acogida no está supeditado al requisito de disponer de recursos suficientes; ocurre de esta manera cuando se trata de un progenitor cuyo derecho de residencia está vinculado a la custodia efectiva de un hijo que ejerce el derecho a cursar estudios y en virtud del cual tiene derecho a residir en el Estado miembro de acogida (Asunto Teixeira, C-480/08, sentencia de 23 de febrero de 2010).

cantidad que sirve como cifra de referencia, “pero no pueden imponer un importe de ingresos mínimos por debajo del cual se presumirá que el interesado no dispone de recursos suficientes”²⁴.

Tratándose de un trabajador, se le reconoce el derecho de residencia por período superior a tres meses sin más precisiones, puesto que en tales casos se presume que dispone de una fuente regular de ingresos que, en principio, garantiza su manutención, por tanto, cumple el requisito de tener recursos suficientes en el sentido de la Directiva 2004/38, si bien en este caso también puede el Estado de acogida exigir su registro y la acreditación de su condición de trabajador, por ejemplo y en lo que se refiere a los trabajadores por cuenta ajena, con la declaración de contratación del empleador o un certificado de empleo (art. 8.3 Directiva 2004/38).

El concepto de trabajador en el contexto de la libre circulación de trabajadores no puede ser variable en función del contenido que al mismo confiera cada legislación nacional; se impone una noción de contenido y alcance comunitarios evitando de este modo que los Estados miembros puedan ofrecer conceptos en su caso restrictivos o selectivos que tengan por efecto excluir a determinadas personas de los beneficios y protección de los Tratados²⁵. En el marco del derecho a la libre circulación y residencia el concepto de trabajador debe necesariamente interpretarse en un sentido amplio “en la medida en que define el ámbito de aplicación de una libertad fundamental prevista por el TFUE”²⁶. En el contexto de la libre circulación de trabajadores se considera trabajador por cuenta ajena a la persona que realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una retribución, no pudiendo “existir excepciones a esa libertad que se basen bien en el objeto de la actividad desarrollada por el trabajador bien en las modalidades y en los plazos temporales en los que la actividad misma eso debe ser ejercida”²⁷.

Por tanto, es indiferente a estos efectos el género de trabajo desempeñado, el sector profesional en que se inserte el trabajador, la modalidad contractual y los plazos temporales de ejecución de la prestación laboral, la duración del empleo, el carácter intermitente de los servicios, que preste su actividad a domicilio o que el trabajador no traslade su residencia al país donde se ejecuta el trabajo (caso de los trabajadores fronterizos). El concepto de trabajador y de actividad por cuenta ajena deben interpretarse de manera amplia, excluyendo sólo aquellas actividades que no sean reales y efectivas o que no generen contraprestación económica.

El TJUE ha equiparado “actividad económica” y “actividad remunerada”²⁸ habiéndose planteado en la práctica si entraba en el concepto de trabajador la persona que realizaba una actividad por cuenta ajena en un régimen de jornada a tiempo parcial muy reducida

²⁴Asunto Brey, citado.

²⁵Asunto Unger, 75/63, sentencia de 16 de marzo de 1964.

²⁶Asunto N., C-46/12, sentencia de 21 de febrero de 2013.

²⁷Pocar, F.; Derecho Comunitario del Trabajo. Civitas. Madrid. 1988, p. 61.

²⁸Dastis Quecedo, A. M., “La Libre Circulación de Trabajadores”, Estudios de Derecho Comunitario Europeo”. Consejo General del Poder Judicial. 1989; p. 294.

que le reportaba una remuneración proporcional tan limitada que no alcanzaba siquiera el salario mínimo general establecido en el Estado miembro de residencia o el importe mínimo de subsistencia fijado por éste, precisando para subvenir a sus necesidades una ayuda complementaria con cargo a la asistencia social del Estado de residencia²⁹. Debe reiterarse que si, pese a todo, se trata de una actividad real y efectiva y no marginal o accesoria, entra en el concepto comunitario de “trabajador” y en tal condición, la Directiva 2004/38 no condiciona su derecho de residencia a ningún requisito. En este sentido, puede invocar el principio de igualdad de trato para acceder a esas prestaciones en las mismas condiciones que los propios nacionales del Estado miembro de acogida que se encuentren en la misma situación (ex art. 24.1 de la Directiva 2004/38). Por tanto, ante el supuesto de un “trabajador comunitario” no se plantea si dispone o no de recursos suficientes para ser titular del derecho de residencia, aunque perciba un salario exiguo, siempre que obedezca a una actividad real y efectiva, no marginal o accesoria.

En determinadas circunstancias, el ciudadano que ya no ejerce ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia puede, sin embargo, mantener la condición de trabajador a los efectos de conservar el derecho de residencia, sin señalar la Directiva 2004/38 limitación temporal. Tal es así cuando ha sufrido una incapacidad temporal como resultado de una enfermedad o accidente, o cuando habiendo estado empleado durante más de un año se encuentra en situación de paro involuntario (acreditado) e inscrito como demandante de empleo con la finalidad de encontrar un nuevo trabajo. También mantiene la condición de trabajador el que sigue una formación profesional si está relacionada con el empleo previo, condición ésta que no se aplica en caso de encontrarse en paro involuntario (art. 7.3 letras a, b y d Directiva 2004/38).

Una vez concluida la relación laboral el interesado pierde, en principio, la condición de trabajador, si bien hay que tener en cuenta, por una parte, que esta condición puede producir determinados efectos tras la extinción de la relación laboral y, por otra parte, que una persona que realmente busque empleo también debe ser considerada trabajadora efectos de la libre circulación³⁰. En el sentido del artículo 45 TFUE, la consideración de trabajador, al igual que los derechos que se derivan de dicha condición, no dependen necesariamente de la existencia o de la permanencia efectiva de una relación laboral³¹.

Aparte de los supuestos mencionados, también mantiene la condición de trabajadora - acaso como supuesto excepcional o ejemplificativo- la ciudadana de otro Estado miembro que voluntariamente deja su trabajo en el territorio del país miembro de acogida, tres meses antes del nacimiento de su hijo, decisión personal basada en determinadas limitaciones físicas relacionadas con la última fase de su embarazo y, presuntamente, atinentes al período inmediatamente posterior al parto. En estas circunstancias, no puede ser privada, en principio, de la condición de trabajadora, en el sentido del artículo 45 TFUE, como ha matizado el TJUE, afirmando: “Efectivamente, el hecho de que en la práctica la persona afectada no haya estado presente en el mercado de trabajo del Estado miembro de acogida durante algunos meses no implica que haya

²⁹Asunto Lawrie Blum, citado, asunto Kemf, 139/85, sentencia de 3 de junio de 1986 y asunto Levin, 53/81, sentencia de 23 de marzo de 1982.

³⁰Asunto Caves Krier Frères, C-379/11, sentencia de 13 de diciembre de 2012.

³¹Asunto Lair/Universität Hannover, 39/86, sentencia de 21 de junio de 1988.

dejado de pertenecer a dicho mercado durante ese período, siempre que se reincorpore a su trabajo o vuelva a encontrar empleo dentro de un plazo razonable contado a partir del parto”. Además, “las ciudadanas de la Unión se verían disuadidas de ejercer su derecho a la libre circulación en el supuesto de que corrieran el riesgo de perder la condición de trabajadoras en el Estado de acogida cuando a causa del embarazo dejan, incluso durante un período breve, su trabajo en dicho Estado”³².

Por último, mantiene la condición de trabajador y conserva su derecho de residencia en el Estado miembro de acogida, aunque durante un período no inferior a seis meses, el demandante de empleo que se encuentra en una situación de paro involuntario (acreditado) durante los primeros doce meses o tras finalizar un contrato de duración determinada inferior a un año (supuesto del art. 7.3 c). Durante el período indicado de seis meses, este ciudadano tiene el derecho de residencia y puede invocar el principio de igualdad de trato en el acceso a prestaciones sociales en las mismas condiciones que los nacionales del país de acogida³³. Transcurrido ese período, conserva el derecho de residencia si es demandante de empleo, debiendo demostrar que sigue buscando empleo y que tiene posibilidades reales de ser contratado, precisión legal de casuístico y puntual contenido. Su situación se precariza en cuanto que, como excepción al principio de igualdad de trato, el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder a ese ciudadano el derecho a prestaciones de asistencia social, aunque sí las conceda a sus propios nacionales en la misma situación.

III.GARANTÍAS Y VICISITUDES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

Del análisis legal y doctrinal del TJUE practicado, puede deducirse que la libertad de circulación queda condicionada, de alguna manera, por el derecho de residencia que disfrute el ciudadano y, en concreto, el trabajador, cuando éste cumple los requisitos preceptivos fijados en la Directiva 2004/38, que establece al efecto un sistema gradual para el mantenimiento de la condición de trabajador, dirigido a conservar el derecho de residencia y, derivadamente, posibilitar su acceso a prestaciones sociales. En este contexto, el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad queda supeditado al cumplimiento de las reglas de estancia y residencia establecidas por la propia Directiva; dicho de otra manera, sólo puede reclamar la igualdad de trato respecto de los nacionales del país miembro de acogida el ciudadano comunitario que cumple los requisitos de la repetida Directiva para disfrutar del derecho de residencia.

En términos generales, se ha planteado ante el TJUE la adecuación al principio de igualdad de trato de determinadas normas de algunos Estados miembros que deniegan el acceso a ciertas prestaciones de asistencia social a ciudadanos de otros países miembros residentes en su territorio cuando, en la misma situación, se concederían a los propios nacionales. Son situaciones en las que aquellos ciudadanos comunitarios no conservan un derecho pleno de residencia, presuntamente por cuanto no se acredita disponer de recursos suficientes, ya que, en caso contrario, produciría idénticos efectos y aplicabilidad el referido principio de igualdad de trato.

³²Asunto Saint Prix, C-507/12, sentencia de 19 de junio de 2014. En este caso el TJUE señalaba que la lista mencionada en el art. 7.3 de la Directiva 2004/38 no tiene carácter exhaustivo.

³³Asunto Vatsouras y Koupatantze, C-22 y 23/08, sentencia de 4 de junio de 2009.

La prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad es un principio general y fundamental en el Derecho Comunitario que se reconoce a los ciudadanos de la Unión, garantía aducible o invocable en el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico de la Unión, conforme al art. 18 TFUE. Igualmente se reconoce a los ciudadanos de la Unión el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, estando supeditando su ejercicio a las condiciones y límites previstos por los Tratados y demás medidas adoptadas en aplicación de éstos (art. 20.2 TFUE).

La prohibición general de discriminación por la nacionalidad prevista en el mencionado en el art. 18 TFUE supone aplicar a los ciudadanos de otros países miembros (que ejercen su derecho a la libre circulación) el principio de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado miembro de acogida, como regula en el ámbito de coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social el art. 4 del Reglamento 883/2004, y en el ámbito de la libre circulación y residencia el art. 24.1 de la Directiva 2004/38.

A estos efectos, a los ciudadanos que tienen residencia legal en el Estado miembro de acogida se les aplica el principio de igualdad de trato con respecto a los nacionales del mismo (art. 24.1 de la mencionada Directiva), tanto en la primera fase de los tres meses de residencia en que sólo se exige disponer de un documento de identidad nacional y no convertirse en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida (artículos 6.1 y 14.1 de la Directiva 2004/38), como en la siguiente fase en que basta con ser trabajador (art. 7.1 a Directiva 2004/38) o ciudadano con recursos suficientes y seguro médico para no entrañar en una carga en el marco de la asistencia social de ese Estado durante su período de residencia (art. 7.1 b de la citada Directiva). La aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad entraña que, en caso de solicitar al Estado miembro de acogida una prestación de asistencia social, se procederá a su reconocimiento y efectividad en los mismos términos y bajo las mismas condiciones de concesión que a los propios nacionales de ese Estado.

Fuera de los supuestos contemplados, entra en juego la excepción al principio de igualdad establecida en el art. 24.2 de la repetida Directiva. En síntesis, este precepto faculta a los Estados miembros para denegar a los nacionales de otros países comunitarios el derecho a prestaciones de asistencia social cuando previamente se ha comprobado que no tienen residencia legal y, por ende, no les es de aplicación el apartado primero del art. 24 de la Directiva 2004/38. El rechazo expreso de tales prestaciones puede tener lugar en los tres primeros meses de residencia respecto de personas que no sean trabajadores o que conserven tal condición; del mismo modo, en la siguiente fase cuando, transcurridos los seis meses durante los cuales mantuvo la condición asimilada a trabajador, es mero demandante de empleo que debe demostrar que sigue buscando trabajo y que tiene posibilidades reales de ser contratado.

Es una excepción a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad cuyo fundamento estriba en evitar que personas que no cumplen las condiciones para disfrutar del derecho de residencia, es decir, esencialmente disponer de recursos suficientes, se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Podría ocurrir de esta manera cuando se tratase de ciudadanos que carecen de recursos bastantes porque no realizan una actividad económica, o que ejercen su derecho a la libre circulación con el único propósito de obtener una ayuda social de otro Estado miembro, puesto que tampoco disponen de recursos suficientes para obtener al derecho de residencia. En estos casos, el Estado miembro de acogida

está legitimado para no aplicar el principio de igualdad de trato a esos ciudadanos de otros países miembros que solicitasen una prestación de asistencia social, estando por tanto facultados para denegarla, aunque concediesen tal prestación a los propios nacionales que se encuentran en la misma situación³⁴.

En el caso concreto de los tres primeros meses de residencia, el Estado miembro de acogida no puede exigir a los nacionales de otros países comunitarios que posean medios de subsistencia suficientes y una cobertura médica personal; igualmente, es legítimo no obligar a dichos Estados miembros a hacerse cargo de esos ciudadanos durante tal período, ni obligarles a examinar cuál es su situación particular cuando el Estado de acogida se disponga a adoptar una medida de expulsión o a declarar que el sujeto constituye una carga excesiva para su sistema nacional de seguridad social a lo largo de su residencia. Si, como señala el TJUE, tal examen no es necesario en el caso de un ciudadano que busca trabajo y ya no tiene la condición de trabajador, a mayor abundamiento cabe decir lo mismo de quienes, no siendo trabajadores, sustentan su derecho de residencia en el artículo 6.1 de la Directiva 2004/38³⁵.

Si bien la denegación de las prestaciones de asistencia social durante los tres primeros meses de residencia puede estar justificada en los términos expuestos, no cabe expresar lo mismo y con igual contundencia respecto de los demandantes de empleo que contempla el art. 7.3 c de la Directiva de referencia. La situación de éstos nos parece especialmente grave porque, transcurrido el período de seis meses a contar desde que concluyó el último empleo, su situación se precariza notoriamente.

En tanto el sujeto mantiene la condición de demandante de empleo, se le aplica el principio general de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad, conforme previene el art. 1.2 del Reglamento 492/2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, lo que implica, para todo nacional de un país miembro, beneficiarse en el territorio de otro Estado miembro de las mismas posibilidades que disfruten los nacionales de dicho país en el acceso a los empleos disponibles. Se trata de una garantía que pretende evitar la existencia de normas nacionales o prácticas administrativas que limiten o subordinen la oferta y la demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio a condiciones no previstas para los propios nacionales, o que tengan por efecto excluir a los nacionales de otros Estados miembros (art.3). La igualdad de trato en esta materia conlleva que el ciudadano de un Estado miembro que busque un empleo en el territorio de otro, recibirá de las oficinas de empleo de ese Estado miembro la misma asistencia otorgada a los propios nacionales (art. 5).

Transcurridos los seis meses, resulta llamativo observar que el sujeto deja de mantener la condición de trabajador y, en consecuencia, se presume que carece de medios o ingresos suficientes para garantizar su manutención, situación que debilita sensiblemente la efectividad del derecho de residencia, de tal modo que el Estado miembro de acogida no vendría obligado a respetar el principio de igualdad de trato en caso de solicitarse una prestación social de tal índole.

³⁴Asunto Dano, citado.

³⁵Asunto García Nieto, citado.

Sobre la fijación de este período de seis meses, el TJUE ha estimado que es “un plazo razonable que le permite llegar a conocer, en el territorio del Estado miembro de que se trate, las ofertas de empleo que correspondan a sus calificaciones profesionales, y adoptar, en su caso, las medidas necesarias para ser contratado, de manera que tal plazo no menoscaba la eficacia del principio de libre circulación. Sin embargo, si cuando se ha agotado dicho plazo el interesado prueba que continúa buscando empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado, no podrá ser obligado a abandonar el territorio del Estado miembro de acogida”³⁶.

En efecto, si superados los seis meses continúa siendo “demandante de empleo”, su derecho de residencia se fundamentará en esa condición. Resultaría de aplicación en estos supuestos el art. 14.4 b de la Directiva 2004/38, toda vez que según esta norma el ciudadano interesado “no podrá ser expulsado” del Estado miembro de acogida mientras demuestre que sigue buscando empleo y que tiene posibilidades reales de ser contratado. La expresión o exigencia legal “demuestre” revela lógicamente su necesaria constatación y control. A sensu contrario, podría ser expulsado razonablemente en caso de no acreditar tales extremos³⁷.

¿Cuál es la razón que subyace? Se presume que este ciudadano ya no dispone ingresos regulares o recursos suficientes para atender las necesidades propias y familiares, estando latente el riesgo de que se convierta en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida en el caso de que solicite la prestación correspondiente, máxime cuando el transcurso del tiempo sin encontrar ocupación o empleo parece estar agravando su situación. En estas circunstancias, se debilita profundamente el principio de prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad hasta el punto que el Estado miembro interesado podrá aplicar la excepción al principio de igualdad de trato prevista en el apartado segundo del art. 24 de la Directiva de referencia, rechazando en consecuencia la solicitud de prestaciones de asistencia social formulada por el ciudadano de otro Estado miembro que reside en su territorio, a diferencia de lo que haría con los propios nacionales que se encontrasen en la misma situación.

En palabras del TJUE, “la Directiva 2004/38 permite al Estado miembro de acogida que imponga a los ciudadanos de la Unión, cuando éstos ya no tengan la condición de trabajador, restricciones legítimas por lo que respecta a la concesión de prestaciones sociales a fin de que éstos no se conviertan en una carga excesiva para el sistema de asistencia social de dicho Estado miembro”³⁸, apreciación que corresponderá a las

³⁶Asunto Antonissen, citado.

³⁷Como antecedente de interés, la Directiva 68/360 relativa a la supresión de restricciones a la circulación y a la residencia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias en el interior de la Comunidad, señalaba que los nacionales de un Estado miembro que se trasladasen a otro para buscar empleo, disponían a tal fin de un plazo mínimo de tres meses, al término del cual, si no habían encontrado empleo, se podría poner fin a su estancia en el territorio de ese Estado miembro. Sin embargo, si durante el transcurso del plazo citado, esas personas fueron tomadas a su cargo por la asistencia benéfica financiada con fondos públicos de dicho Estado, “podrían ser invitadas a abandonar su territorio”. La situación de la persona demandante de empleo era relativamente precaria porque si el derecho de residencia temporal en los Estados miembros era reconocido en el TCEE con el fin de ejercer un empleo, subsistía el temor de que se instaurase “una libre circulación de parados”. Transcurrido ese período, el Estado podía poner fin a la residencia del nacional de otro Estado miembro que no hubiera encontrado empleo. Ribas, J. J. Jonczy, M. J.; y Seche, J. C., *Derecho Social Europeo*. Instituto de Estudios Sociales. Ministerio de Trabajo. Zaragoza. 1980, p. 87.

instituciones competentes del Estado miembro, que deberán valorar las circunstancias concurrentes en cada caso, tales como si las dificultades que atraviesa el beneficiario del derecho de residencia son de carácter temporal o coyunturales, los ingresos percibidos y su periodicidad, el estado sectorial del mercado de trabajo, las cargas familiares como factor influyente del contenido económico de la prestación social prevista con carácter general para los ciudadanos de la Unión, y el número de demandantes de este tipo de prestaciones. Todo ello sin perjuicio de que el mero hecho de que un ciudadano disfrute de una prestación de asistencia social no es suficiente para demostrar que sea efectivamente una carga para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida.

Otro factor importante debe considerarse: estos ciudadanos, que en su día fueron trabajadores en el Estado miembro de acogida, en la mayoría de los casos se han integrado en la sociedad del país junto a los miembros de su familia. Su vocación de ciudadanos comunitarios es clara: ellos son los auténticos “peones” en la construcción de una Europa integrada. Bajo esta consideración, son merecedores de especial protección.

IV. CONCLUSIONES

El derecho de residencia por un período superior a tres meses, como está configurado en la actualidad para los ciudadanos de la Unión Europea, condiciona el ejercicio del derecho fundamental de libre circulación por el territorio de los Estados miembros cuando no se tiene la garantía de disponer de recursos suficientes para atender las necesidades propias y de los familiares, es decir, cuando el ciudadano no es efectivamente un trabajador que percibe una contraprestación económica por sus servicios o un ciudadano que acredita disponer de recursos suficientes y seguro médico.

Es indudable que el riesgo de pasar a ser una potencial carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida va in crescendo cuando el trabajador pierde su empleo y no logra otra contratación en los seis meses siguientes, perdiendo la posibilidad de expulsión del país.

En estas circunstancias, la excepción al principio de igualdad de trato en lo que se refiere a la concesión de prestaciones de asistencia social a los no nacionales residentes en el propio territorio, es una medida justificada por razones de carácter financiero que, presuntamente y pese a su entidad y significación social, todos los Estados miembros comparten y aprueban. Pero desde el punto de vista de los ciudadanos negativamente afectados, es una evidencia que la libre circulación de ciudadanos y de trabajadores en la Unión Europea es todavía incompleta y precisa, reflexionando sobre los extremos de su financiación, de nuevos esfuerzos en el plano de la coordinación de sistemas de seguridad social para lograr su plena realización.

³⁸ Asunto Brey, citado.