

**LIBRE CIRCULACIÓN DE CIUDADANOS Y
PRESTACIONES SOCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA:
CONFIGURACIÓN LEGAL Y JUICIO DE VALIDEZ
(EL CASO *DANO* ANALIZADO CON MODERADO
OPTIMISMO)¹**

**FREE MOVEMENT OF CITIZENS AND SOCIAL
BENEFITS IN THE EUROPEAN UNION: LEGAL
CONFIGURATION AND VALIDITY JUDGMENT
(THE *DANO CASE* ANALYZED
WITH MODERATE OPTIMISM)**

FERNANDO ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO

Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. PREFACIO: 1. Una carta desde Londres con fingido afecto. 2. Una respuesta desde Bruselas arrastrada por las circunstancias. 3. Un *flash back* en busca de causas. II. EL CASO *DANO* COMO DESENREDO DE UNA CUERDA QUE TRAÍA MUCHOS RELÍOS Y CASUÍSTICA. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DERECHO A LA CONCESIÓN DE AYUDAS SOCIALES. III. PREFIGURACIÓN

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación de la Subdirección General de Proyectos de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad: “Construyendo un estándar europeo de protección de los Derechos Fundamentales” (DER-41303-P), cuya investigadora principal es Ana Carmona.

I. PREFACIO

1. Una carta desde Londres con fingido afecto

10 de noviembre de 2015, 10 de *Downing Street*, Londres, David CAMERON, Primer Ministro británico, escribe a Donald TUSK, Presidente del Consejo Europeo. El contenido de la carta es importante. Emisor y receptor se juegan mucho. Después de la convocatoria del referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea para junio de 2016, el premier británico necesita argumentos para su campaña a favor del sí. He ahí la razón para que se dirija a sus homólogos europeos por conducto de quien los preside en el seno de la Unión.

Dear Donald, escrito de su propio puño y letra, aunque el resto de la misiva sea entera mecanografiada, seis hojas tamaño din A-4, a excepción más tarde de la firma, con la que se quiere denotar afecto cercano, *yours David*. Justo a continuación de la salutación, por debajo de las palabras escritas con tinta azul con las que se abre la carta, destaca un título escrito en mayúsculas y negritas. La misiva toma así, sin mayor concesión, la forma de discurso público. No contiene confidencias, por supuesto. Es la carta de un Primer Ministro que bien pudiera ser leída desde en una tribuna para dirigirse a un amplio público: “*Un nuevo acuerdo para el Reino Unido en una Unión Europea reformada*”, dice el texto expresamente resaltado. Una declaración de intenciones en toda regla, sin recovecos ni titubeos. Los párrafos introductorios del texto, pese a su cortesía, no rebajan un ápice la gravedad de la intención. Se trata de poner sobre la mesa las áreas sobre las que el gobierno Cameron tiene el propósito de iniciar una discusión con sus homólogos con la abierta pretensión de que el proceso que epistolarmente se abre, culmine con la reforma de los Tratados. CAMERON se muestra satisfecho por la formas con las que los órganos de la UE le están permitiendo plantear sus demandas. Lo contrario, aunque no lo diga, lo pondría en dificultades ante una dividida opinión pública británica. Antes de presentar los bloques de materias, el *Prime Minister* hace alusión a la diferencia –a los hechos diferenciales en nuestro particular vocabulario– como una de las herramientas imprescindibles con las que se ha ido construyendo la Unión. Diferencias que, en sus palabras, y poniendo como ejemplo los casos de Dinamarca e Irlanda, han servido a los propósitos de los Estados que las reclamaban sin con ello ocasionar desventaja al resto de Estados miembros. Concluye Mr. CAMERON su introducción, “*nuestro propósito se resume con una palabra: flexibilidad*”. Y es

con este espíritu con el que plantea las cuatro grandes áreas sobre las que el Reino Unido propone profundas reformas, aunque cabría hablar de excepciones a la regla, luego veremos el porqué.

Dejaremos a un lado el primer y el segundo de los bloques –dedicados a gobernanza económica y competitividad– por estar alejados, aunque no absolutamente, del propósito de estas líneas; centraremos nuestra atención en los dos últimos. El tercero, concretamente, nos interesa por lo que tiene de expresivo, pues se refiere a la repatriación a secas del espacio común. Lo titula Mr. CAMERON “Soberanía”, y de eso un británico, presuponemos, debe saber algo. Propone, en primer lugar, terminar con la obligación para el Reino Unido de trabajar “hacia una Unión más estrecha”, como se recoge en los Tratados fundacionales, y expresarlo de forma jurídicamente vinculante, es decir, obligar a incorporar en los textos fundacionales la idea fuerza contraria. En segundo lugar, rescatar a Westminster frente a la pérfida Bruselas a través del refuerzo del papel de los parlamentos nacionales, de modo que estos puedan, llegado el caso, bloquear propuestas legislativas nacidas en la órbita de la Unión. En tercer y último lugar, consolidar y mejorar los mecanismos de alerta temprana de la subsidiariedad a través de la implementación de comités *ad hoc*. Como afirma CAMERON, parafraseando a DUCHT, la ambición de todos debería resumirse en una máxima: “Europa cuando sea imprescindible, lo nacional siempre que sea posible”. A propósito de esto último añade el Primer Ministro la cuestión de la seguridad nacional como competencia exclusiva del Estado.

A nadie se le escapará que al mencionar expresamente la cuestión de la soberanía en tercer lugar y no en el último se estaba abonando el campo conscientemente para el bloque que venía a continuación. Un asunto que, a juicio del inquilino de *Downing St.*, es objeto de enorme preocupación para la opinión pública del Reino Unido, como luego terminaría demostrándose. La inmigración será el bloque final, pero sin que ello, a pesar de todo, anuncie nada por sí mismo. Y porque se trata sin lugar a dudas del asunto más sensible para la opinión pública, es la razón para que de ella se hable con un estilo muy directo, casi popular. La carta se hizo pública el mismo día que se expidió, prueba irrefutable de que D. TUSK no era el verdadero destinatario de la misiva, sino más bien un intermediario entre CAMERON y el cuerpo electoral británico (activado, especialmente inquieto y necesitado de dirección política firme, por lo tanto).

A una declaración de principio, “*el Reino Unido cree en economía abierta*”, le sigue una objeción: “*pero tenemos que ser capaces de hacer frente a las presiones que esta libertad de movimiento trae consigo, concretamente sobre nuestras escuelas, hospitales y servicios públicos*”; como remate, una advertencia concreta y actual: “*En la actualidad las presiones son insoportables*”, un presupuesto fáctico que permite exigir que se actúe con diligencia ante una situación que desborda y contamina el debate sobre la salida del Reino Unido de la Unión. Las palabras de CAMERON continúan dibujando un panorama complicado: a diferencia de otros

Estados de la UE, el Reino Unido sigue creciendo en población (alcanzará los 70 millones en las próximas décadas y será el país más poblado de la UE en torno a 2050); por otra parte, el número neto de inmigrantes por año ronda los 300.000. Esta situación no es sostenible, advierte CAMERON y agrega una consideración que no pasará inadvertida al elector europeo, mucho menos para uno británico. El Reino Unido ha adoptado muchas medidas fuera de la UE para controlar la inmigración. Pues bien, ha llegado el momento de hacer lo propio en el seno de la Unión, remata el *Premier*.

Es una cuestión de justicia, afirma CAMERON, lo que hay que hacerle al sistema de “inmigración” europeo con el objetivo de reducir el flujo de población que desde el interior de la UE ingresa en el Reino Unido. Los pronósticos se han sobrepasado en una cuantía que ni el más pesimista de los padres fundadores podía imaginar. Un flujo de inmigrantes que para otros países ha supuesto la pérdida de trabajadores cualificados. Por esto, concluye el Primer Ministro, estamos ante un problema compartido.

Una vez hecho el breve diagnóstico (no ocupa más de tres párrafos), llega el momento de las propuestas. El cortoplacismo impondrá aquí su ley. Del 10 de noviembre de 2015 al 23 de junio de 2016, día del referéndum, hay poco más de 7 meses. Imaginar que no haría propuestas sobre el control de las fronteras interiores o sobre cómo debe dificultarse la permanencia de los ciudadanos europeos demandantes de empleo era, lógicamente, una apuesta a caballo perdedor. Apremiado por un discurso patrióticamente intenso y duro, CAMERON no tiene ambages en plantear una moratoria a la libertad de movimientos de ciudadanos europeos de Estados recién incorporados a la UE cuyas economías no estén en disposición de converger con la de la mayoría de los Estados miembros. Añade una declaración firme de intenciones contra el abuso de la libertad de movimiento –matrimonios de conveniencia, por ejemplo– señalando al TJUE como el responsable de haber ensanchado la finalidad de dicha libertad, y por cuya jurisprudencia se ha dificultado la persecución del abuso en la “inmigración” interior. Este dardo contra el intérprete supremo de los Tratados no conviene pasarlo por alto, pues encierra, aunque no se diga, un desacuerdo profundo en torno a la UE como comunidad lógica y coherente de Derecho. Lo dejaré aquí señalado, toda vez que será uno de los argumentos centrales de la tesis que más adelante sostendremos.

Termina CAMERON el apartado de la inmigración con una mención expresa del asunto que en breve nos ocupará. Como él mismo dice, hay que ir más lejos en la reducción del número de inmigrantes. El estado del bienestar, su diseño en el interior de cada Estado, debe ser reconfigurado para que no siga siendo polo de atracción. Por esta razón, propone que los ciudadanos de la UE que sean nacionales de otros Estados y vivan en el Reino Unido contribuyan positivamente durante cuatro años continuados antes de poder recibir contraprestaciones sociales. El boceto de las medidas que plantea no es nuevo, pero la mayoría de la opinión pública lo

desconoce. No conviene perder de vista que CAMERON está ya ante un desafío que marcará, como luego se ha visto, su destino como político británico y europeo. Sin embargo, es consciente de que al quedar las cosas dichas por escrito y de esta manera, la realidad parezca ser justamente la que él describe, aunque ello no sea así. La misiva de CAMERON al Presidente del Consejo Europeo tiene una función electoral indudable. Se trata de fijar en cuatro apartados el precio de la permanencia. Los referéndums no salen nunca gratis. Al final los gana con más probabilidad el contendiente que más ofrezca o el que resulte más fiable aún ofreciendo menos. Sin embargo, la soberanía del Estado es un icono demasiado atractivo como para que el menosprecio al rival por su demagogia o populismo tenga efectos. Es por eso que CAMERON, con su carta, invita a la UE a entrar en campaña. Necesitaba de su compromiso, de un aliado en su deslizamiento por las palabras gruesas y el desborde de los sentimientos más primarios.

La respuesta no se hizo esperar, y vino en forma de resolución del Consejo Europeo. También por escrito, como en seguida veremos.

2. Una respuesta desde Bruselas arrastrada por las circunstancias

La contestación no llegaría a vuelta de correos, pero atendería todas las demandas que la carta de CAMERON planteaba, con forma y fondo jurídicos. Un conjunto de disposiciones cuya entrada en vigor dependía de la permanencia del Reino Unido en la UE. Una decisión con la que se pretendía resolver algunas de las cuestiones planteadas por el Primer Ministro pero que se afirma, tal vez para salvar alguna conciencia, “de conformidad con los tratados”. Lo que implica, sin embargo, que la decisión –que también adopta el nombre de aclaración– deba ser tenida en cuenta “como instrumento para la interpretación de los Tratados”. Así pues, se fragua una especie de mandato de interpretación de los Tratados “*secundum legem*”, lo que no deja de ser problemático, pues hablamos de una mutación del contenido de las normas fundacionales a través del Derecho derivado. Todo sigue apuntando hacia el mismo sitio. Nada de esto es nuevo, menos aún en el área que nos ocupa. La idea de ciudadanía como estatuto fundamental de los ciudadanos europeos ha sido interpretada a golpe de norma derivada, vale decir cargada de contenido, sin que las normas constitucionales europeas hayan podido ofrecer más que una ligera resistencia. La decisión de los Jefes de Estado y Gobierno reunidos en Consejo Europeo no se iba a quedar atrás en esa pretensión devaluadora (o autónoma) del contenido inmanente de los Tratados. Se presenta la Decisión de febrero como un instrumento más a la hora de interpretar los Tratados, pero no se oculta la ambición de que su influencia sea más incisiva, casi de interpretación auténtica.

Los Jefes de Estado y Gobierno hacen recordatorio de la UE de varias velocidades como anticipo de su respuesta. El proceso de integración europea y el *leitmotiv*

de una Unión más estrecha no obliga a todos los Estados a participar con el mismo grado de implicación en todos los ámbitos sobre los que la UE pueda tener un interés, los Tratados así lo consienten. Como declaración de intenciones para empezar no está mal, suaviza lo que a continuación se diga más específicamente sobre los cuatro temas planteados. Como antes hicimos, nos centraremos en el tercero y cuarto de los puntos. Uno mantiene su título, soberanía, el otro lo cambia, prestaciones sociales y libre circulación.

Respecto del primero de los bloques, resaltaremos un par de afirmaciones. Una de ellas dice que las referencias “*a una Unión cada vez más estrecha*” no se aplican al Reino Unido. Ante lo categórico de la expresión parece necesario añadir un argumento de naturaleza más general que la suavice: la expresión indicada no constituye base jurídica para ampliar el ámbito de aplicación de las disposiciones de los Tratados ni del Derecho derivado. Tampoco para apoyar una interpretación extensiva de las competencias de la Unión o de los poderes de sus instituciones. La concreción es cerrada, pues nada se dice sobre cómo afecta dicha expresión, por ejemplo, al estatuto de ciudadanía. En todo caso, una Unión cada vez más estrecha no implica una alteración de las competencias atribuidas ni que su ejercicio se vea modificado por una interpretación reducida de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. Tampoco significa la necesidad de atribuir más competencias a la Unión ni que estas se puedan reducir o devolverse a los Estados. Quedémonos con el espíritu de lo afirmado. La Unión Europea como ordenamiento jurídico debe interpretarse de forma tal que la soberanía de los Estados siempre quede preservada. Así toda interpretación auténtica del Derecho competencial y orgánico de la Unión habrá de limitar sus efectos a lo estrictamente atribuido, con independencia de la protección de los fines que cualquier otra interpretación más extensa pudiera aconsejar. De nuevo aquí la soberanía como antesala de lo que nos interesa.

En cuanto al apartado que CAMERON denominaba inmigración –con la intención expresa de equiparar el *in* con el *abroad* de la UE–, el Consejo Europeo sustituye dicho título por uno más acorde con una Europa concebida como espacio común de libertad: “prestaciones sociales y libre circulación”. La fuente de admiración es ahora la relación tan estrecha que se establece entre estado social y libertad de circulación. Pues bien, el Consejo Europeo coincide con el Primer Ministro británico en su diagnóstico. Los flujos de personas y trabajadores en el interior de la Unión no son bidireccionales, afectando a unos Estados más que a otros. Los diferentes niveles de remuneración hacen que concretas ofertas de empleo resulten más atractivas en unos países que en otros. Por otra parte son polo de atracción los sistemas de seguridad social de los Estados miembros. El Derecho de la Unión los ha coordinado, pero en ningún caso los ha armonizado. Siendo conscientes de esta realidad, concluyen los Jefes de Estado y Gobierno, es legítimo que se piense en medidas que limiten los movimientos de trabajadores de una magnitud tal que generan efectos negativos tanto para los Estados de destino como para los de origen.

Se proponen, con vistas a la futura evolución de la legislación de la Unión y del Derecho nacional pertinente, dos tipos de medidas. Las primeras se ocuparían de la interpretación de las normas de la UE vigentes; las segundas tendrían que ver con cambios (*lege ferenda*) en el Derecho derivado. Veamos sus detalles por separado, aunque desde ya hemos de reconocer que el que nos interesa es el primero de ellos, el que pasamos a describir a continuación.

Los Estados miembros tienen “*derecho a definir* –se afirma en el texto de la Decisión de febrero de 2016– *los principios fundamentales de sistemas de seguridad social y disfrutan de un amplio margen discrecional para determinar y ejecutar sus políticas sociales y de empleo, incluido el establecimiento de condiciones para el acceso a las prestaciones sociales*”. De nuevo toda una declaración de intenciones sobre cuáles serán las concesiones que se hacen a las demandas del Reino Unido. Destacaría la ausencia de condicionantes por parte del Derecho europeo, primario o derivado, a esa libertad de configuración estatal. Más bien ocurre lo contrario. La libertad estatal para diseñar su sistema de prestaciones sociales es parámetro interpretativo del Derecho de la Unión. Así, cuando se dice que la libre circulación de los trabajadores con arreglo al art. 45 TFUE es un derecho que puede estar sujeto a limitaciones por razones de orden público o seguridad o salud públicas. Además, se añade, la libertad de circulación de los trabajadores puede limitarse proporcionalmente respecto del interés legítimo perseguido. Razones de interés general entre las que se encuentra la de “*evitar el riesgo de poner en peligro gravemente la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social*”, como ha venido reconociendo la jurisprudencia del TJUE sobre la base de análisis de casos concretos (asimismo, pueden imponerse condiciones en relación con determinadas prestaciones para velar por la existencia de un vínculo real y efectivo entre la persona afectada y el mercado laboral del Estado miembro de acogida).

Algo parecido va a suceder con el subapartado que se ocupa de la libre circulación de los ciudadanos de la UE con arreglo al art. 21 TFUE. Lo llamativo en este caso es que el Consejo Europeo no tiene que decir ni proponer nada que no exista ya. Le vale en este caso con reproducir la interpretación actual que se hace de lo dispuesto en los Tratados a luz de las condiciones y limitaciones que esos mismos Tratados contemplan y las recogidas en las disposiciones adoptadas en su aplicación. La aclaración por escrito tiene su utilidad en la medida en que, como veremos más adelante, la jurisprudencia del TJUE ha ido desdibujando el contenido inmanente del Derecho primario respecto de la idea de ciudadanía para subordinarlo en exclusiva a lo dispuesto en la legalidad vigente. Los párrafos que se reproducen a continuación de las Conclusiones del Consejo Europeo provienen de una jurisprudencia reciente muy atenta, si me permiten decirlo, a una incómoda realidad que con el referéndum británico sobre la permanencia del Reino Unido en la UE termina de eclosionar:

“De conformidad con el Derecho de la UE, el derecho de las personas económicamente no activas a residir en el Estado miembro de acogida depende de que dichas personas dispongan, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida y de que disponga de un seguro de enfermedad con cobertura total.

Los Estados miembros tienen la posibilidad de denegar las prestaciones sociales a personas que 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.

Los Estados miembros pueden rechazar peticiones de asistencia social formuladas por ciudadanos de otros Estados miembros que no disfruten de un derecho de residencia o que tengan autorización de residir en su territorio únicamente para buscar empleo. Esta posibilidad incluye las peticiones de ciudadanos de la UE procedentes de otros Estados miembros de recibir prestaciones cuya función predominante sea cubrir los costes mínimos de subsistencia, incluso si dichas prestaciones están previstas también para facilitar el acceso al mercado de trabajo en los Estados miembros de acogida”.

Este derecho vigente, auténtico en la medida que deducido de una jurisprudencia del TJUE elaborada por decantación, son los paños calientes que CAMERON procuraba con su carta. Sin necesidad de propuesta de *lege ferenda*, el ámbito normativo de la UE que se ocupa de la coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados y del derecho de residencia, configuran una posición jurídica del ciudadano de la UE inactivo económicamente frente a la asistencia social radicalmente estatal, es decir, sin que el Derecho primario de la UE pueda entrar a matizar, siquiera con el instrumento del principio de proporcionalidad, una posición absolutamente desigual frente a los ciudadanos del Estado. Casi resultaría ocioso, vistos los términos con los que la cuestión se plantea, seguir estudiando la cuestión. La utilidad se puede encontrar, sin embargo, en el hecho de que la fuerza normativa de lo fáctico (el ámbito normativo) puede pretender reducir aún más el espacio de lo constitucional para cedérselo a la política en primera fase y al Derecho derivado en un segundo momento. Aunque sólo nos ocupe reconocer que lo expresado por el Consejo Europeo se atiene al Derecho vigente y a su interpretación, tiene su peligro. Una vez la resistencia o virtualidad del Derecho primario cede ante una realidad política, lo más factible es que la voluntad política acabe impregnándolo todo. El Consejo Europeo no se limita a exponer el Derecho vigente en todas sus posibilidades y límites, como advertimos, va a proponer cambios en el Derecho derivado de la UE y sin duda la propuesta se va a legitimar desde la citada jurisprudencia.

El Consejo Europeo hace una propuesta de modificación del *“Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento y del Consejo relativo a la libre circulación de los trabajadores de la Unión, que contendrá un mecanismo de alerta temprana y garantía que responda a situaciones de flujos de entrada de trabajadores procedentes de*

otros Estados miembros de una magnitud excepcional durante un periodo prolongado, también como resultado de políticas del pasado a raíz de ampliaciones anteriores de la UE". Si un Estado se acoge al mecanismo, deberá notificarlo a la Comisión y al Consejo, señalando la existencia de una situación excepcional que pone en riesgo o que afecta a los aspectos esenciales de su sistema de seguridad social. A propuesta de la Comisión, una vez analizados los pormenores de la solicitud, "el Consejo podría autorizar al Estado miembro a restringir en la medida necesaria el acceso a las prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional. El Consejo autorizaría a tal Estado miembro a limitar el acceso a las prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional de los trabajadores de la UE que lleguen por primera vez, durante un periodo total de hasta cuatro años desde el inicio del empleo. La limitación debería ser gradual, pasando por una exclusión inicial completa a un acceso progresivo a estas prestaciones para tener en cuenta la relación cada vez más sólida del trabajador con el mercado laboral del Estado miembro de acogida. La autorización tendría una duración limitada y se aplicaría durante un periodo de 7 años a los trabajadores de la UE que lleguen por primera vez".

El degradado de la pátina social del espacio común puede intensificarse hasta límites insospechados, como acabamos de comprobar. Los Estados miembros claudican ante CAMERON y se comprometen a dar prioridad a las propuestas legislativas demandadas y a que éstas se adopten rápidamente². La reducción del contenido del concepto de ciudadanía o, dicho de forma muy nuestra, su mutación en extranjeros en tierra propia, se hace patente. El *homo* político desaparece del contexto y sólo queda con presencia propia el *homo economicus*: las prestaciones laborales y sociales serán directamente proporcionales a los años de cotización. El europeo inactivo, por descontado, queda fuera de los planes, por mor del derecho vigente tal y como queda interpretado por el TJUE (*vid., supra*).

La intensidad de la propuesta británica, para ser calibrada con exactitud, sólo admite un nuevo término de comparación. Si para un test adecuado servía hasta aquí la diferencia entre el nacional del Estado de que se trate y los nacionales del resto de Estados miembros de la UE, a partir de ahora el *tertium comparationis* será el extranjero a secas, una comparativa entre sujetos sin ciudadanía común o compartida. El giro es copernicano, pero puede que proporcionado a la amenaza de la salida del Reino Unido de la UE. La rendición de los Estados ante una pérdida Albión que no quedó conforme con una política jurisprudencial de la UE llegó a un

² "3. En lo que respecta a futuras ampliaciones de la UE, se observa que se contemplarán medidas transitorias adecuadas relativas a la libre circulación de las personas en las correspondientes Actas de Adhesión acordadas por todos los Estados miembros, de conformidad con los Tratados. En este contexto, se toma nota de la posición expresada por el Reino Unido en favor de dichas medidas transitorias", Reunión del Consejo Europeo (18 y 19 de febrero de 2016), Conclusiones, EUCO 1/16, CO EUR 1, CONCL 1.

punto de no retorno. Insaciable, el Primer Ministro dobló el brazo de sus homólogos europeos. De nada serviría, habría que añadir.

“Las futuras medidas a que se refiere el presente apartado no deberían dar lugar a que los trabajadores de la UE reciban un trato menos favorable que los nacionales de terceros países en situación comparable”³.

Hay que saber que todas estas propuestas tenían como condición para su entrada en vigor la permanencia de la UE del Reino Unido. Tras el triunfo del *Brexit* nadie puede afirmar que su aprobación sea una demanda urgente para otros Estados miembros, su oportunidad política decae aunque los hubiese habido⁴. Más bien puede que ocurra lo contrario, que Estados con fuertes flujos de emigración logren impedir la deriva. Lo que en todo caso quedará vigente sin necesidad de actividad política alguna será, volvemos a repetirlo, el estatuto jurídico de los “emigrantes” inactivos en interior de la Unión, fundamentalmente a partir de la jurisprudencia en el *caso Dano*. Un estatuto que si bien puede ser criticado, visto con cierta objetividad y distancia temporal, puede interpretarse de otra forma, como el último dique construido para dar respuesta a una fuerte demanda política que trataba de aplacar un riesgo cierto de fractura social: poner límites al denominado “turismo social”, expresión ya por sí misma elocuente y que, aunque lo pretenda, no es eufemismo de nada.

3. Un *flash back* en busca de causas

Las demandas del Primer Ministro, David CAMERON, venían de lejos. Y no eran suyas en exclusiva. Las opiniones públicas de los estados económicamente más fuertes de la UE ya habían dado signos políticos de alarma ante la sensación de una inmigración descontrolada. En mayo de 2013, Reino Unido, Austria, Alemania⁵ y Países Bajos plantean ante la Comisión Europea la cuestión sobre el abuso y malas prácticas que la libertad de circulación en el seno de la UE produce en los

³ *Ibidem*, pág. 23.

⁴ Los resultados del referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea fueron los siguientes: participación, 72,2%; votos a favor de abandonar, 51,9% (17.410.742); votos a favor de permanecer, 48,1% (16.577.342). La pregunta se formuló en los siguientes términos: “*Should the United Kingdom remain a member of the European Union?*”

⁵ “La Unión Europea no es una unión social”, afirmó la Canciller MERKEL en su visita a Londres en febrero de 2014, y añadió: “Si las consecuencias de la libertad de movimiento llevan a que cada demandante de empleo en Europa tenga la posibilidad de ir a Alemania y recibir los mismos beneficios que aquellos que llevan largo tiempo desempleados después de 20, 30 o 40 años de trabajo, esta no es la interpretación de la libertad de movimiento que yo deseo”, *Deutsche Welle*, 23 de mayo de 2014.

sistemas nacionales de seguridad social. A pesar de lo que demostrará el informe que la Comisión elabora a propósito de la expresada preocupación –en el que se demuestra que sólo entre el 0,7% y el 1% de los emigrantes en el interior de la UE son inactivos económicamente–, se procede a la elaboración de un documento denominado “*Free movement of UE citizens and their families: Five actions to make a difference*”, con el objetivo de clarificar, entre otros extremos, el criterio/requisito de la residencia habitual⁶. La presión era lo suficientemente aguda como para tener que reaccionar y tener algún gesto con la opinión pública de Estados cuyo peso político y económico en la Unión es específico y determinante. En el *speech* de Viviane REDING, Comisaria de Justicia y Asuntos Interiores, presentando el citado informe, se deja entrever la necesidad de someter la libertad de movimiento a las restricciones adecuadas y proporcionales, para salvar, como ella misma afirma, la libertad misma: “*because free movement is too important to leave it to approximations, because free movement is too important to discard comments of those pointing to its challenges*”. Y añade como límite antifraude: “*Free movement is a right to free circulation; it is not a right to migrate in Member States’ social security systems*”.

Pero es, sin lugar a dudas, su interpretación del Derecho vigente lo que sorprende por la rotundidad con la que se declara. Pudieran interpretarse sus palabras como un adelanto a lo que algo después sería doctrina decantada del TJUE:

*“I hear what some Ministers are saying about the pressure that free movement of EU citizens can put on their social security systems. Here again the directive on free movement gives the possibility to Member States not to grant social assistance benefits to EU citizens before they become habitual resident. Those safeguards exist in EU law and they shall be used to their full extent. The concerns are a consequence of your national regulatory systems. As you know, social security is not harmonised at EU level, each and every Member State decide on its own social security and assistences rules. Each and every Member State also decide under conditions it grants access to this or that benefit to non-nationals”*⁷.

Cuando se dictó la sentencia del *caso Dano*, el Ministro CAMERON no pudo más que certificar lo que a nivel político era ya un acuerdo casi incontestable; de “*simple common sense*” la tildó, como si se tratase de una certeza a la que el TJUE hubiera debido llegar hace mucho tiempo si hubiese prestado más atención a la intención política del Derecho de la Unión. Por esa razón *Dano* no sería interpretada como un avance. Al contrario, se tomó como la certificación desde la cual partir

⁶ Vid., GUIMARAES, D., “The right of free movement and the Access to social protection in the UE: The economical dimension. Notes on the case Elisabeta Dano v Jobcenter Leipzig, C-333/13”, *EU Law Journal*, nº 1, vol. 1, 2015, pp. 110-120.

⁷ El alegato de la Comisaria se encuentra con facilidad en internet introduciendo en el buscador: Speech-13-1025 Viviane Reding.

para endurecer aún más las condiciones del acceso a los sistemas de protección social por parte de ciudadanos europeos emigrantes de interior. En el ánimo del *premier* británico estuvo siempre ir más allá, es decir, superar este concreto marco jurídico vigente para sobrepasar una realidad jurídica que no era bien percibida ni comprendida por amplios sectores de población, mucho menos en un contexto de fuerte crisis económica. El *caso Dano* no suponía nada de esto, pues no alteraba la legalidad vigente, al menos desde la interpretación política que de ella hacían los órganos políticos de la Unión. Como mucho, corregía a la baja una jurisprudencia que había llevado demasiado casuísticamente el concepto de ciudadanía europea como estatuto fundamental de igualdad en el ámbito del Derecho de la Unión. Se trataba, en resumen, de una certificación judicial de lo que ya estaba recogido en el Derecho nacional de varios Estados parte o, mejor dicho, la confirmación jurídica de la validez de la que había sido intención política desde la aprobación de la Directiva 2004/38. Por eso para el Primer Ministro británico era esta una realidad que debía ser reformada, pero a su más alto nivel.

El sentido común que a su manera celebraba CAMERON era, al propio tiempo, el límite último al que podía llegar el Derecho europeo vigente. El asunto no podría terminar con un TJUE admitiendo en último término lo que para todos era ya una certeza admisible pero poco eficiente. Con esta sentencia no se alcanzaba el ambicioso objetivo político, sino justo al contrario, lo podía poner más difícil. El *caso Dano* marcaba la línea última de lo válido desde la perspectiva de los Tratados fundacionales: “*But ironically this ruling could make it more difficult for David Cameron to renegotiate Britain’s ability to exclude some EU migrants from parts of the benefits system. Others EU leaders could turn round and say that the Court has now made it clear that the UK (and others) can already do that under existing rules*”⁸. El fallo esperado, podía leerse en *The Guardian* de 11 de noviembre de 2014, puede interpretarse como una victoria o, por el contrario, como un golpe para CAMERON. Es una victoria en el sentido que apoya la campaña del gobierno británico para frenar el abuso de los emigrantes en el interior de la UE. Británicos, daneses e irlandeses habían expresado su firme apoyo a la posición de Alemania en el proceso. Pero también es una derrota, en el sentido de que el fallo significa que estos recortes pueden alcanzarse de acuerdo con las normas vigentes, es decir, sin necesidad de mayores reformas⁹.

⁸ <http://www.bbc.com/news/uk-politics-30002138>.

⁹ En ese mismo periódico, el mismo día: “Pero otros advirtieron de que la decisión socavó la intención de Cameron de reformar las condiciones de la libertad de movimiento. Manfred Weber, jefe del grupo de centro derecha del PPE del Parlamento Europeo, dijo: la decisión envía un mensaje muy fuerte, ya que pone de relieve que los Estados miembros tienen muchas opciones y herramientas legales a su alcance para asegurarse que de su sistema social no se abusa, sin necesidad de impugnar la libertad de movimiento, que es un principio básico de la UE. Se envía una señal clara a los Estados miembros y al Primer Ministro británico, en particular”.

La repuesta desde *Downing Street* la conocemos. Para CAMERON no era suficiente con las enseñanzas del *caso Dano*. Su propósito, desafiante, era ir más allá. Llegados a este punto va siendo necesario que digamos en qué consistió el *caso Dano* y el porqué de su importancia. Pero antes no podemos dejar de anunciar que, planteado en estos términos, el *caso Dano* puede compadecerse con miradas más optimistas y menos críticas, como las que han sido habituales y redundantes en la mayoría de los comentarios que se han jalonado desde la publicación de la sentencia. Como advertíamos, cualquier ámbito de la vida es susceptible de reducirse a su mínima expresión de libertad si el legislador no encuentra en su camino ningún límite implícito o explícito supraordenado que se lo impida y no existe mecanismo procesal que así lo garantice. El *caso Dano* es sencillamente esto, la muestra de hasta dónde el legislador europeo podía llegar sin quebrar con ello la igualdad garantizada en el Derecho primario, presupuesto del principio de ciudadanía común. La interdicción de discriminación por razón de nacionalidad, dicho de otra forma, como principio de la comunidad de Derecho.

II. EL CASO DANO COMO DESENREDO DE UNA CUERDA QUE TRAÍA MUCHOS RELÍOS Y CASUÍSTICA. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DERECHO A LA CONCESIÓN DE AYUDAS SOCIALES

La Sra. Dano y su hijo Florin tienen nacionalidad rumana y residen en Leipzig (Alemania). La última vez que consta que entraron en Alemania fue el 10 de noviembre de 2010. El 19 de julio del año siguiente, el ayuntamiento de Leipzig expidió a la Sra. Dano una tarjeta de residencia permanente destinada a los ciudadanos de la Unión, estableciendo como fecha de entrada en territorio alemán el 27 de junio de 2011. La familia monoparental de los Dano viven en el apartamento de una hermana de la madre, la cual se encarga de mantenerlos. La Sra. Dano percibe por su hijo Florin una prestación por descendiente directo a cargo, que es abonada por la caja de prestaciones familiares, por importe de 184 euros/mes. El servicio de asistencia social a la juventud y a la infancia de Leipzig le paga, además, un anticipo sobre la pensión alimenticia de su hijo por un importe de 133 euros/mes. La Sra. Dano fue a la escuela en Rumanía durante tres años y no posee ningún certificado de estudios. Entiende el alemán y puede expresarse de forma sencilla en esa lengua. No es capaz, sin embargo, de escribir en dicho idioma y sólo alcanza a leer sencillos textos. La Sra. Dano no tiene cualificación profesional y no ha trabajado nunca, que se sepa, ni en Rumanía ni en Alemania¹⁰.

¹⁰ Los datos los tomo casi literalmente de las Conclusiones del abogado general WATHELET, presentadas el 20 de mayo de 2014, Asunto C-333/13, Elisabeta Dano, Florin Dano contra Jobcenter Leipzig.

La Sra. Dano y su hijo solicitaron una ayuda de seguro básico, cuyo objeto es garantizar una mínima subsistencia vital de conformidad con el *Sozialgesetzbuch Zweite y Zwölftes Buch* (Código de la Seguridad Social, Libros II y XII, en adelante SGB), ayuda que les fue denegada. El 25 de enero presentaron una nueva solicitud por el mismo concepto. El *jobcefter* de Leipzig volvió a desestimar la demanda sobre la base del art. 7, apdo. 1, segunda frase, punto 2, del SGB II, es decir, por tratarse de nacionales rumanos, es decir, extranjeros sin residencia permanente y económicamente no activos. Ante la desestimación, la Sra. Dano interpuso un recurso administrativo cuyo alegato más relevante tenía como fundamento los artículos 18 y 45 TFUE, demanda que sería desestimada con fecha 1 de junio de 2012. Contra la resolución, definitiva en vía administrativa, se interpuso un recurso ante el Tribunal Social de Leipzig, órgano jurisdiccional que sería el que plantease la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo. Tal incidente judicial tendría como parámetro de control, básicamente, los artículos 18¹¹ y 20¹² TFUE. Una cuestión prejudicial de validez, vale decir de constitucionalidad, pues se sustenta en la duda de si la distinción establecida en la ley alemana entre extranjeros y nacionales —estos últimos sí podían acceder a las ayudas aunque su situación fuese idéntica a la de la Sra. Dano (incluida la circunstancia de ser en ambos casos una persona económicamente no activa)— puede ser admisible desde la perspectiva del principio de no discriminación por razón de nacionalidad cuya virtualidad es obligada en aquellos ámbitos donde rige el Derecho de la Unión¹³.

La ciudadanía europea entendida como estatuto jurídico fundamental de la comunidad política supone o debe suponer, en palabras del TJUE, “*la condición*

¹¹ Art. 18 TFUE: “*En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones*”.

¹² Art. 20 TFUE: “*1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua. Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos*”.

¹³ Una aproximación al contenido de la sentencia en, PIETER VAN DER MEI, A., “Overview of recent cases before the court of justice of the European Union (october-december 2014)”, *European Journal of Social Security*, vol. 17, 2015, nº 1, pp. 102-122.

*fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos nacionales que se encuentren en la misma situación obtener, en el ámbito de aplicación ratione materiae del Tratado FUE, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico*¹⁴. Y si se da por hecho que los sistemas públicos de seguridad social, sea en su vertiente contributiva o asistencial, caen bajo el dominio del Derecho europeo¹⁵, es del todo lógico que la Sra. Dano acabe invocando ante el Tribunal social de Leipzig el citado art. 18 TFUE, precisamente a la vista de la discriminación directa que la ley alemana establece entre nacionales de ese Estado y el resto de nacionales de los demás Estados miembros de la UE.

Dicho de forma más sencilla, se trata de saber si el principio de naturaleza “constitucional”, la eficacia de la igualdad en el ámbito o dominio del Derecho europeo entre ciudadanos de Estados miembros, admite excepciones. Y, en segundo lugar, si la excepción está justificada una vez se le aplique el test de la proporcionalidad, es decir, si hay razón que legitime la discriminación (por la existencia de un bien jurídico que proteger) y si, en su caso, la diferencia supera las pruebas que por dicho test vienen exigidas, concretamente, las de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *estricto sensu*.

Es llamativa la contundencia con la que el Abogado General del TJUE, Sr. M. WHATELET, justifica la existencia de la patente desigualdad en sus conclusiones sobre el caso que nos ocupa:

*“(Sin cuestionar la validez de dicha Directiva a la luz de los artículos 18 TFUE, 20 TFUE y 21 TFUE), me parece legítimo –afirma– que un Estado miembro pueda denegar prestaciones de asistencia social a ciudadanos que ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de obtener la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de los recursos suficientes para acogerse al derecho de residencia por un período superior a tres meses”*¹⁶.

¹⁴ STJUE Dano y Jobcenter Leipzig, asunto, C-333/13, de 11 de noviembre de 2014, pág. 58.

¹⁵ “En efecto, el Reglamento nº 883/2004 no instituye un régimen común de seguridad social, sino que deja subsistir regímenes nacionales distintos y su único objetivo es articular la coordinación entre estos últimos a fin de garantizar el ejercicio efectivo de la libre circulación de personas. De este modo, el referido Reglamento permite que subsistan diferentes regímenes que generan créditos diversos frente a instituciones diversas, con respecto a las cuales el beneficiario posee derechos directos en virtud, ya sea únicamente del Derecho interno, ya del Derecho interno completado por el Derecho de la Unión Europea si ello resulta necesario”, STJUE Comisión Europea vs. Reino Unido, asunto C-308/14, de 14 de junio de 2016, pág. 67.

¹⁶ Conclusiones del abogado general WATHELET, presentadas el 20 de mayo de 2014, Asunto C-333/13, Elisabeta Dano, Florin Dano contra Jobcenter Leipzig, pág. 105. Y sigue, pág. 106: “Denegarles tal facultad tendría como consecuencia que un nacional de un Estado miembro que, a su llegada al territorio de otro Estado miembro, no tiene los recursos suficientes para subvenir a sus ne-

Un juicio anticipado desde el “sentido común” que (muy similar al que en su día hizo Mr. CAMERON) por delante de cualquier otra consideración jurídica, lleva al Abogado General a admitir como razonable la discriminación por razón de nacionalidad. Pero hará falta algo más que sentido común para sostenerla, pues también el sentido común nos demuestra que la inexistencia de ayudas sociales, la ausencia de toda política social, es la causa que acarrea inevitablemente la formación de bolsas de pobreza, con las consecuencias que esta circunstancia comporta para el deterioro de la convivencia. Por otra parte, desde un sencillo análisis utilitario de la medida discriminatoria, está por demostrar la idoneidad de la discriminación para desincentivar la libre circulación de ciudadanos comunitarios inactivos económicamente. El sentido común, legitimador de la medida enjuiciada en el decir del Abogado General, debe ser aquí entendido como opción política o, todo lo más, como signo de preocupación política, pero poco más, aunque ya con esto sea mucho. Dejemos, pues, a un lado el más discutible y menos común de los sentidos y volvamos a la senda del Derecho.

El *caso Dano*, a diferencia de los casos precedentes citados, va a someter a juicio de validez el Derecho europeo derivado. Y decimos a diferencia de lo ocurrido con anterioridad por la razón de que hasta aquí el TJUE había encarado casos similares sometiendo al test de la proporcionalidad no tanto el texto legal, cuanto su aplicación al caso concreto, de tal forma que al final siempre se encontraba una lectura o interpretación de la ley que, obligando a centrar la atención en la situación del particular preterido en la concesión de ayudas sociales en razón de la nacionalidad, superase la discriminación, se impusiera la igualdad. Esta vez las cosas serán de otro modo, una vez que el Tribunal de Luxemburgo va a tratar el caso prescindiendo casi por completo de la situación particular de la Sra. Dano, para centrarse en la desigualdad consentida con carácter general en la ley. Un control de validez de la ley respecto de los Tratados que será, sin embargo, mediato, habida cuenta de que habrá Derecho europeo derivado interpuesto entre la norma estatal y el Derecho primario europeo a modo de bloque de la constitucionalidad (*mutatis mutandi*). A la postre, el TJUE considerará que no hay discriminación por razón de la nacionalidad una vez detectado que esa concreta diferencia de trato ha sido consentida por el propio Derecho europeo, pues surge de la combinación del Reglamento 883/2004 y la Directiva 2004/38 como expresa voluntad del legislador comunitario. El control de constitucionalidad, de validez última de una ley estatal, torna así a control autorreflexivo, pues resulta ser el mismo Derecho de la Unión el que acabará siendo enjuiciado en su conformidad con el principio de igualdad y no discriminación en razón de la nacionalidad. El siguiente paso será, sencillamente, confirmar que el Derecho alemán se ajusta a lo dispuesto por ese mismo derecho

cesidades, dispondría de ellos, automáticamente y de facto (sic), mediante la concesión de una prestación especial en metálico no contributiva cuyo objeto es garantizar la subsistencia del beneficiario permitiéndole llevar una vida acorde con la dignidad humana”.

européo, incluida por tanto la discriminación consentida y legítima, sin haber osado ir más allá.

“Como señaló el Abogado General en los puntos 93 y 96 de sus conclusiones, la eventual existencia de una desigualdad de trato entre los ciudadanos de la Unión que han hecho uso de su libertad de circulación y de residencia y los nacionales del Estado miembro de acogida respecto de la concesión de las prestaciones sociales es una consecuencia inevitable de la Directiva 2004/38. En efecto, tal desigualdad potencial se basa en la relación que estableció el legislador de la Unión en el artículo 7 de dicha Directiva entre la exigencia de recursos suficientes como requisito de residencia, por un lado, y la preocupación por no crear una carga para la asistencia social de los Estados miembros, por otro”¹⁷.

Si nos centramos en los argumentos que se dan en la sentencia hay que comenzar por resaltar la razón que se arguye por la cual la igualdad que se consagra en el art. 18 TFUE no implica una interdicción absoluta de discriminación por razón de nacionalidad. Pueden existir causas objetivas que, interesadas por el legislador, admitan la discriminación en el ámbito de aplicación del Derecho europeo. Para el TJUE la propia literalidad del citado artículo y de lo dispuesto en los arts. 20 y 21 abonan esta posibilidad: los derechos de los ciudadanos europeos contenidos en el vigésimo precepto se ejercerán “en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de estos”, y, más concretamente, en el art. 21.1 TFUE se supedita el derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros a las “limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”.

El principio de no discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados no es absoluto, sino relativo. En primer lugar, respecto del Derecho originario como consecuencia de la interpretación sistemática a la que no puede ser ajena la interdicción de discriminación. Pero en segundo lugar, y es esto quizás lo llamativo, es una interdicción que puede ser modulada, cabe decir excepcionada, por las “disposiciones adoptadas para su aplicación”, es decir, por el Derecho derivado europeo. Quiero entender que no hay en esta afirmación una desconstitucionalización plena del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación del Derecho europeo, sino todo lo más el reconocimiento de que los derechos no son absolutos y que el legislador puede, por tanto, limitar su alcance. Lo que quedaría por ver, y ya adelantamos que no habrá sorpresas, es si el TJUE otorga al legislador una posibilidad más o menos intensa de configuración del principio de no discriminación, pues de ello dependerá el grado de virtualidad de la prefiguración que de tal principio hiciera el constituyente

¹⁷ STJUE Dano, cit. *supra.*, pág. 77.

europeo. De quedar el legislador europeo enteramente libre podríamos hablar de un desapoderamiento de las normas fundantes de la comunidad jurídica. Su mero valor programático, es decir, su carencia de fuerza normativa, nos obligaría a dudar de la ciudadanía europea como instituto fundamental de libertad, de su preconditionación como estatuto para el disfrute de derechos y libertades concretos.

A pesar del tono a veces apodíctico de los fundamentos jurídicos de la sentencia, hay que reconocer que, bien leída, no llega al extremo de desconstitucionalizar el sentido de la igualdad en el espacio de la ciudadanía compartida. Como veremos en seguida, el juez europeo va a enjuiciar la validez del Derecho derivado europeo tomando como parámetro el principio de no discriminación. El test de la proporcionalidad sobre el Derecho secundario se manifestará a lo largo de la fundamentación a pesar de que los términos con los que arranca pudieran estar anticipando un mero control de legalidad:

*“Por lo tanto, el principio de no discriminación, recogido en general en el artículo 18 TFUE, se concreta en el artículo 24 de la Directiva 2004/38 respecto de los ciudadanos de la Unión que, como los demandantes en el litigio principal, ejercen su libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros. Dicho principio se concreta, además, en el artículo 4 del Reglamento nº 883/2004 respecto de ciudadanos de la Unión, como los demandantes en el litigio principal, que invocan, en el Estado miembro de acogida, unas prestaciones contempladas en el artículo 70, apartado 2, de dicho Reglamento”*¹⁸.

El principio de no discriminación por razón de nacionalidad se prefigura en los Tratados y se configura en la ley. Si no se tiene presente esta idea la sentencia Dano sólo sería una forma de reconocer que el legislador de la Unión es muy libre a la hora de concretar en qué se traduce la no discriminación en el ámbito de la libertad de movimiento y la armonización de los sistemas de seguridad social. Es decir, que la prefiguración de la misma en los tratados tendría una virtualidad muy relativa, disponiendo el autor de la configuración específica de un amplísimo margen de maniobra para incluso, si esa fuese su voluntad, reducir a la nada el citado principio. Es precisamente porque hay juicio de validez constitucional implícito de la ley europea por lo que Dano resulta interesante como caso. Se trata, como venimos insistiendo, de un juicio de validez general. La propia Directiva 2004/38 es el objeto de control de un proceso que, aun partiendo de un caso concreto, termina siendo de naturaleza abstracta y general, y cuyo fallo será válido para supuestos similares en los que hubiese que aplicar el mismo derecho.

“Admitir que personas que no disfrutaran del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 puedan reclamar un derecho a percibir prestaciones sociales en las

¹⁸ STJUE Dano, cit. *supra.*, pág. 61.

mismas condiciones que las aplicables a los propios nacionales iría en contra de un objetivo de dicha Directiva, recogido en su décimo considerando¹⁹, consistente en evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida”²⁰.

La Directiva 2004/38 lo que hace es ligar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad a la condición de que la residencia del sujeto de que se trate cumpla los requisitos en ella establecidos. Requisitos que, lejos de ser caprichosos o arbitrarios, están medidos en función de una finalidad expresa, la de que la libertad de movimiento de los ciudadanos en el interior de la Unión no ponga en riesgo la estabilidad financiera de los sistemas de seguridad social de los Estados. Un fin legítimo para cuya protección el legislador de la Unión impone concretas exigencias a los ciudadanos que emigren a otro Estado de la Unión en función del tiempo de permanencia, siendo la principal que cuenten con un derecho de residencia válido.

“De ello se deriva que un ciudadano de la Unión, por lo que se refiere al acceso a las prestaciones sociales –como las controvertidas en el asunto principal– sólo puede reclamar la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado miembro de acogida si su estancia en el territorio de dicho Estado cumple los requisitos de la Directiva 2004/38”²¹.

Concretamente, la Sra. Dano y su hijo no tendrían derecho a las prestaciones solicitadas en virtud de lo dispuesto en los arts. 7.1.b) y 14.2 de la Directiva 2004/38, que son los preceptos que supeditan el otorgamiento de un derecho de residencia a ciertas condiciones que los actores en el proceso principal incumplen; entre otras, la obligación de que el ciudadano de la Unión que reside en otro Estado miembro y no ejerce ninguna actividad económica o laboral, disponga para sí y para los miembros de su familia de recursos propios suficientes y de un seguro médico que cubra posibles contingencias. Todo ello con la exclusiva finalidad de impedir que dichos ciudadanos “utilicen el sistema asistencial del Estado miembro de acogida para garantizar su subsistencia”²². Y, por lo tanto, al incumplirse la condiciones para reclamar el derecho de residencia, no puede invocarse el principio de no discriminación recogido en el art. 24.1 de la citada Directiva.

¹⁹ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, *DOUE*, L 158, de 30 de abril de 2004, considerando 10: “Conviene, sin embargo, evitar que los beneficiarios del derecho de residencia se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante un primer período de estancia. Por ello, debe supeditarse a determinadas condiciones el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia por períodos superiores a tres meses”.

²⁰ STJUE Dano, cit. *supra.*, pág. 74.

²¹ STJUE Dano, cit. *supra.*, pág. 69.

²² STJUE Dano, cit. *supra.*, pág. 76.

La ley estatal es compatible con el Derecho europeo y éste lo es a su vez con los Tratados. De tal forma que la ley alemana es conforme porque la discriminación entre ciudadanos europeos ha superado el control de validez al interno del propio Derecho comunitario. Una vez el TJUE da como válida la discriminación, pues entiende que supera los test de objetividad y razonabilidad, no puede prohibir a los legisladores estatales que regulen en el mismo sentido y de la misma forma objetiva y general, es decir, sin que las circunstancias particulares del demandante de las ayudas tengan que ser tenidas en cuenta, como tampoco el volumen de gasto que el número de ciudadanos europeos en esas circunstancias puede representar en conjunto para las arcas del estado (como en seguida veremos y explicaremos porqué).

“78. Por lo tanto, un Estado miembro debe tener la posibilidad, con arreglo al citado artículo 7, de denegar las prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica y ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de recursos suficientes para optar al derecho de residencia. 79. Así pues, privar a un Estado miembro interesado de dicha posibilidad tendría como consecuencia, como señaló el Abogado General en el punto 106 de sus conclusiones, que personas que, a su llegada al territorio de otro Estado miembro, no disponen de recursos suficientes para subvenir a sus necesidades, dispondrán de ellos, automáticamente, mediante la concesión de una prestación especial en metálico no contributiva cuyo objeto es garantizar la subsistencia del beneficiario”²³.

La jurisprudencia del TJUE hasta el presente *caso Dano* había encontrado en el propio Derecho derivado europeo la escapatoria para no tener que tomar una decisión sobre la validez de la discriminación objetiva y general juzgada que ese mismo derecho derivado pretendía²⁴. Señaladamente en el precedente *caso Brey* había encontrado el Tribunal el soporte jurídico para, antes de admitir la validez de una denegación *ad limine* y *ex lege* de la prestación social solicitada, obligar a las autoridades austriacas a estudiar en detalle las condiciones socioeconómicas del solicitante, consiguiendo así que no se afirmase como ajustado a Derecho un rechazo automático de las prestaciones de ayuda social por el mero hecho de que el solicitante incumpla los requisitos de residencia de la Directiva 38/2004. No creo que sea atrevido afirmar que el TJUE hizo en este sentido una interpretación constructiva de las normas europeas para amoldarlas al derecho a la libre circulación y a garantizar su efecto útil aunque la voluntad del legislador pudiera ser otra, precisa-

²³ STJUE Dano, cit. *supra.*, párs. 77 y 78.

²⁴ Un detallado resumen de sentencias previas al *caso Dano* y a la fuerte crisis económica que se desencadena en 2007 en, MARTÍN VIDA, M. A., “La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social”, *ReDCE*, nº 8, 2007, pp. 95-137.

mente disuadir e impedir casi de forma absoluta el (malintencionadamente) llamado turismo social.

“80. ... el Derecho de la Unión, como resulta, en particular, de los artículos 7, apartado 1, letra b), 8, apartado 4, y 24, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/38, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la discutida en el litigio principal, que, incluso para el período posterior a los tres primeros meses de residencia, *excluye en cualesquiera circunstancias y de manera automática la concesión de una prestación*, como el suplemento compensatorio previsto en el artículo 292, apartado 1, de la ASVG, a un nacional de otro Estado miembro que no ejerce una actividad económica, porque éste, pese a que se le haya expedido un certificado de registro, no cumple los requisitos para disfrutar del derecho de residencia legal por más de tres meses en el territorio del primer Estado, dado que la existencia de tal derecho de residencia está supeditada a la exigencia de que dicho nacional disponga de recursos suficientes para no solicitar la citada prestación”²⁵ (cursiva nuestra).

Sin embargo, como bien puso de manifiesto, el Abogado General WATHELET en el caso que analizamos, esta obligación de ponderación de la discriminación centrada en el caso concreto llevaba implícita una contradicción insalvable, en sus palabras, a un punto muerto:

*“La Directiva 2004/38 supedita el derecho de residencia al doble requisito objetivo de disponer de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos. Una de dos: o el ciudadano de la Unión dispone de recursos suficientes, con lo que puede residir en el territorio del Estado miembro de su elección y no tendrá necesidad –precisamente por disponer de recursos suficientes– de recurrir a prestaciones de asistencia social cuyo objeto es garantizar un mínimo vital, o no dispone de recursos suficientes y reúne entonces teóricamente los requisitos para percibir dicho tipo de prestaciones de asistencia social, pero en ese caso no puede residir en un Estado miembro distinto de aquel del que es nacional, según el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38. Impedir que los Estados miembros excluyan este tipo de situaciones del ámbito de la asistencia social conduce a que el requisito de recursos suficientes se cumpla artificialmente en el caso del ciudadano de la Unión que se desplaza con el único objetivo de obtener la ayuda social de un Estado miembro distinto de aquel del que es nacional”*²⁶.

Teniendo presente la misma finalidad de contención para con la emigración social, primero el Abogado General en sus conclusiones, luego el TJUE en su sentencia, coincidirán en afirmar que el bien jurídico protegido y que justificaría la excepción de la igualdad –la protección del equilibrio financiero de los sistemas de

²⁵ STJUE Peter Brey, asunto C-140/12, de 19 de septiembre de 2013.

²⁶ Conclusiones del abogado general WATHELET, 20 de mayo de 2013, Asunto C-333/13, Elisabeta Dano, Florin Dano contra Jobcenter Leipzig, pág. 113.

seguridad social– se piensa en términos de eventualidad o prevención y no en su cuantificación exacta del volumen de recursos económicos que el desplazamiento de europeos no activos en el interior de la UE puede suponer para las arcas de un concreto Estado²⁷.

*“Por consiguiente, es preciso señalar que el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38, pretende impedir que los ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica utilicen el sistema asistencial del Estado miembro de acogida para garantizar su subsistencia”*²⁸.

Un riesgo eventual, contingente, pero que, en la medida que pueda ser previsible, permite al Estado regular su sistema de prestaciones sociales de forma objetiva y general, sin necesidad en consecuencia de que las autoridades se vean obligadas a, caso por caso, analizar las particulares circunstancias del demandante de ayuda. El límite a la idea de ciudadanía como estatuto jurídico fundamental y la igualdad que la acompaña, la sostenibilidad económica de los sistemas públicos de seguridad social, opera con virtualidad concreta de presente y disuasoria de futuro, como expuso el Abogado General en las conclusiones del caso que comentamos: “(134) ... También ha admitido que un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero de un sistema de Seguridad Social constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar determinados obstáculos a las libertades fundamentales. Es igualmente esta idea la que se encuentra detrás de la posibilidad dejada a los Estados miembros de velar porque la concesión de ayudas destinadas a sufragar los gastos de manutención de estudiantes procedentes de otros Estados miembros no se convierta en una carga excesiva que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado. (133) Si bien el Tribunal remitente no nos facilita información precisa sobre la existencia de tal riesgo, invoca no obstante los límites del sistema de seguro básico financiados por las contribuciones fiscales en relación con los importes en juego, que podrían constituir una incitación a la inmigración para ciudadanos de la Unión cuyo ingreso medio fuera muy inferior. (134) Además, es probable que, en circunstancias como las del asunto principal, el

²⁷ Justamente el razonamiento que a contrario se sostuvo en el inmediato precedente caso Brey: “72. Al supeditar el derecho de residencia por más de tres meses a que el interesado no se convierta en una carga «excesiva» para la asistencia social del Estado miembro de acogida, el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38, interpretado a la luz de su considerando 10, implica, por tanto, que las autoridades nacionales competentes disponen de la potestad de apreciar, teniendo en cuenta un conjunto de factores y a la vista del principio de proporcionalidad, si la concesión de una prestación social puede representar una carga para el conjunto de los regímenes de asistencia social de dicho Estado miembro. La Directiva 2004/83 admite una cierta solidaridad económica de los nacionales del Estado miembro de acogida con los de otros Estados miembros, en particular, si las dificultades que atraviesa el beneficiario del derecho de residencia tienen carácter temporal (véanse, por analogía, las sentencias antes citadas Grzelczyk, apartado 44; Bidar, apartado 56, así como Förster, apartado 48).

²⁸ STJUE Dano, cit. *supra.*, párs. 76.

recurso al régimen de asistencia social no sea temporal, sino que se prolongue de forma indeterminada ante la ausencia total de búsqueda de empleo”.

El *caso Dano* resulta ser a la postre un juicio de validez sobre el propio de Derecho de la Unión, en la medida que es éste el que anuda la efectividad del principio de no discriminación por razón de nacionalidad a la obtención reglada de la residencia. Secundariamente, y por esta razón, es al mismo tiempo control normativo de un derecho estatal que, como hemos visto, encaja en los márgenes que la Directiva 2004/38/CE establece para la concesión de la citada residencia y, por lo tanto, para la determinación de si se tiene o no derecho a la obtener las ayudas sociales de naturaleza asistencial, no contributivas, que puedan solicitarse.

III. PREFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA CIUDADANÍA EN IGUALDAD

La sentencia del *caso Dano* inaugura una forma de interpretación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad en los ámbitos donde se hace presente el Derecho de la Unión (con especial énfasis allí donde debe poder imponerse la virtualidad de una de sus libertades fundacionales –la libertad de movimiento en este caso concreto–), que termina por aceptar que no se trata de una interdicción de naturaleza absoluta, sino que puede soportar la carga de ciertos límites, concretamente siempre y cuando exista como contrapartida la necesidad de preservar un bien o valor jurídico digno de ser protegido y el legislador comunitario pondere adecuadamente, cabe decir que sea exquisito en el uso del manido principio de proporcionalidad.

Con el *caso Dano* lo que hace el TJUE es certificar frente a todos los Estados miembros la posibilidad de que estos concilien la regulación de su derecho sobre el acceso a determinadas prestaciones sociales de naturaleza asistencial al esquema de mínimos diseñado por el legislador europeo que, como hemos visto, anuda la concreta situación del status de residencia a que el Estado venga obligado o no a extender el mismo trato a su nacional que al extranjero comunitario a la hora de conceder ayudas sociales no contributivas. De forma incluso más rotunda que en el *caso Dano*, se observa esta determinación del TJUE en el caso *Alimanovic*²⁹. La claridad de los términos con que el TJUE se expresa obligan a su reproducción:

²⁹ *Vid.*, JIMÉNEZ BLANCO, P., “Los demandantes de empleo en Europa: derechos de residencia y acceso a las prestaciones sociales”, *Bitácora Millennium DIPr.*, www.millenniumdipr.com, ISSN 2444-3220, pp.143-158. Asimismo, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE”, *La Ley-Unión Europea*, 2015, nº 32.

“59. Se ha de precisar en ese sentido que, si bien el Tribunal de Justicia ya ha juzgado que la Directiva 2004/38 exige que el Estado miembro considere la situación individual de una persona interesada cuando se disponga a adoptar una medida de expulsión, o a constatar que esa persona se ha convertido en una carga excesiva para la asistencia social a lo largo de su residencia (sentencia Brey, C-140/12, EU:C:2013:565, apartados 64, 69 y 78), ese examen individual no es exigible sin embargo en un supuesto como el del asunto principal. 60. En efecto, la Directiva 2004/38, que establece un sistema gradual de mantenimiento de la condición de trabajador que pretende asegurar el derecho de residencia y el acceso a las prestaciones sociales, toma en consideración, ella misma, los diferentes factores que caracterizan la situación individual de cada solicitante de una prestación social, y en especial la duración del ejercicio de una actividad económica. 61. Pues bien, al permitir que los interesados conozcan sin ambigüedad sus derechos y sus obligaciones, el criterio previsto tanto en el artículo 7, apartado 1, del Libro II, puesto en relación con el artículo 2, apartado 3, de la Ley sobre la libre circulación, como en el artículo 7, apartado 3, letra c), de la Directiva 2004/38, a saber, un plazo de seis meses desde el cese de una actividad profesional durante el que se mantiene el derecho a la ayuda social, permite, por tanto, garantizar un alto grado de seguridad jurídica y de transparencia en el contexto de la concesión de prestaciones de asistencia social del seguro básico, a la vez que se ajusta al principio de proporcionalidad. 62. Además, en lo que atañe al examen individual dirigido a una apreciación global de la carga concreta que representaría la concesión de una prestación en el conjunto del sistema nacional de asistencia social objeto del asunto principal, hay que observar que la ayuda concedida a un solo solicitante difícilmente puede calificarse de “carga excesiva” para un Estado miembro, en el sentido del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2004/38, carga que podría pesar sobre el Estado miembro interesado, no cuando se le hubiera presentado una solicitud individual, sino necesariamente una vez sumadas todas las solicitudes individuales que se le hubieran presentado”³⁰.

³⁰ STJUE Alimanovic, C-67/14, de 15 de septiembre de 2015. Nazifa Alimanovic y sus hijos Sonita, Valentina y Valentino tienen nacionalidad sueca. En 2010, después de 11 años en Suecia, vuelven a Alemania. Desde junio de 2010 a 31 de mayo de 2011, la madre y su hija Sonita tuvieron empleos de duración siempre menor de un año. Desde el 1 de diciembre de 2011 al 31 de mayo de 2012 recibieron prestaciones familiares por sus hijos pequeños, también Sonita, como desempleada de larga duración. El centro de empleo revocó las ayudas en mayo de 2012, una vez que el Estado alemán hizo reservas al Convenio de Asistencia que ligaba a varios Estados interesados. Interpuesto el recurso correspondiente, y frente a sentencia favorable del tribunal de lo social de Berlín, el juez de casación interpondría cuestión prejudicial para preguntar: “... si el artículo 24 de la Directiva 2004/38 y el artículo 4 del Reglamento n° 883/2004 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que excluye de ciertas «prestaciones especiales en metálico no tributivas», en el sentido del artículo 70, apartado 2, del Reglamento n° 883/2004, que constituyen también una «prestación de asistencia social», en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38, a los nacionales de otros Estados miembros que buscan un empleo en el territorio del Estado miembro de acogida, mientras que esas prestaciones se conceden a los nacionales del Estado miembro de acogida que se hallan en la misma situación”, STJUE Alimanovic, párr. 48.

Seguridad jurídica y proporcionalidad como criterios para determinar la validez de un Derecho europeo que limita la libre circulación de personas en el interior de la UE con la intención de dificultar el denominado “turismo social” y así salvaguardar el equilibrio presupuestario de los sistema de seguridad social de los Estados miembros. Todo ello a pesar de que, como antes dijimos, los efectos reales (económicos y sociales) de este Derecho derivado reductor de la igualdad primaria, es decir, su virtualidad más allá de los eventuales beneficiarios, tenga efectos más propagandísticos que otra cosa, pues el número de desplazados en estas condiciones en el interior de la Unión no representan en caso alguno un desproporcionado gasto para las arcas públicas de los Estados receptores. Con todo, el ligamen entre residencia regular y derecho o no a las prestaciones sociales conforman la legalidad ordinaria europea que, como mínimo, los Estados habrán de respetar, por lo que, si bien nada impediría el que alguno de ellos pueda ofrecer una protección más extensa, será el paradigma al que la mayor parte de los Estados adapten sus legislaciones. Mirado con cierto optimismo, el *caso Dano* y siguientes es el límite de hasta dónde se puede llegar.

La idea de Europa como comunidad de Derecho y de derechos ha de poder encontrar en el principio de igualdad el fundamento de su constitución. Sin embargo, es también una realidad Europea que los Estados siguen formando parte del entramado Europeo y con ellos sus finanzas y, si me lo permiten, sus opiniones públicas. Allí donde exista Derecho europeo aplicable, por lo tanto, el principio de igualdad o, mejor dicho, el derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad, habrá de soportar la prueba de que se tome en consideración la “realidad” de los Estados, es decir, tendrá que someterse a un test de resistencia en el que habrán de ser tenidas en cuenta las propias capacidades económicas de los Estados obligados. Si no se hace así puede ocurrir que a fuerza de pretender igualdad se llegue a un escenario de ruptura o bien a otro escenario muy distinto, cuando no abiertamente contrario, al objetivo común que se pretendía. La medida de la proporcionalidad se usa, pues, con esta intención o vocación integradora, pues no otra cosa es la que se quiere con la actividad de ponderación: garantizar la libre circulación de personas en el interior de la comunidad en la medida en que no se pongan en riesgo las finanzas públicas de los Estados de acogida³¹. Como consecuencia directa, y no precisamente como casualidad, se traslada el mensaje de una Unión Europea que a su vez es capaz de percibir los límites de hasta dónde se puede llegar, evitando así convertirse en una carga difícilmente soportable para los responsables políticos estatales que tienen la obligación de implementar dichas políticas ante unos electorados movidos cada vez más por sensaciones en vez de por datos ciertos y contrastables.

³¹ *Vid.*, GUIMARAES, D., “The right of free movement and the Access to social protection in the UE: The economical dimension. Notes on the case *Elisabeta Dano v Jobcenter Leipzig*, C-333/13”, *EU Law Journal*, nº 1, julio de 2015, p. 120

El caso *Dano* puede verse por esta razón con cierto optimismo, en la medida en que expresa el Derecho y el contorno de sus límites a la vista de la realidad asimétrica en la que se desenvuelve el Derecho de la Unión tanto en lo económico como en lo social, poniendo con ello fin a una interpretación subjetivista de esos mismo contornos por parte de un Tribunal que –lo planteo con una cierta dosis de exageración– quiso enmendar la plana al legislador de la Unión. Nada de esto quiere decir, sin embargo, que el Derecho primario de la Unión, lugar del que emanan los pilares que conforman el estatuto básico de ciudadanía, ceda en su virtualidad ante las exigencias apremiantes de gobiernos asediados por opiniones públicas a su vez azuzadas por una durísima crisis económica³². No es esta, desde luego, la pretensión de estas palabras conclusivas. Con el caso *Dano* lo que el TJUE ha hecho es aceptar como válidos los límites a una interdicción de la discriminación por razón de nacionalidad que, de haberse redactado de otra forma, pudieran no haberlo sido. Pero aún hay algo más, acaso más importante, una cierta igualdad tiene que haber y tiene por lo tanto que poder reconocerse, de modo tal que su negación absoluta sería contraria a lo dispuesto en los arts. 18 y 20 del TFUE, salvándose así la fuerza normativa de los tratados, su supremacía³³.

IV. CODA

La Primera Ministra británica, Theresa MAY, parece inclinarse por una salida dura del Reino Unido de la Unión Europea (bautizado como *hard Brexit* frente al que sería un *soft Brexit*). Entre las consecuencias de optar por la primera de las salidas estaría la negativa absoluta a alcanzar algún tipo de acuerdo sobre libertad de movimientos de personas entre el Reino Unido y la UE. Se resucitaría el control de fronteras y se recuperaría la plena soberanía sobre la admisión de inmigrantes, por lo tanto. Por su parte, si la amenaza se cumple, la UE respondería con cerrar el mercado único a empresas y productos procedentes de la pérfida Albión.

³² Sobre qué Europa social se puede estar construyendo y los límites del Derecho de la Unión, *vid.*, MANTU, S., y MINDERBOUND, P., “Exploring the limits of social solidarity: welfare tourism and EU citizenship”, *UNIO-EU Law Journal*, vol. 2, junio de 2016, pp. 4-19. De los mismos autores, “Solidarity (still) in the making or a bridge too far”, Nijmegen Migration Law Working Papers Series, 2015/01 (<http://www.ru.nl/law/cmr/research/working-papers>). Asimismo, sobre el exagerado discurso contra la libertad de movimiento a la vista de sus ventajas, FERNANDES, S., “Acces to social benefits for EU mobile citizens: tourism or myth?”, Jacques Delors Institute, *Policy Papers*, n° 168, 20 de junio de 2016.

³³ Una visión crítica de esta deriva en, CAICEDO CAMACHO, N., “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?”, *REAF*, n° 19, abril de 2014, pp. 96-143. Igualmente, LIROLA, I., “La ciudadanía de la UE en retroceso: el cambio de rumbo del TJ en los asuntos Breyer, Dano y Alimanovic”, *Revista Jurídica do Cesuca*, vol. 3, n° 6, 2015, pp. 131-148.

El caso *Dano* y las sentencias que le siguieron, vistas con la ventaja que otorga el tiempo, hay que entenderlas más como el límite último de lo que el Derecho primario resistía que como una claudicación de lo normativo frente a la presión política de uno de los Estados con mayor peso de la UE. La libertad de movimiento tiene sus límites y es al legislador europeo al que le corresponde fijarlos. Al TJUE, como hemos visto a lo largo de estas páginas, le corresponde determinar si esa configuración legal excede lo que los Tratados consienten. Con la misma perspectiva, podemos afirmar que al Primer Ministro D. CAMERON lo que lo incomodaba era el principio de primacía de un Derecho conformado a su vez desde un concreto orden de valores, es decir, la existencia de un orden jurídico para la construcción de una comunidad jurídica³⁴. Así pues, la única salida que le quedaba era la de la secesión. Como sabemos que ocurrió finalmente, ya veremos si fatalmente.

RESUMEN: Este trabajo analiza el contexto y las consecuencias del caso *Dano* tras el triunfo del Brexit en el Reino Unido y avanza algunas claves de lo que deberá ser el estatuto jurídico de los “emigrantes” y los límites al denominado “turismo social”.

PALABRAS CLAVE: Brexit, caso ‘*Dano*’, libertad de circulación, turismo social.

ABSTRACT: This paper analyzes the context and consequences of the *Dano* case after the triumph of Brexit in the United Kingdom and advances some clues of what should be the legal status of “emigrants” and the limits to so-called “social tourism.”

KEY WORDS: Brexit, ‘*Dano*’ Case, free movement, social tourism.

³⁴ Por todos, el brillante y reciente libro de REQUEJO PAGÉS, J. L., *El sueño constitucional*, Ed. KRK, 2016.

