

EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y LA SUPRESIÓN DE CLÁUSULAS DE RESIDENCIA*

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: ciudadanía de la Unión, libre circulación de trabajadores, cláusulas de residencia, trabajadores migrantes

La libre circulación es una piedra angular del Derecho de la Unión Europea. Actualmente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea coexisten dos artículos que regulan de manera separada e independiente el derecho de libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y el de los ciudadanos de la Unión. Esta dualidad de preceptos justifica que coexistan regímenes diferentes en cuanto al ejercicio del derecho de circulación y residencia. Para que el Derecho de libre circulación sea efectivo es preciso garantizar a los migrantes que sus derechos en el ámbito de la protección social no se vean mermados ni suprimidos por el sólo hecho de haber ejercido su derecho a la libre circulación de ahí la importancia de la supresión de las cláusulas de residencia que puede alcanzarse por distintas vías: a través de la exportación de prestaciones al amparo del Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social; invocando el concepto de ventajas sociales conforme al Reglamento 492/2011 y, excepcionalmente, aplicando directamente el artículo 21.1 del Tratado.

ABSTRACT

Key words: EU citizenship, free movement of workers, residence rules, migrant workers

Free movement is a cornerstone of European Union law. Currently in the Treaty on the Functioning of the European Union there are two articles that regulate separately and independently the right to free movement of Union's workers and Union's citizens. This duality justifies the coexistence of different regimes in the exercise of the right of movement and residence. In order to be effective freedom of movement must guarantee migrants that their rights in the field of social protection are not going to be affected or suppressed by the mere fact of having exercised this right, hence the importance of the abolition of residence rules. This aim can be achieved in various ways: through the export of benefits under Regulation 883/2004 on the coordination of social security systems; invoking the concept of social advantages under Regulation 492/2011 and, exceptionally, applying article 21.1 of the Treaty directly.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social (DER2012-32111).

ÍNDICE

1. EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES Y DE CIUDADANOS EN EL DERECHO ORIGINARIO
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DEL ARTÍCULO 21.1 TFUE
 - 2.1.El Artículo 21.1 TFUE Fundamento para la Exportación de Prestaciones de Asistencia Social.
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DEL ARTÍCULO 45 DEL TFUE
 - 3.1.Excepciones a la Libre Circulación de los Trabajadores Por Cuenta Ajena
4. LIBRE CIRCULACIÓN Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIONES DIRECTAS E INDIRECTAS POR RAZÓN DE NACIONALIDAD
5. EL ARTÍCULO 45 TFUE COMO FUNDAMENTO LEGAL PARA LA SUPRESIÓN DE OBSTÁCULOS A LA LIBRE CIRCULACIÓN.
6. LA SUPRESIÓN DE CLÁUSULAS DE RESIDENCIA EN EL REGLAMENTO 883/2004 INSTRUMENTO PARA GARANTIZAR LA LIBRE CIRCULACIÓN
 - 6.1.Prestaciones Españolas de Seguridad Social Exportables
7. LIBRE CIRCULACIÓN Y DERECHO DERIVADO
 - 7.1.El Reglamento 492/2011: Ventajas Sociales y Supresión de Cláusulas de Residencia
 - 7.2.Libre Circulación y Residencia en España: la Trasposición de la Directiva 2004/38 por el Real Decreto 240/2007
 - 7.2.1. Libre Circulación, Demandantes de Empleo y Prestaciones de Asistencia Social
8. LA DIRECTIVA 2014/54 SOBRE MEDIDAS PARA FACILITAR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CONFERIDOS A LOS TRABAJADORES EN EL CONTEXTO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

1. EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES Y DE CIUDADANOS EN EL DERECHO ORIGINARIO

La libre circulación ha sido y es una piedra angular en la construcción de lo que hoy constituye la Unión Europea.

Precisamente uno de los objetivos que inspiró la fundación de la Comunidad Económica Europea fue el de garantizar la libre circulación de trabajadores (y sus familias)¹, derecho consagrado por el Tratado Constitutivo.

¹ El Derecho de libre circulación comprende el derecho de desplazamiento y residencia del trabajador, el derecho de entrada y residencia de los miembros de la familia y el derecho a trabajar en otro Estado miembro.

Pero hubieron de pasar décadas para que tras los compromisos alcanzados con los dos Acuerdos de Schengen se incorporara al Derecho originario el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea.

Esta es la explicación histórica que permite comprender por qué en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) coexisten, actualmente, dos artículos que regulan de manera separada e independiente el derecho de libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena por un lado (artículo 45), y el de los ciudadanos de la Unión por otro lado (artículo 21.1).

Esta dualidad de preceptos justifica que coexistan regímenes diferentes en cuanto al ejercicio del derecho de circulación y residencia para los sujetos protegido por el artículo 21.1 respecto a los protegidos por el artículo 45 TFUE.

En cualquier caso e independientemente de que resulte aplicable el artículo 45 o el artículo 21.1 del TFUE, una cuestión de la máxima relevancia práctica es que los derechos en el ámbito de la protección social no se vean mermados ni suprimidos por el sólo hecho de haber ejercido la libertad de circulación en el ámbito territorial en el que el Derecho de la Unión Europea resulta aplicable.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DEL ARTÍCULO 21.1 TFUE

El artículo 21.1 reconoce el derecho de todo ciudadano de la Unión Europea a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, sin más restricción que las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación².

Dicho precepto resulta aplicable a todos los ciudadanos de la Unión Europea³. El Tratado de Maastricht fue el que introdujo el concepto de ciudadanía europea, aunque respecto a esta última expresión habría que matizar que la ciudadanía europea no existe como tal pues es competencia de cada Estado, y no de la UE, regular la adquisición y pérdida de la nacionalidad.

² STJ de 10.7.2008, -33/07 (Jipa).

³ El artículo 20.1 confiere el estatuto de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro: STJ de 21.2.2015, 46/12 (L.N.).

Por tanto, hablar de ciudadanos de la Unión Europea no es sino fórmula simplificada de referirse a todas aquellas personas que ostentan la nacionalidad de Estados de la EU y que por tal motivo pueden invocar los derechos regulados en el artículo 21.1 incluso frente al Estado miembro de origen⁴, siempre y cuando exista un elemento transfronterizo. En definitiva, toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro tiene la condición de ciudadano de la Unión.

Por el contrario no puede ser invocado el artículo 21.1 cuando nunca se ha hecho uso del derecho de libre circulación y siempre se ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad se posee⁵.

La introducción de la ciudadanía de la Unión en el acervo comunitario trajo consigo una extensión del principio de igualdad de trato de quienes ejercen el derecho a la libre circulación para buscar un empleo pues ya no se les aplica tal principio sólo respecto al acceso al trabajo sino también por lo que se refiere al acceso a las prestaciones de carácter económico destinadas a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral del Estado miembro de acogida⁶.

Respecto a los nacionales de Terceros Estados hay que puntualizar que las disposiciones del TFUE relativas a la ciudadanía de la Unión no les confieren ningún derecho autónomo, sino que sus eventuales derechos son derechos derivados del ejercicio de la libertad de circulación por parte de un ciudadano de la Unión⁷ de cuya familia forman parte.

2.1. El Artículo 21.1 TFUE Fundamento para la Exportación de Prestaciones de Asistencia Social

El artículo 18.1 -actual artículo 21.1 TFUE- fue la piedra angular para resolver el asunto *Tas-Hagen*⁸ suscitado como consecuencia de la negativa de las autoridades holandesas a abonar a los recurrentes una prestación de Asistencia Social –excluida del ámbito de la coordinación de prestaciones sociales⁹- desti-

⁴ STJ de 24.10.2013, -220/12 (Meneses).

⁵ STJ de 2.10. 2003, -148/02 (García Avelló).

⁶ STJ de 4.6. 2009, asuntos acumulados 22/08 y 23/08 (Vatsouras y Koupantantze).

⁷ STJ de 8.11.2012, -40/11 (Iida).

⁸ STJ de 26.10.2006, -192/05 (Tas-Hagen y R.A. Tas).

⁹ El artículo 3.5 del Reglamento 883/2004 consagra la exclusión de las prestaciones de Asistencia Social del ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004.

nada a las víctimas civiles de guerra, y ello por no residir en dicho Estado en la fecha de presentación de sus solicitudes.

Los recurrentes fundan su pretensión exclusivamente en el derecho reconocido a todo ciudadano de la UE a circular y residir libremente en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél cuya nacionalidad se ostenta.

El Tribunal de Justicia estimó su pretensión en base a que consideró que una “normativa nacional que resulta desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades reconocidas a todo ciudadano de la Unión”.

Desde la óptica del Derecho de la Unión una limitación semejante “sólo podría justificarse si se basara en consideraciones objetivas de interés general, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas, y fuera proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional”.

La fijación de un criterio de residencia como el que se aplicó a los recurrentes, basado exclusivamente en la fecha de presentación de la solicitud de la prestación, no es un criterio suficientemente indicativo -a juicio del Tribunal de Justicia- “del grado de vinculación del solicitante con la sociedad que le manifiesta de este modo su solidaridad”.

El derecho a la libre circulación de ciudadanos de la UE es igualmente el argumento jurídico decisivo esgrimido en la sentencia del Tribunal de Justicia *Nerkowska*¹⁰. En este caso la prestación de Asistencia Social reclamada tenía por finalidad resarcir a las víctimas civiles de la guerra o de la represión del perjuicio psíquico o corporal que hubieran sufrido. La negativa de las autoridades polacas a abonar la pensión se basaba únicamente en el hecho de que la Sra. *Nerkowska* había establecido su residencia en Alemania. El Tribunal de Justicia falló que la legislación polaca infringía el derecho de libre circulación puesto que “un requisito de residencia como el controvertido en el litigio principal va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de comprobar que el beneficiario de una prestación sigue reuniendo los requisitos para la concesión de ésta, y, por tanto, no respeta el principio de proporcionalidad”.

¹⁰ STJ de 22.5. 2008, - 499/06 (*Nerkowska*).

A la luz de estas sentencias puede inferirse que resulta plausible invocar directamente el TFUE para reclamar la exportación de una prestación asistencial no contributiva.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DEL ARTÍCULO 45 TFUE

El ámbito de aplicación personal del artículo 45¹¹ -desarrollado por el Reglamento 492/2011- es mucho más restringido que el del artículo 21.1 TFUE pues se circunscribe a los trabajadores por cuenta ajena, quedando excluidos los trabajadores autónomos, los cuales se rigen por el principio de libertad de establecimiento o, en su caso, el de libre prestación de servicios¹².

Puesto que artículo 45 TFUE no contiene una definición de trabajador ha recaído sobre el Tribunal de Justicia la labor de delimitar su contenido y al respecto ha señalado que ha de tratarse de una relación laboral en la que la persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra, y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración, cualquiera que sea el campo en el que se desarrolla, siendo irrelevante el importe del salario y el carácter a tiempo parcial o intermitente de la actividad¹³.

Además ha tratarse de actividades reales y efectivas, entre las que se incluyen las actividades deportivas¹⁴. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha establecido que resultan indiferentes tanto los motivos que impulsaron al trabajador de un Estado Miembro a buscar trabajo en otro país, como la naturaleza jurídica del vínculo entre empresario y trabajador.

En todo caso, para poder invocar el artículo 45 del TFUE es necesario que el trabajador por cuenta ajena ostente la nacionalidad de un Estado miembro, tal

¹¹ Artículo 45

1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.
2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

¹² A los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios se les aplica la Directiva 96/71.

¹³ STJ de 19.6.2014, -507/12 (Saint Prix).

¹⁴ STJ de 16.3.2010, -325/08 (Olympique Lyonnais).

y como se infiere del artículo 1.1 del Reglamento 492/2011. Si bien hay que añadir que también se beneficiarán del derecho a la libre circulación los trabajadores nacionales de los Estados del Tratado del Espacio Económico Europeo (Islandia, Noruega y Liechtenstein) y Suiza.

Los trabajadores transfronterizos también pueden invocar el Derecho de la UE en materia de libre circulación de trabajadores en el Estado miembro de empleo.

Por lo que a los miembros de la familia se refiere, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 45 debe interpretarse en el sentido de que “confiere a un miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, nacional de un tercer Estado, un derecho de residencia derivado en el Estado miembro del que es nacional dicho ciudadano, cuando éste reside en ese último Estado, pero se traslada regularmente a otro Estado miembro como trabajador en el sentido de dicha disposición, si su denegación tiene un efecto disuasorio del ejercicio efectivo de los derechos que el artículo 45 TFUE confiere al trabajador”¹⁵.

3.1. Excepciones a la Libre Circulación de los Trabajadores por Cuenta Ajena

Los derechos consagrados por el TFUE no son derechos absolutos, por ello incluso el propio derecho a la libre circulación, pese a ser uno de los pilares del Derecho de la Unión Europea, está sujeto a limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud públicas (artículo 45.3 TFUE) e incluso se proclama la inaplicación del artículo 45 a los empleos en la Administración Pública (artículo 45.4 TFUE).

Pero el Tribunal de Justicia ha procedido a realizar una interpretación sumamente restrictiva de tales preceptos para evitar que, a su amparo, los Estados pudieran vaciar de contenido el ejercicio de este derecho.

Así, tempranamente, en el asunto Van Duyn¹⁶ el Tribunal de Justicia recalcó que “en cuanto justificación de una derogación del principio fundamental de libre circulación de trabajadores, debe entenderse en sentido estricto”.

¹⁵ STJ de 12.3.2014, -457/12 (S. y G).

¹⁶ STJ de 4.12.1974, -41/74 (Van Duyn).

Y, en todo caso, se le ha de reconocer al nacional de un Estado miembro los mismos recursos concedidos a los propios nacionales para impugnar las decisiones que restrinjan su libre circulación, incluso cuando éstos tengan efectos suspensivos¹⁷.

Igualmente progresista fue la sentencia *Bonsignore*¹⁸ en la que el Tribunal de Justicia reconoció que no pueden ampararse en la excepción de salvaguarda del orden público medidas que tienen por finalidad la prevención general¹⁹. Como tampoco la mera existencia de una previa condena penal puede ser esgrimida como causa para impedir el acceso al territorio de otro Estado miembro²⁰; ni puede ser invocada la reserva de orden público con ocasión del ejercicio de derechos sindicales²¹; ni para subordinar el derecho a residir en un Estado miembro a la obtención de un previo permiso de residencia²².

En el caso *Singh Shingara*²³ el Tribunal consideró que las decisiones por las que se prohíbe el acceso al territorio de un Estado miembro a un nacional de otro Estado miembro no pueden ser válidas por un tiempo ilimitado.

En otro orden de ideas el apartado cuarto del art. 45 TFUE excluye de su ámbito de aplicación material los empleos en la Administración Pública. De dicho precepto se desprende inequívocamente que los Estados miembros pueden reservar determinadas actividades a su propios nacionales lo que traslada el debate científico a la cuestión de fijar la frontera entre dónde concluye el derecho a la libre circulación y donde comienza la salvaguardia de los intereses nacionales.

¹⁷ STJ de 15.10.1987, -222/86 (*Heylens*).

¹⁸ STJ de 26.2.1975, -67/74 (*Bonsignore*).

¹⁹ STJ de 13.3.1986, -121/85 (*Conegate*): “un Estado miembro no puede invocar razones de moralidad pública, para sujetar la importación de determinadas mercancías a una prohibición alegando que son indecentes u obscenas, cuando esas mismas mercancías pueden fabricarse libremente en su territorio, y cuando su comercialización está sometida únicamente a una prohibición absoluta de envío por correo”.

²⁰ STJ de 22.5.1980, -131/79 (*Santillo*).

²¹ STJ de 28.10.1975, -36/75 (*Rutili*).

²² STJ de 18.5.1989, -249/86 (*Comisión/Alemania*): “el derecho de los nacionales de un Estado miembro a acceder al territorio de otro Estado miembro y a residir en él se adquiere independientemente de que la autoridad competente del Estado miembro de que se trate expida un permiso de residencia”.

²³ STJ de 17.6.1997 (*Singh Shingara*).

En todo caso, a efectos del artículo 45.4 TFUE el Tribunal de Justicia ha optado por una interpretación restrictiva del concepto de “Administración Pública” puesto que si estamos ante una excepción a la libertad de circulación de los trabajadores no puede tener un alcance que exceda “a la finalidad con la que se introdujo esta cláusula”²⁴.

Según jurisprudencia del Tribunal de Justicia quedan excluidos del derecho a la libre circulación de trabajadores los empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas y que suponen pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad²⁵.

A sensu contrario, la excepción prevista en el artículo 45.4 no se aplica a los empleos que, a pesar de depender del Estado o de otros organismos públicos, no implican ninguna participación en las actividades que competen a la Administración pública.

A título ilustrativo cabe señalar que el Tribunal de Justicia consideró en el asunto Scholz²⁶ la necesidad de equiparar las actividades realizadas por un nacional comunitario en cualquier Administración de un Estado miembro cuando un organismo público de otro Estado miembro prevea, con ocasión de la contratación de personal para cubrir puestos que no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del actual artículo 45.4 TFUE, tomar en consideración las actividades profesionales anteriores.

Respecto a la exigencia de conocimientos suficientes de una de las lenguas oficiales del Estado en el que se pretende trabajar, el Tribunal de Justicia en el asunto Groner²⁷ matizó que el Tratado no se opone a la adopción de una política

²⁴ STJ de 27.11.1991, -4/91 (Bleis).

²⁵ Conclusiones del Abogado General presentadas el 14.2.1989 en el asunto -33/88 (Allué y Coonan).

²⁶ STJ de 23.2.1994, -419/92 (Scholz).

²⁷ STJ de 28.11.1989, -379/87 (Groner): “las exigencias derivadas de las medidas de ejecución de una política de ese tipo no deben ser desproporcionadas, en ningún caso, en relación con el fin perseguido; y sus modalidades de aplicación no deben suponer discriminación alguna en detrimento de nacionales de otros Estados miembros”.

enfocada hacia la defensa y promoción de la lengua de un Estado miembro, siempre y cuando la puesta en práctica de semejante política no menoscabe una libertad fundamental, como es el caso de la libre circulación de trabajadores.

A los efectos del derecho a la libre circulación el calificativo que a nivel nacional se atribuya a las personas que desarrollen su actividad para un empleador público resulta intrascendente. O dicho de otro modo, a efectos comunitarios la expresión trabajadores comprende también a los funcionarios²⁸.

A la vista de lo expuesto cabe concluir que la excepción del art. 45.4 del Tratado cubre específicas funciones del Estado y cuerpos tales como las fuerzas armadas, la policía, el poder judicial, las autoridades fiscales y los cuerpos diplomáticos²⁹.

4. LIBRE CIRCULACIÓN Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIONES DIRECTAS E INDIRECTAS POR RAZÓN DE NACIONALIDAD

El artículo 18 del TFUE proclama que 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 la nacionalidad³⁰. Precepto que puede ser invocado por “todo ciudadano de la Unión en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho de la Unión, entre las que se encuentra el derecho de libre circulación”³¹.

²⁸ SSTJC de 24.3.1994, -71/93 (Van Poucke) y de 10.9.2014, -270/13 (Haralambidis).

²⁹ Por lo que a España se refiere resulta obligada la remisión al Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores. El Real Decreto regula igualmente la reserva en determinados casos de puestos de trabajo para los españoles, los criterios de acceso al empleo público y los requisitos que deben cumplir los nacionales de otros Estados, así como la exigencia del conocimiento del castellano como un contenido necesario de las pruebas selectivas.

³⁰ STJ de 3.5.1994, -47/93 (Comisión/Bélgica).

³¹ STJ de 21.2.2015, 46/12 (L.N.).

El principio de no discriminación constituye uno de los pilares sobre los que se erige el Derecho de la Unión Europea y su aplicabilidad directa es incuestionable.

En el ámbito de la libre circulación de trabajadores la interdicción de la discriminación está expresamente consagrada en el propio artículo 45.2 del TFUE que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo el artículo 45 del TFUE prohíbe “no sólo las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad (discriminación directa), sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación conduzcan de hecho al mismo resultado” (discriminación indirecta)³².

Para calificar una medida como indirectamente discriminatoria no resulta necesario “que tenga como efecto favorecer a todos los nacionales del Estado miembro interesado, o desfavorecer sólo a los nacionales de los otros Estados miembros”³³.

Ejemplos de discriminación indirecta “son las situaciones en las que un subsidio concreto³⁴ esté supeditado a un requisito de residencia o los requisitos de idioma para determinados puestos que, por definición, puedan ser cumplidos más fácilmente por los nacionales que por los no nacionales³⁵”. El artículo 45.2 TFUE también prohíbe la discriminación entre trabajadores no residentes si ésta lleva a otorgar de manera injustificada ventajas a los nacionales de unos Estados miembros frente a los de otros³⁶.

Manifestaciones del principio de no discriminación consagrado en el TFUE son a nivel de Derecho derivado el artículo 7.1 del Reglamento 492/2011 (en el ámbito específico de las condiciones de empleo y trabajo³⁷); el artículo 24.1 de

³² STJ de 24.2.2015, 512/13 (Sopora).

³³ STJ 5.12. 2013, 514/12 (Zentralbetriebsrat).

³⁴ STJ de 23.3.2004, -138/02 (Collins).

³⁵ STJ de 28.11.1989, -379/87 (Groener) y de 4.7.2000, -24/97 (Haim).

³⁶ STJ de 24.2. 2015, -512/13 (Sopora).

³⁷ STJ de 5.12.2013, -514/12 (Zentralbetriebsrat).

la Directiva 2004/38 (en cuanto al ejercicio del derecho de residencia en el territorio de los Estados miembros³⁸); y el artículo 4 del Reglamento 883/2004 (en el ámbito de la coordinación de sistemas de Seguridad Social).

5. EL ARTÍCULO 45 TFUE COMO FUNDAMENTO LEGAL PARA LA SUPRESIÓN DE OBSTÁCULOS A LA LIBRE CIRCULACIÓN

Aunque a diferencia del artículo 46.b) TFUE en el artículo 45 del mismo cuerpo legal no se contiene ninguna referencia explícita a la eliminación de obstáculos a la libre circulación de trabajadores, el Tribunal de Justicia ha entendido que el artículo 45 “se opone a cualquier medida que, aunque sea aplicable sin discriminación por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por los nacionales de la Unión, de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado³⁹”.

Más concreto se muestra el Reglamento 492/2011 puesto que el Considerando Sexto de su Preámbulo establece que “el derecho a la libre circulación exige que la igualdad de trato en todo cuanto se relaciona con el ejercicio mismo de una actividad por cuenta ajena y con el acceso a la vivienda quede garantizado de hecho y de derecho y asimismo se eliminen los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores, sobre todo en lo referente a las condiciones de integración de la familia del trabajador en el país de acogida”.

Ya que el derecho a la libre circulación es fundamental para la Unión Europea, está prohibido cualquier obstáculo a esta libertad, aun de importancia menor⁴⁰. Qué duda cabe que contribuye a la eliminación de obstáculos el reconocimiento mutuo de cualificaciones profesionales en los Estados miembros⁴¹.

De las sentencias del Tribunal de Justicia citadas podemos inferir que el concepto de discriminación y la noción de obstáculo a la libre circulación no son términos sinónimos, ya que no todo obstáculo se engloba en el concepto de discriminación directa o indirecta.

³⁸ STJ de 11.11.2014, -333/13 (Dano).

³⁹ STJ de 5.2.2015, -317/14 (Comisión/Bélgica).

⁴⁰ STJ de 1.4.2008, 212/06 (Gouvernement de la Communauté française).

⁴¹ Directiva 2013/55 de 20.11.2013.

Pero aunque una norma en concreto no pueda ser calificada de discriminatoria podrá ser declarada contraria a Derecho en la medida que obstaculice sin una justificación objetiva y razonable el ejercicio de un derecho fundamental en el seno de la Unión Europea.

A título ilustrativo, pueden constituir un obstáculo a la libre circulación las normas fiscales nacionales que disuadan a un nacional de un Estado miembro de ejercer tal derecho⁴².

6. LA SUPRESIÓN DE CLÁUSULAS DE RESIDENCIA EN EL REGLAMENTO 883/2004 INSTRUMENTO PARA GARANTIZAR LA LIBRE CIRCULACIÓN

A fin de evitar que la coexistencia de una multiplicidad de regímenes de protección social se convirtiera en un obstáculo insalvable para el ejercicio del derecho a la libre circulación el actual artículo 48 del TFUE proclama que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores.

Dicho precepto ha sido desarrollado por el Reglamento 883/2004 cuyo ámbito de aplicación personal viene delimitado en su artículo 2 del que se infiere que se aplicará a las personas nacionales de Estados en las que se aplique el Derecho de la Unión Europea y estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y supérstites.

El artículo 7 del Reglamento 883/2004 lleva por rúbrica “supresión de cláusulas de residencia” y dispone que “salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”.

El principio de supresión de cláusulas de residencia es más conocido como principio de exportación de prestaciones.

⁴² STJ de 12.12.2002, -385/00 (Groot).

El Reglamento 1231/2010 amplía la aplicación del Reglamento 883/2004 a los nacionales de Terceros Estados que residan legalmente en el territorio de la UE, por tanto también a este colectivo le será de aplicación las provisiones comunitarias sobre exportación de prestaciones de Seguridad Social coordinadas en el territorio en el que el Derecho de la UE resulta aplicable.

6.1. Prestaciones Españolas de Seguridad Social Exportables

Por aplicación del principio exportación de prestaciones cuando el Reglamento 883/2004 resulte aplicable España habrá de exportar las pensiones y prestaciones económicas de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia.

Además, y aunque en este punto la normativa interna no sea coincidente con la emanada de la UE, dada la primacía del Derecho de la Unión Europea son exportables en los territorios en los que se aplique el Reglamento 883/2004:

1) Las prestaciones y subsidios por desempleo durante un plazo máximo de seis meses (artículo 64.1.c) Reglamento 883/2004).

2) Idéntica regla se aplica a la prestación por cese de actividad pues, aunque no puede ser calificada a nivel de Derecho interno como prestación de desempleo, el Real Decreto 1541/2011 prevé que le sean aplicables “las normas de exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea”. Consecuentemente, serán exportables durante un plazo máximo de seis meses (artículo 64.1.c) Reglamento 883/2004).

3) Si bien conforme a la legislación nacional el reconocimiento de los complementos por mínimos está condicionado actualmente al requisito de la residencia en España, en la medida en que complementan pensiones contributivas de Seguridad Social habrán de ser exportadas al igual que las pensiones a las que complementan.

Y por lo que respecta a la prestación por asistencia sanitaria no será de aplicación lo prevenido en la Disposición Adicional 65ª del TRLGSS sino el artículo 7.2 del Real Decreto 192/2012⁴³ en conexión con el Reglamento 883/2004,

⁴³ El artículo 7.2.a) segundo inciso del Real Decreto 1192/2012 dispone que “el hecho de dejar de residir en territorio español no conllevará la pérdida de la condición de persona benefi-

por lo que incluso cuando las ausencias del territorio nacional superen los 90 días en el año natural los asegurados y beneficiarios de un asegurado podrán acceder a prestaciones de asistencia sanitaria con cargo al Estado español.

A pesar de que la exportación de prestaciones sociales es un principio básico del Derecho de la Unión Europea conviene matizar que conoce excepciones: conforme al artículo 70.3 del Reglamento 883/2004 no se aplica a las prestaciones especiales en metálico no contributivas que hubieran sido notificadas por los Estados miembros en el Anexo X del Reglamento 883/2004. España ha incluido en el citado Anexo a las pensiones no contributivas de vejez e invalidez de Seguridad Social, entre otras. Por tanto, los beneficiarios de estas prestaciones no pueden reclamar su abono si trasladan su residencia a otro Estado.

Tampoco, en rigor, son exportables las prestaciones familiares pues en tales casos el beneficiario se encuentra en el territorio del Estado competente y lo que la normativa de la UE obliga es a la equiparación de residencia de los miembros de la familia o sujetos causantes. Por ello, cuando de personas incluidas en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004 se trate, la residencia en cualquier otro Estado donde se aplique el Derecho de la Unión Europea se habrá de equiparar a la residencia en España a efectos de lucrar prestaciones no contributivas familiares. Por lo que España puede tener que abonar dichas prestaciones incluso cuando los hijos no residan en España.

7. LIBRE CIRCULACIÓN Y DERECHO DERIVADO

7.1. El Reglamento 492/2011: Ventajas Sociales y Supresión de Cláusulas de Residencia

La noción de ventaja social aparece regulada en el artículo 7.2 del Reglamento 492/2011, sin que su redacción haya sufrido cambios respecto a la versión contenida en el derogado Reglamento 1612/68. Conforme a dicho precepto, el trabajador nacional de un Estado miembro se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuyos perfiles han sido definidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha invocado esta noción

ciaria cuando así lo establezcan las normas internacionales en materia de Seguridad Social que resulten de aplicación”.

en las más diversas y variopintas situaciones, incluyendo bajo esa rúbrica todas las ventajas que, vinculadas o no a un contrato de trabajo, se reconocen generalmente a los trabajadores nacionales por razón, principalmente, de su condición de trabajadores o por el mero hecho de que tienen su residencia habitual en territorio nacional, por lo que su extensión a los trabajadores migrantes permite facilitar su derecho a la libre circulación.

Por aplicación de esta jurisprudencia resulta factible que una prestación que conforme a la legislación nacional no es exportable, haya de serlo como ventaja social a otro Estado en el que el Derecho de la Unión resulte aplicable.

Este fue el caso del *minimex* belga que aun habiendo sido calificado por el Tribunal de Justicia como prestación no contributiva a los efectos de los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social, puede ser exportado como ventaja social⁴⁴.

A análogas conclusiones llegó el Tribunal en las dos sentencias Frascogna⁴⁵ y en la sentencia Hendrix⁴⁶. En ésta última el Tribunal de Justicia reconoció el derecho de un trabajador holandés con residencia en Bélgica a seguir cobrando la prestación holandesa -destinada a proteger a jóvenes discapacitados- a la que calificó como ventaja social.

La conclusión que se alcanza es que una misma prestación puede ser simultáneamente calificada como ventaja social a los efectos del Reglamento 492/2011 y como prestación coordinada por el Reglamento 883/2004, tal y como se infiere del asunto Martínez Sala⁴⁷.

7.2. Libre Circulación y Residencia en España: la Trasposición de la Directiva 2004/38 por el Real Decreto 240/2007

La Directiva 2004/38 regula el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros y vino a simplificar la regulación del derecho de entrada y

⁴⁴ STJ de 20.9.2001, -184/99 (Grzelczyk).

⁴⁵ STJ de 6.6.1985, -157/84, (Frascogna) y de 9.7.1987, - 256/86 (Frascogna).

⁴⁶ STJ de 11.9.2007, - 287/05 (Hendrix).

⁴⁷ STJ 12.5.1998, -85/86 (Martínez Sala).

residencia de los ciudadanos de la Unión Europea que había llegado a estar regulado por dos Reglamentos y nueve Directivas.

Conforme a la Directiva 2004/38, el derecho de residencia en un Estado Miembro por un período superior a tres meses está supeditado al cumplimiento de alguno de los siguientes requisitos, que no son acumulativos:

- Ejercer una actividad económica por cuenta ajena o propia. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que “una mujer que deja de trabajar o de buscar trabajo debido a las limitaciones físicas relacionadas con la última fase del embarazo y el período subsiguiente al parto mantiene la condición de trabajadora, en la acepción de dicho artículo, siempre que se reincorpore a su trabajo o vuelva a encontrar empleo dentro de un período de tiempo razonable tras el nacimiento de su hijo”⁴⁸.
- Disponer de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad.
- Ser estudiante y disponer de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad.
- Ser miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que se encuentre en algunas de las tres situaciones anteriores. Respecto a este último colectivo señalar que en el asunto *Metock*⁴⁹ el Tribunal de Justicia interpretó que “el nacional de un tercer país, cónyuge de un ciudadano de la Unión, que acompaña o se reúne con este ciudadano puede acogerse a las disposiciones de esa Directiva, independientemente del momento o del lugar en el que hubieran contraído matrimonio y sin necesidad de haber residido antes legalmente en ese país”⁵⁰.

La Directiva también regula el derecho de los ciudadanos de Estados de la Unión Europea a residir permanentemente en un Estado distinto de aquel que sean nacionales, derecho que está supeditado únicamente al requisito de haber residido legalmente en dicho Estado previamente durante un período ininterrumpido de cinco años y no haber sido objeto de una medida de expulsión. Los mismos requisitos son aplicables a los miembros de sus familias que no sean nacionales de Estados en los que se aplique el Derecho de la Unión Europea.

⁴⁸ STJ de 19.6.2014, 507/12 (*Saint Prix*).

⁴⁹ STJ de 25.7.2008, -127/08 (*Metock*).

⁵⁰ STJ de 12.3.2014, -456/12 (*O y B*).

La Directiva 2004/38 fue traspuesta en España por el Real Decreto 240/2007 que ha sido reformado en diversas ocasiones.

En su versión originaria el Real Decreto 240/2007 no exigía como requisito para residir en España el acreditar tener recursos suficientes y contar con un seguro médico, previsión que sí figura recogido en la Directiva 2004/38.

Los perjuicios económicos que semejante política legislativo acarreo fueron destacados por el Tribunal de Cuentas y motivó que en el año 2012-en plena crisis económica- el artículo 7 del Real Decreto 240/2007 fuera modificado por Real Decreto-ley 16/2012, en el marco de la política de austeridad económica impulsada por el Gobierno. Desde entonces a las personas no activas se les exige como requisito para residir legalmente en España tener “recursos suficientes para no convertirse en una carga para la Asistencia Social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España”.

El citado artículo 7 del Real Decreto 240/2007 fue desarrollado por la Orden PRE/1490/2012 en su artículo 3⁵¹.

En cualquier caso, conforme al artículo 9.3 del Real Decreto 240/2007, no se podrá adoptar “una medida de expulsión contra ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o miembros de su familia si:

- Son trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia.
- O si han entrado en territorio español para buscar trabajo. En este caso no podrán ser expulsados mientras puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados”.

En otro orden de ideas hay que señalar que la reforma del artículo 7 del RD 240/2007 trajo consigo que se presentaran quejas ante el Defensor del Pueblo español respecto a la acreditación y valoración de medios suficientes necesarios para que los cónyuges extracomunitarios de ciudadanos españoles que no han

⁵¹ Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre Entrada, Libre Circulación y Residencia en España de Ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

ejercido el derecho de libre circulación pudieran acceder a la residencia superior a tres meses en España. Como resultado, se emitió una Recomendación del Defensor del Pueblo a la Secretaría General de Inmigración en la que se afirma que “condicionar la obtención de la tarjeta de residencia de familiar de la Unión del cónyuge extracomunitario de un ciudadano español a la disponibilidad de medios económicos, y a la acreditación de un seguro de enfermedad que cubra sus riesgos en España... significaría la quiebra del principio de igualdad, consagrado constitucionalmente, puesto que dejaría en peor derecho a aquellos ciudadanos españoles con matrimonio inscrito en el Registro Civil que han contraído con ciudadanos extracomunitarios con respecto de aquellos ciudadanos españoles que han celebrado matrimonio con ciudadanos españoles o de la Unión Europea”.

7.2.1. Libre Circulación, Demandantes de Empleo y Prestaciones de Asistencia Social

El derecho de libre circulación comprende no sólo el derecho a responder a ofertas efectivas de trabajo sino que también ampara la movilidad transnacional de quien “desea ejercer una actividad económica”, esto es, los que emigran en buscan trabajo⁵².

En el supuesto de que la legislación nacional previera la posibilidad de que un ciudadano comunitario pudiera ser obligado a abandonar el territorio de otro Estado miembro si no encuentra un empleo al cabo de un período razonable de tiempo, el Tribunal de Justicia ha admitido, como excepción, el supuesto de que el interesado aporte pruebas de que continúa buscando empleo y que tiene la posibilidad real de ser contratado⁵³.

Ahora bien, el hecho de que un ciudadano de la UE pueda desplazarse libremente a otro Estado en busca de empleo no significa que deba convertirse en una “carga para la Asistencia Social de los Estados de acogida.

Para poder compaginar derechos que pueden llegar a ser contrapuestos el artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38 autoriza a los Estados miembros de acogida a no conceder prestaciones de Asistencia Social a las personas que

⁵² STJ de 31.5.1989, -344/87 (Bettray).

⁵³ STJ de 26.2.1991, -292/89 (Antonissen) y STJ de 13.12. 2012, -379/11 (Frères Sàrl).

buscan empleo durante los primeros tres meses de residencia o si procede, el período más largo establecido en la letra b) del apartado 4 de su artículo 14.

Evidentemente este precepto constituye una excepción al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad que el Tribunal de Justicia ha considerado justificado respecto de aquellas personas que sin desarrollar una actividad económica 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 residencia⁵⁴.

Admitir que personas que no disfrutaban del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 puedan reclamar un derecho a percibir prestaciones sociales en las mismas condiciones que las aplicables a los propios nacionales iría en contra de un objetivo de dicha Directiva, recogido en su décimo considerando⁵⁵.

¿Qué son prestaciones de Asistencia Social para la Directiva 2004/38?

Ante todo se ha de rechazar que los conceptos nacionales de Asistencia Social resulten vinculantes para el Tribunal de Justicia que ha declarado que este concepto “debe determinarse en función del objetivo perseguido por esta disposición y no en función de criterios formales”. Se identifica con “los regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia”⁵⁶.

El problema se complica si tenemos en cuenta que en el ámbito del Derecho de la UE el concepto de Asistencia Social tampoco es unívoco ya que en primer lugar hay que atender a su finalidad: si las prestaciones en litigio están destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo, no pueden considerarse entonces prestaciones de Asistencia Social, en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38. Aunque el Tribunal de Justicia ha matizado que era “legítimo que el legislador nacional sólo conceda tal prestación tras asegurarse de la existencia de un vínculo real entre el demandante de empleo y el mercado laboral de este Estado”⁵⁷.

⁵⁴ STJ de 11.11. 2014, 333/13 (Dano).

⁵⁵ Conclusiones del Abogado General presentadas el 26.3.2015 en el asunto Alimanovic.

⁵⁶ STJ de 19.9.2013,-140/12 (Brey).

⁵⁷ STJ de 4.6.2009, asuntos acumulados 22/08 y 23/08 (Vatsouras y Kouptantze).

En segundo lugar, el concepto de Asistencia Social de la Directiva 2004/38 no coincide con el concepto de Asistencia Social a los efectos del Reglamento 883/2004 hasta el punto que prestaciones coordinadas por el citado Reglamento como prestaciones especiales no contributivas se calificarían a efectos de la Directiva 2004/38 como prestaciones de Asistencia Social. Sin olvidar que cuando se trate de trabajadores protegidos por el Reglamento 492/2011 estas mismas prestaciones no contributivas pueden ser calificadas de ventajas sociales.

Por lo que a España se refiere esta doctrina implica que nuestras pensiones no contributivas de Seguridad Social de vejez e invalidez pueden ser, simultáneamente, prestaciones especiales en metálico no contributivas notificadas en el Anexo X del Reglamento 883/2004, prestaciones de Asistencia Social a los efectos de la Directiva 2004/38, o ventajas sociales conforme el Reglamento 492/2011.

8. LA DIRECTIVA 2014/54 SOBRE MEDIDAS PARA FACILITAR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CONFERIDOS A LOS TRABAJADORES EN EL CONTEXTO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

El Informe de la Comisión de 27.20.2010 titulado “La eliminación de los obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la Unión” detectó una aplicación divergente e incorrecta del derecho a la libre circulación de los trabajadores. Por ello el objetivo que persigue la Directiva 2014/54 es -tal y como señala su artículo 1- el de facilitar la aplicación uniforme y el cumplimiento en la práctica de los derechos que confieren el artículo 45 del TFUE y los artículos 1 a 10 del Reglamento 492/2011.

El ámbito de aplicación personal de esta Directiva es plenamente coincidente con el del Reglamento 492/2011.

En cuanto al ámbito de aplicación material es objeto de delimitación por el artículo 2 de la Directiva: acceso al empleo, condiciones de empleo y trabajo, acceso a las ventajas sociales y fiscales, derechos sindicales, acceso a la formación, acceso a la vivienda y acceso a la educación, aprendizaje y formación profesional para los hijos de los trabajadores de la Unión.

El artículo 3 de la Directiva, que lleva por rúbrica “Defensa de derechos” obliga a los Estados a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de todos

los trabajadores de la Unión y los miembros de sus familias “para la protección de las obligaciones reconocidas en el artículo 45 del TFUE y en los artículos 1 a 10 del Reglamento 492/2011” y a que no puedan ser objeto de ningún trato desfavorable por el mero hecho de haber ejercitado las acciones legales que les correspondan.

El artículo 4 de la Directiva obliga a los Estados a establecer organismos que fomenten, analicen y supervisen el ejercicio del derecho a la igualdad de trato y presten apoyo legal y logístico a los trabajadores de la UE y sus familias. Estas instituciones habrán de tener entre sus competencias la de publicar informes independientes, formular recomendaciones y publicar información sobre el grado de aplicación a nivel nacional de la normativa de la UE sobre libre circulación de trabajadores.

Asimismo la Directiva en su artículo 5 impone a los Estados el deber de promover el diálogo social en materia de libre circulación de trabajadores.

La Directiva obliga a los Estados miembros a utilizar todos los medios adecuados para garantizar una mayor información en materia de libre circulación de trabajadores -en particular a los trabajadores y empleadores de la Unión- y a hacerlo en más de una lengua oficial de la UE (artículo 6).

La fecha para que los Estados traspongan esta norma al Derecho interno finaliza el 21 de mayo de 2016 (artículo 8).

Aunque sin duda alguna la finalidad perseguida por la Directiva 2014/54 sea encomiable, la falta de medidas más concretas y específicas para luchar contra los obstáculos legales y administrativos que subsistan a nivel nacional hace dudar que su trasposición vaya a suponer un revulsivo en esta materia.

A lo que se suma el hecho de que en el contexto de crisis económica en que nos encontramos difícilmente los Estados van a poder destinar los recursos necesarios para que cada persona que vaya a ejercer o haya ejercido su derecho a la libre circulación pueda obtener asesoramiento individual y gratuito respecto de cuantas dudas o problemas legales puedan plantearseles.

Y si no se personaliza la atención, los esfuerzos dedicados a la divulgación de los derechos y acciones que a los migrantes asisten son escasamente eficaces, como lo demuestra el hecho de que los numerosos portales financiados por la UE que proporcionan información de interés, contactos e incluso enlaces a la

legislación aplicable y jurisprudencia no resulten de excesiva utilidad para la inmensa mayoría de los migrantes que no tienen una formación jurídica.

Sin olvidar que, quizás, un obstáculo y no de pequeña envergadura a la libre circulación lo constituya la propia farragosidad del Derecho de la UE, que en modo alguno puede decirse que se haya simplificado con el paso de los años sino todo lo contrario.