Millennium Derecho Internacional Privado DiPr

Editorial tirant lo blanch

Pre-edición Pre-publicación o PrePrint

Los demandantes de empleo en Europa: derecho de residencia y acceso a las prestaciones sociales*

Job-seekers in Europe: right of residence and access to social benefits

PILAR JIMÉNEZ BLANCO

Catedrática acreditada (Profesora Titular) de Derecho Internacional Privado

Universidad de Oviedo

Resumen El asunto *Alimanovic* vuelve a plantear la cuestión del acceso a la asistencia social de los ciudadanos de la UE. En este caso, se trata de la situación de los demandantes de empleo, quienes tienen un derecho de residencia vinculado a la búsqueda de empleo, pero un derecho limitado a la protección social del Estado de acogida.

Palabras clave Ciudadanía de la Unión, demandantes de empleo, asistencia social, Derecho de residencia.

Abstract The case *Alimanovic* again raises the issue of access to welfare of EU citizens. In this case, it is the status of jobseekers, who have a right of residence linked to the job search, but a limited right to social protection of the host State.

Fecha de recepción del original: 16 de noviembre de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 9 de diciembre de 2015.

* Este trabajo se adscribe al Proyecto de Investigación I+D+I del MINECO "Hacia un modelo migratorio europeo: la movilidad de personas conforme a su estatuto en la UE", Ref. DER 2013-44950-R, del que son Investigadores Principales P. Jiménez Blanco y A. Espiniella Menéndez, de la Universidad de Oviedo.

Key words Citizenship of the Union, job-seekers, social assistance, Right to reside.

Sumario: I. Contexto del problema. II. Calificación de la prestación: ¿qué es una medida de asistencia social? III. Títulos de residencia e incidencia en las prestaciones sociales: A) Título como trabajador; B) Título como demandante de empleo. IV. Mantenimiento de la residencia de los demandantes de empleo sin prestaciones: ¿hasta cuándo?.V. Conclusiones.

I. Contexto del problema

1. El asunto *Alimanovic*[1] vuelve a llevar ante el TJUE la controvertida norma del seguro básico de desempleo del Derecho alemán, según la cual pueden quedar excluidos de las prestaciones allí establecidas los extranjeros cuyo derecho de residencia únicamente se justifique por la búsqueda de empleo [Art. 7, apdo. 1, segunda frase, punto 2 del Código Social alemán (*SGB II*)]. El problema consiste, por tanto, en el alcance de la cobertura social de los ciudadanos de la UE que sean demandantes de empleo en otro Estado miembro.

La situación de hecho en el asunto *Alimanovic* es la siguiente: se trata de una ciudadana sueca, residente en Alemania con sus tres hijos, que está en situación de desempleo después de haber tenido una corta vinculación laboral en Alemania (menos de un año). Parece acreditado que disfrutó, durante un período de seis meses, de las ayudas del seguro básico de desempleo alemán. Pasado ese período, se le denegó el mantenimiento de las mismas considerando que su único título de residencia en Alemania era la búsqueda de empleo.

El problema de las limitaciones de los ciudadanos de la UE a las prestaciones sociales del Estado de acogida, y en concreto en relación con la citada norma del Código Social alemán, no es nuevo en la jurisprudencia del TJUE, aunque sí van variando las situaciones de hecho. Se ha planteado el problema en relación con nacionales griegos que estuvieron desempeñando una actividad laboral en Alemania y que, posteriormente, quedaron en situación de desempleo (asunto *Vatsouras and Koupatantze*)[2]. También se ha suscitado en relación con una ciudadana rumana desempleada que residía en Alemania, sin haber desempeñado actividad laboral

[1] Sent. TJUE de 15 de septiembre de 2015, asunto C-67/14.

[2] Sent. TJUE de 4 de junio de 2009, asuntos C-22/08 y C-23/08.

previa en dicho país ni constar como demandante de empleo (caso *Dano*)[3]. Actualmente se encuentra pendiente ante el TJUE un asunto relativo a un nacional español solicitante de la ayuda para cubrir el período inmediato a su llegada a Alemania, cuando apenas llevaba un mes en dicho Estado y antes de realizar actividad laboral alguna (asunto *García Nieto*)[4].

2. La valoración sobre las restricciones a la protección social de los ciudadanos de la UE demandantes de empleo requiere confrontar el alcance de la prohibición de discriminación (art. 18 TFUE), la libre circulación de trabajadores (art. 45 TFUE), el principio de igualdad de trato en la Seguridad social (art. 4 del Reglamento 883/2004, relativo a la coordinación de los sistemas de seguridad social)[5] y el alcance del derecho de residencia de los ciudadanos de la UE (arts. 20 y 21 TFUE en relación con la Directiva 2004/38/CE)[6].

La prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad del art. 18 TFUE está doblemente condicionada: por una parte, por el ámbito material del Derecho UE y, por otra parte, por las condiciones que el Derecho UE y las disposiciones específicas establezcan. Esto significa que es posible la discriminación por razón de nacionalidad en lo que queda fuera del ámbito material del Derecho UE. Esta posibilidad tiene importantes repercusiones en el área de la protección social por las limitadas competencias que tiene la UE en este sector [7]. Las prestaciones de la Seguridad Social solo están coordinadas por el Derecho UE y la asistencia social (no contributiva) está fuera de su ámbito material. Cada Estado decide las prestaciones que establece y el nivel asistencial. La extensión de la asistencia social a los ciudadanos UE es variable dependiendo del perfil de ciudadano (por ejemplo, de si es trabajador o no) y de su vinculación con el Estado de acogida (por ejemplo, si es residente permanente o no).

---

[3] Sent. TJUE de 11 de noviembre de 2014, asunto C-333/13. *Vid.* mi trabajo sobre esta Sentencia en P. Jiménez Blanco, "Derecho de residencia en la UE y turismo social", *La Ley Unión Europea*, 2015, nº 22, pp. 5 y ss.

[4] Asunto C-299/14, Conclusiones del Abogado General M. Wathelet, de 4 de junio de 2015.

[5] Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, *D.O.* núm. L 166, de 30-IV-2004.

[6] 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 de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, *D.O.* núm. L 158, de 30-IV-2004.

[7] *Vid.* al respecto M.A. Martín Vida, "La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social", *R.D.C.E.*, nº 8, 2007, pp. 95 y ss.

La libre circulación de trabajadores, establecida en el artículo 45 TFUE, cubre también a los demandantes de empleo. El derecho a residir en el Estado de acogida con el objeto de buscar empleo, como integrante de la libre circulación de trabajadores, ha sido afirmado y reiterado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia[8]. En este sentido, el Reglamento (CE) nº 492/2011[9] recoge en la Sección 1ª del Capítulo I, el derecho de los ciudadanos de la UE al "acceso al empleo", lo que incluye la posibilidad de buscar trabajo en el Estado de acogida.

El principio de igualdad de trato en materia de seguridad social, establecido en art. 4 del Reglamento 883/2004, está supeditado a los criterios de residencia fijados en la Directiva 2004/38/CE, en los términos que ha ido marcando la jurisprudencia del TJUE.

El derecho de residencia de los ciudadanos de la UE está condicionado por las limitaciones que, en el Derecho vigente, marca la Directiva 2004/38/CE. El problema se plantea por la separación o independización entre el criterio de residencia de la ciudadanía (sobre el que la Unión Europea tiene plenas competencias) y la protección social que queda en manos de los Estados miembros. Esto significa que tener reconocido un derecho de residencia no implica tener un "derecho al acceso a las prestaciones sociales" cuya universalidad no está reconocida ni en el ámbito del Derecho UE ni desde luego en el ámbito de los Derechos nacionales. Por eso, es posible que existan reglas restrictivas y discriminatorias en los Estados miembros en torno a la concesión de prestaciones sociales y asistencia social de los ciudadanos UE.

3. Los interrogantes que se abren son: ¿Qué alcance del derecho de residencia para buscar trabajo en la UE?¿Tienen el mismo tratamiento todos los demandantes de empleo?¿Van acceder a las prestaciones sociales en las mismas condiciones que los nacionales del Estado de acogida?¿Puede expulsarse a un ciudadano de la UE mientras siga buscando trabajo en la UE?

Desde la perspectiva de la protección social en el Estado de acogida, se permite a los Estados miembros un margen de discriminación en el marco de las prestaciones con carácter de asistencia social, pero no cuando sean medidas de reinserción

[8] Así se ha establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre otras, en la Sent. de 26 de febrero de 1991, Asunto C-292/89: *Antonissen*, apdo. 13; Sent. de 23 de marzo de 2004, asunto C-138/02: *Collins*, apdo. 36; Sent. de 12 de mayo de 1998, asunto C-85/96: *Martínez Sala*, apdo. 32

[9] Reglamento (CE) nº 492/2011, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión, *D.O.U.E.* núm. L 141, de 27-V-2011.

laboral o de acceso al empleo. Desde la perspectiva del mantenimiento derecho de residencia en el Estado de acogida, es relevante identificar el título que justifica dicha residencia y las posibilidades de expulsión del ciudadano por insuficiencia de recursos económicos.

II. Calificación de la prestación: ¿qué es una medida de asistencia social?

4. La valoración sobre la compatibilidad con el Derecho de la UE de la discriminación para el acceso al seguro básico de desempleo, primer aspecto que se aborda en la Sentencia *Alimanovic*, depende de la calificación de la medida. Para ello, resulta fundamental tener en cuenta una primera delimitación: asistencia social *versus* medidas de inserción laboral. El art. 24.2 de la Directiva 2004/38/CE permite excluir de la asistencia social a los ciudadanos de la UE durante todo el período que dure la búsqueda de empleo; en contrapartida, la libre circulación de trabajadores recogida en el art. 45.2 TFUE prohíbe la discriminación para las medidas destinadas a facilitar acceso al mercado trabajo. La ayudas destinadas a la "**inserción laboral**" no son asistencia social y forman parte de la igualdad de trato en el acceso al empleo, tal y como estableció el TJUE en los asuntos *Vatsouras and Koupatantze*.

El controvertido seguro básico de desempleo del Derecho alemán figura, formalmente, adscrito a las prestaciones especiales no contributivas a efectos del art. 70 y del Anexo X del Reglamento 883/2004[10]. A los efectos de este Reglamento, la consecuencia de esta inclusión es que aunque la asistencia social está fuera del ámbito material del Reglamento [art. 3.5.a)], sí quedarían incluidas las prestaciones sociales no contributivas a las que se refiere el art. 70. Estas prestaciones tienen un componente mixto, de seguridad social y asistencial, destinado a cubrir unos ingresos mínimos de subsistencia[11]. Desde esta perspectiva, tales medidas tendrían garantizada la igualdad de trato entre los nacionales de Estados miembros (art. 2 en relación con el art. 4 del Reglamento

[10] El Anexo X del Reglamento (CE) nº 883/2004, que fija el listado de las «prestaciones especiales en metálico no contributivas» a los efectos del art. 70.2.c), contiene, bajo la rúbrica «Alemania», la siguiente precisión: «[...] b) Prestaciones del seguro básico para demandantes de empleo encaminadas a garantizar la subsistencia, excepto si, en relación con estas prestaciones, se cumplen los requisitos de admisibilidad para percibir un suplemento temporal a raíz de la prestación por desempleo (apartado 1 del artículo 24 del libro II del Código Social).» *Vid.* la versión consolidada del Reglamento: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004R0883:20130108:ES:HTML.

[11] La diferencia en este caso entre el carácter contributivo o no de la prestación en lo que incide es en su carácter exportable (o no) a otro Estado miembro. Así, para las prestaciones no contributivas, a diferencia de lo que sucede con las prestaciones sociales contributivas, sí resulta válida la cláusula de residencia. Esto supone que las prestaciones no son exportables a otros Estados miembros (vid. art. 70.3) y que es aplicable la cláusula de residencia en el Estado de acogida (art. 70.4).

883/2004) y, en consecuencia, cualquier ciudadano podría acceder a estas ayudas en el Estado de acogida en las mismas condiciones que los nacionales de este.

Sin embargo, y aunque parezca paradójico, no es esta la conclusión. La inclusión de la medida entre las prestaciones sociales no contributivas del art. 70 del Reglamento (CE) nº 883/2004 no evita su caracterización como medida de asistencia social en el sentido de la Directiva 2004/38/CE. La medida de asistencia social es un concepto autónomo en el ámbito del régimen de la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE, no dependiente del régimen de coordinación de las prestaciones de la Seguridad Social establecida en el Reglamento (CE) nº 883/2004. En relación con la libertad de residencia de los ciudadanos UE, la asistencia social se ha entendido como:

"(…) referido a todos 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 y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida, que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado"[12].

Esto significa que una prestación especial no contributiva, en el sentido del art. 70 del Reglamento (CE) nº 883/2004, puede ser considerada como medida de asistencia social para la Directiva 2004/38/CE, lo que permite a los Estados miembros excluir de su asistencia social a los nacionales de otros Estados UE al margen del criterio de igualdad previsto en el citado art. 4 del Reglamento 883/2004. En definitiva, esto confirma la prevalencia del art. 24.2 de la Directiva 2004/38/CE a los efectos de poder introducir un principio de discriminación en el acceso a la asistencia social por parte de los ciudadanos de la UE, tal y como se estableció en el asunto *Dano*.

5. Siguiendo los parámetros interpretativos del concepto autónomo indicado, en el caso del seguro básico para demandantes de empleo del Derecho alemán se entiende que su finalidad esencial es garantizar los medios de subsistencia mínimos necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana. En consecuencia, el TJUE concluye con su caracterización como "prestaciones de asistencia social" a los efectos del citado art. 24.2 de la Directiva 2004/38/CE, y no como prestaciones económicas destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo. Con esto se

[12] Apdo. 61 de la Sent. TJUE de 19 de septiembre de 2013, Asunto C-140/12: *Brey*; y que reiteró la Sent. *Dano*, apdo. 63.

aparta de lo que había apuntado en el asunto *Vatsouras* y *Koupatantze*[13]. En la medida en que se considere que finalidad esencial de este seguro de desempleo es un medio para garantizar la subsistencia, estaríamos ante un supuesto de "asistencia social" y, por tanto, en el ámbito de discriminación permitida a los Derechos estatales entre sus propios nacionales y el resto de los ciudadanos de la UE.

III. Títulos de residencia e incidencia en las prestaciones sociales

6. Calificar la prestación del seguro básico de desempleo alemán como "asistencia social" permite excluir a quienes sean demandantes de empleo, tal y como permite el art. 24.2 de la Directiva. Ahora bien, importa precisar que la categoría "demandantes de empleo" abarca, en realidad, diferentes perfiles en función de su vinculación laboral previa (o no) con el Estado de acogida[14]. No todos los demandantes de empleo admiten el mismo tratamiento en la Directiva, sino que, en algunos casos, aún estando en situación de desempleo, mantienen durante un tiempo la condición de "trabajador", lo que les dota de una mayor cobertura social. Es decir, la cualidad de trabajador se pierde forma gradual, lo que repercute en el título que ampara su residencia y en el acceso a las prestaciones sociales.

A) Título como trabajador

7. Si ha existido una vinculación laboral previa, el ciudadano europeo en desempleo mantiene la condición de trabajador, tanto a los efectos de residencia como del acceso a las prestaciones sociales (art. 7.3 de la Directiva 2004/38/CE). Pueden darse dos tipos de situaciones en función de la duración de esa vinculación laboral: una es el paro involuntario después de haber estado empleado más de un año en el Estado de acogida; otra es el paro involuntario después de haber estado empleado menos de un año en el Estado de acogida. En ambos casos, es necesario que esté inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo.

En estas circunstancias, los ciudadanos europeos mantienen un derecho de residencia basado en la libre circulación de trabajadores, aunque con la exigencia de cierto grado de integración en el mercado de trabajo del Estado de acogida. Esta continuidad en la condición de trabajador garantiza no solo la residencia sino

[13] Así, en dicho asunto, aunque sin ser concluyente, se apuntó que "un requisito como el contenido en el artículo 7, apartado 1, del SGB II, que exige que el interesado sea capaz de ejercer una actividad profesional, podría constituir un indicio de que la prestación está destinada a facilitar el acceso al trabajo". (apdo. 14 de la Sentencia *Vatsouras* y *Koupatantze*).

[14] *Vid.* también esta distinción en el título de residencia en E. Guild, S. Peers y J. Tomkin, *The EU Citizenship Directive: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 139.

también todas las prestaciones para desempleados, tanto en su vertiente de reinserción laboral como en su vertiente asistencial. La condición en ambos casos es que debe tratarse de un demandante activo de empleo. Cumplido este requisito, el título de residencia de este demandante de empleo es el de trabajador y, por tanto, de no discriminación en el trato respecto de los nacionales del Estado de acogida.

8. La cuestión que se plantea entonces es: ¿puede limitarse temporalmente el mantenimiento de la condición de trabajador cuando ha pasado a ser desempleado y se ha convertido en demandante de empleo? Es decir, se trata de saber si la condición de trabajador se puede mantener *sine die.*

Si la vinculación laboral previa en el Estado de acogida ha sido de menos de un año, el mantenimiento de la condición de trabajador solo queda garantizado durante seis meses, al ser este el mínimo marcado en la Directiva 2004/38/CE. A partir de ahí queda en manos de los Derechos nacionales la posibilidad de prolongar esa situación. Si se opta por el mínimo de los seis meses, ello significa que, transcurrido ese período, el título que permite mantener la residencia del ciudadano de la UE en el Estado de acogida ya no se basará en su condición de "trabajador" sino en su condición de "demandante de empleo" [aplicando analógicamente el art. 14.4.b)], con las conocidas consecuencias a los efectos del art. 24.2 (es decir, la posibilidad de excluir a los ciudadanos de la UE de la asistencia social). Esta es precisamente la situación de la Sra. *Alimanovic*, quien habría trabajado menos de un año en Alemania y habría ya disfrutado de la prestación asistencial durante seis meses, pasados los cuales se le deniega su mantenimiento. En consecuencia, tal exclusión parece compatible con el sistema de mínimos actualmente establecido en el Derecho europeo.

Más controvertida es la situación si la vinculación laboral previa en el Estado de acogida ha sido de más de un año. En este caso, la respuesta no es tan clara, dado que, a diferencia del supuesto anterior, nada se deriva de la Directiva en este supuesto. Tampoco aclara este extremo la Sentencia *Alimanovic*, que se limita a solucionar el asunto litigioso planteado. Como mínimo, habría que aplicar aquí el criterio del supuesto anterior: es decir, un mantenimiento en la condición de trabajador de, al menos, seis meses. También podría afirmarse que si el ciudadano UE ha logrado llegar al estatuto de residente permanente en el Estado de acogida (después de una residencia continuada de cinco años) tendría garantizada la residencia y la igualdad en el trato en la cobertura social a los nacionales del Estado de acogida[15]. En el resto de los supuestos, habría que entender que mantendría la

[15] Conforme al art. 16 de la Directiva 2004/38/CE, ese derecho de residencia permanente ya no estará sujeto a condicionantes económicos.

condición de trabajador al menos durante el período en el que esté percibiendo, conforme a la normativa de la Seguridad Social, una prestación contributiva por desempleo en dicho Estado[16].

B) Título como demandante de empleo

9. Si el ciudadano de la UE se desplaza a otro Estado de la UE con la finalidad de buscar empleo en dicho Estado, sin vinculación laboral previa con el mismo, estaríamos estrictamente ante el ejercicio de la libre circulación para la búsqueda de empleo en otro Estado miembro. Es decir, el título de residencia que podría invocar en este supuesto el demandante de empleo es el art. 14.4.b) de la Directiva. Obsérvese que, en la perspectiva del caso *Alimanovic*, la pérdida de su condición de trabajadora debido al tiempo transcurrido determinaría que su título de residencia sea, exclusivamente, como demandante de empleo, asimilándose a estos efectos a quien se desplaza al Estado de acogida a buscar un primer empleo.

El ejercicio de la libre circulación con la finalidad de buscar empleo en otro Estado miembro supone un coste y un riesgo que debe asumir el ciudadano que se desplaza con este objetivo. Como se ha indicado, pueden quedar claramente excluidos de las ayudas meramente asistenciales, sobre la base del art. 14.4.b) en relación con el art. 24.2 de la Directiva)[17].

10. Desde la perspectiva de la residencia, ni la Directiva 2004/38/CE ni los Derechos nacionales de transposición (como ocurre en el Derecho español) formulan en sentido positivo un derecho de residencia específico en relación con los demandantes de un primer empleo, sino que el mismo se deriva más bien de una regulación negativa: no podrán ser expulsados mientras puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados.

El derecho de residencia vinculado a la búsqueda de empleo presenta unos contornos difusos, ya que los Derechos nacionales pueden precisar la duración y el contenido de la situación de demandante “activo” de empleo[18]. La fijación temporal

[16] Este es un resultado lógico y coherente con las propias previsiones de la legislación general de extranjería del Derecho español, que prevé expresamente la renovación de la autorización de residencia y trabajo cuando se haya otorgado al extranjero una prestación contributiva por desempleo [art. 38.6.c) de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

[17] Ver en este sentido también los apdos. 97 y 98 de las Conclusiones del Abogado General M. Wathelet, en el asunto *Alimanovic*.

[18]El art. 7.3 de la Directiva exige que conste inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar trabajo. La jurisprudencia del TJCE ha ido reforzando la idea de que debe tratarse de un demandante “activo” de empleo, lo que requiere acreditar algunos extremos tales como acudir a entrevistas de trabajo. Así,

establecida ha partido de que el plazo de seis meses puede entenderse razonable "a no ser que el interesado pruebe que continúa buscando un empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado" (asunto *Antonissen*)[19]. Esta ha sido la tendencia de las últimas reformas en el Reino Unido y en Alemania[20].

11. Desde la perspectiva de las prestaciones sociales, solo tendrían derecho, en los términos indicados, a las ayudas a la inserción laboral. Aún en este ámbito, se han permitido exigencias adicionales de los Derechos nacionales de integración o vinculación real en el mercado laboral de dicho Estado[21]. Esto permite entender compatible con el Derecho UE el establecimiento de un período de carencia. Así, por ejemplo se considera que los Estados pueden exigir acreditar un período previo de residencia en el Estado de acogida que demuestre un vínculo real con el mercado de trabajo, para lo que sería suficiente probar que durante un período de tiempo se ha estado buscando empleo en dicho Estado (asunto *Collins*)[22]. Precisamente este período de carencia para el acceso a medidas de inserción laboral es el elemento controvertido en el asunto pendiente *García Nieto*, que, en consonancia con la línea jurisprudencial anterior y en contra del criterio del Abogado General[23], debería entenderse compatible con el Derecho UE.

---

por ejemplo, en el Derecho español, para las Rentas Activas de Inserción (RAI) se establecen condiciones específicas para considerarse demandante activo de empleo: buscar activamente empleo sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales u otras para incrementar la ocupabilidad (*vid.* la información detallada sobre los requisitos en http://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_prestaciones/folleto_rai_esp.pdf).

[19] En este sentido, la Sent. en el asunto *Antonissen*.

[20] Precisamente una de las reformas planteadas por el Gobierno británico es legalizar ese período de 6 meses como posible motivo de expulsión: http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2014/11/the-nine-labours-of-cameron-analysis-of.html

[21] Para la jurisprudencia del TJUE, resulta legítimo que el legislador nacional solo conceda tal prestación tras asegurarse de la existencia de un vínculo real entre el demandante de empleo y el mercado laboral de este Estado (Sent. de 11 de julio de 2002, *D'Hoop*, C-224/98, apdo. 38; planteamiento reiterado en los asuntos *Vatsouras* y *Koupatantze*).

[22] La existencia de este vínculo podría comprobarse, en especial, mediante la constatación de que la persona de que se trate ha buscado empleo de manera efectiva y real en el Estado miembro en cuestión durante un período razonable (Sent. en el asunto *Collins*, antes citada, apdo. 70)

[23] El supuesto fáctico del caso *García Nieto* parte de una denegación de una prestación por no haber tenido residencia previa en Alemania durante, al menos 3 meses (el demandante había llegado en junio de 2012 y discutía la prestación correspondiente a los meses de agosto y septiembre de ese mismo año). El Abogado General M. Wathelet concluye una disposición de este tipo, que excluye de las prestaciones que facilitan el acceso al trabajo a los nacionales de otros Estados miembros durante los tres primeros meses de su residencia en

12. Como venimos diciendo, la invocación de un título de residencia sobre la base exclusiva del art. 14.4.b) permite excluir a dichos demandantes de empleo a las ayudas de asistencia social del Estado de acogida. La claridad de esta base normativa exoneraría de argumentación adicional para justificar tal resultado. Sin embargo, el TJUE no renuncia en el asunto *Alimanovic* a introducir el criterio, reiterado en su jurisprudencia, de la denegación de prestaciones con base en la "insostenibilidad" para la asistencia social del Estado de acogida. Es decir, resultaría insostenible para Alemania mantener durante más tiempo la asistencia social a la Sra. *Alimanovic.* Lo relevante en este caso es que el TJUE no realiza el test de "la carga social excesiva" para el Estado de acogida de forma individual sino basándose en un perfil general de aplicación automática. Indiciariamente eso ya había sucedido en el caso *Dano*. En el asunto *Dano*, frente a su jurisprudencia anterior, el TJUE permite la denegación de la prestación social a la ciudadana rumana sin plantearse la proporcionalidad de la decisión adoptada para el caso concreto[24]. El motivo no se encuentra explicitado en la Sentencia, aunque puede inferirse, a la vista de los razonamientos incluidos en la misma: la identificación del perfil de la solicitante como desempleada, que nunca ha buscado empleo en Alemania, y que se ha desplazado a este con la presunción (explicitada por el TJUE) de pretender aprovecharse del sistema asistencial alemán[25]. Con *Alimanovic* se incorpora un nuevo perfil: los ciudadanos que llevan en situación de desempleo más de seis meses después de haber tenido una corta vinculación laboral en el Estado de acogida (menos de un año). La identificación de estos perfiles supone establecer un cierto grado de objetivación en el criterio de la carga social, que se va consolidando frente a la inicial prohibición de la aplicación automática de reglas generales[26]. Ciertamente el

el Estado de acogida es contraria art. 45.2 TFUE, sin darles la posibilidad de demostrar la existencia de un vínculo real con el mercado de trabajo del Estado miembro de acogida.

[24] *Cf.* P. Jiménez Blanco, *loc. cit.*, p. 11. Conforme a la línea que venía marcando el Tribunal de Justicia, antes de la expulsión debía valorarse la proporcionalidad y necesidad de la medida sobre la base de la carga social para el Estado de acogida, tal y como se estableció en los asuntos *Gzrelczyk* (Sent. TJCE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99, apdos. 44 y 45) y *Brey* (apdos. 67 y ss.).

[25] Apdo. 78 de la Sentencia *Dano*.

[26] El Derecho UE prohíbe los análisis generalizados y colectivos: la determinación de la "carga social" debe hacerse de forma individualizada, utilizando criterios tales como la temporalidad en la necesidad de recursos, el tiempo de residencia en el Estado de acogida, etc. *Vid.* el art. 28.1 de la Directiva en relación con el Considerando 16. *Vid.* una aplicación de estos criterios en el asunto *Brey*: "En particular, en un asunto como el del litigio principal, es necesario que las autoridades competentes del Estado miembro de acogida, cuando examinen la solicitud de un ciudadano de la Unión que no ejerza una actividad económica y que se encuentre en una situación como la del Sr. Brey, puedan tener en cuenta, en particular, la importancia y la regularidad de los ingresos de los que dispone éste, el hecho de que éstos hayan llevado a las citadas autoridades a expedirle un certificado de registro, así como el período durante el que la prestación solicitada puede abonársele. Por otro lado, para apreciar con mayor precisión la dimensión de la carga que representaría tal abono para el sistema nacional de asistencia social, puede ser pertinente determinar, como alegó la Comisión en la vista, la proporción

análisis individualizado tiene en la práctica un alcance relativo, porque la concesión a título individual de una prestación no puede ser discriminatoria en el ámbito interno: si se concede a una persona en unas circunstancias deberá concederse a los demás en las mismas circunstancias. Ello supone que la valoración desde la perspectiva de la carga social exige verificar el impacto del perfil elegido en función de los potenciales beneficiarios que se encuentren en idéntica situación, por aplicación de un principio mínimo de igualdad en el acceso a las prestaciones sociales. En el caso *Alimanovic*, el análisis del impacto sobre la carga social no solo se hace sobre la base del potencial número de beneficiarios en la aplicación de una medida, sino también invocando en este ámbito la seguridad jurídica y la transparencia del criterio[27]. Con ello, se finaliza la tendencia expansiva de la jurisprudencia del TJUE que, interpretando ampliamente la competencia de la UE sobre la libre circulación de ciudadanos comunitarios, limitaba la capacidad de maniobra de los Estados miembros en su ámbito competencial sobre la asistencia social[28].

IV. Mantenimiento de la residencia de los demandantes de empleo sin prestaciones: ¿hasta cuándo?

13. El problema que subyace en *Alimanovic*, aunque no se hace explícito en la Sentencia, es la consecuencia de excluir de la asistencia social a los demandantes de empleo sobre su derecho de residencia en el Estado de acogida. En este contexto, el interrogante es si, detectada una insuficiencia de recursos del ciudadano UE que haga inviable su sostenimiento propio, ello determina una pérdida inmediata en el derecho de residencia en el Estado de acogida y, en consecuencia, su posible expulsión del mismo[29]. Existen casos claros en los que no repercute la insuficiencia de recursos económicos en el mantenimiento de la residencia, como ocurre en quienes reúnen la condición de trabajador (entendida en el sentido amplio que antes vimos) y los residentes permanentes, que no tienen condicionantes económicos para la residencia. En el otro extremo se sitúan los ciudadanos de la UE cuya residencia está vinculada a la suficiencia de recursos. Tal es el caso de los ciudadanos económicamente inactivos y de los desempleados que no puedan caracterizarse como demandantes activos de empleo. En estos casos, la insuficiencia de recursos puede determinar la pérdida del derecho de residencia.

---

de beneficiarios de dicha prestación que tienen la condición de ciudadanos de la Unión titulares de una pensión de vejez en otro Estado miembro" (apdo. 78).

[27] Apdo. 61 de la Sent. *Alimanovic*.

[28] *Vid.* sobre esta línea jurisprudencial M.A. Martín Vida, *loc. cit.*, pp. 126 y ss.

[**29**] *Vid.* en esta clave S. Peers, "In light of the Dano judgment, when can unemployed EU citizens be expelled? ", http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2014/11/in-light-of-dano-judgment-when-can.html.

Entre un extremo y otro cabe situar a los demandantes activos de empleo. Estos constituyen, en el régimen de la ciudadanía europea, un perfil singular en la medida en que, estrictamente, son ciudadanos económicamente inactivos pero su derecho de residencia no se basa en la acreditación de suficiencia de recursos económicos para subsistir, sino en la mera posibilidad de acceder a un empleo en el Estado de acogida. En este contexto, el citado art. 14.4.b) de la Directiva 2004/38/CE blinda al demandante activo de empleo frente a una posible expulsión del Estado de acogida aunque carezca de recursos. Siendo esto así, la cuestión es si puede, y cómo puede, conciliarse este precepto con una posible limitación temporal para buscar empleo en el Estado de acogida, transcurrido el cual pueda procederse a su expulsión.

La Sent. *Alimanovic* presupone una equivalencia entre la carga social insostenible que supondría el ciudadano para el Estado de acogida y, la posibilidad de su expulsión por "insostenibilidad" para el erario público (apdo. 59 de la Sentencia). Sin embargo, tal equivalencia debe matizarse cuando se trata de demandantes de empleo. En efecto, como venimos diciendo, debe distinguirse el derecho de residencia en la UE vinculado a la suficiencia de recursos económicos del derecho de residencia de los demandantes de empleo.

14. En el primer caso, se encontraría el perfil del asunto *Dano*, es decir, un ciudadano desempleado que no busca empleo. En este supuesto, la insuficiencia de recursos puede justificar, por sí misma, una causa de expulsión[30]. En tales situaciones, los ciudadanos carecen del blindaje frente a la expulsión, de modo que cabría invocar ante ellos motivos diferentes al orden público, a la seguridad pública y a la salud pública, para su expulsión (tal y como se deriva del art. 15.1)[31]. La propia

[30] Así se deduce del art. 14.3 de la Directiva que, al establecer que el recurso a la asistencia social del Estado miembro de acogida no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión, está admitiendo implícitamente que la insuficiencia de recursos puede suponer la expulsión de dicho ciudadano. La fijación de una precaución de ese tipo solo tiene sentido si partimos de la posibilidad de que tal medida de expulsión es posible basada en la pérdida del derecho de residencia si no se mantienen las condiciones exigidas (art. 15.1 y 2 de la Directiva).

[31] El art. 15.1 de la Directiva 2004/38/CE establece "(l)os procedimientos previstos en los artículos 30 y 31 se aplicarán, por analogía, a toda decisión que *restrinja la libertad de circulación del ciudadano de la Unión o los miembros de su familia por motivos que no sean de orden público, seguridad pública o salud pública*" (la cursiva es nuestra), de lo que claramente se infiere la utilización de otras causas para restringir la libertad de circulación de los ciudadanos de la UE. No cierra esta posibilidad el planteamiento del TJUE en la Sent. *Comisión c. los Países Bajos* al establecer que las garantías de expulsión por orden público, seguridad pública o salud pública deben ser aplicadas "al margen de la situación legal o no de residencia del ciudadano UE" (Sent. TJ de 7 de junio de 2007, asunto C-50/06). En este caso, se trataba de un ciudadano, residente "ilegal" en los Países Bajos que carecía de recursos económicos para estar en el país, que era objeto de expulsión por condena

Directiva 2004/38/CE presupone la posibilidad de expulsión por pérdida del derecho de residencia (lo que en estos casos equivale, insistimos, a pérdida de recursos económicos). Aún en este caso, la expulsión no debería ser automática mientras no se conviertan en una "carga excesiva" para la asistencia social del Estado miembro de acogida[32]. No obstante, como ya dijimos, el asunto *Dano* ha permitido automatizar esa respuesta una vez identificado ese concreto perfil.

15. En el segundo caso, el perfil sería un ciudadano desempleado demandante activo de empleo que se encuentra en el Estado de acogida (y ya ha perdido su condición de trabajador) o se desplaza a este Estado para buscar trabajo. En este contexto, el derecho de residencia se basa exclusivamente en la búsqueda de empleo y no está vinculado a la suficiencia de recursos económicos. Tampoco el Estado de acogida, en los términos que hemos visto, se encuentra obligado a "asistir" al ciudadano. Si, legalmente, el Estado de acogida puede excluirle de la asistencia social, difícilmente puede entenderse que se convierta en una carga social insostenible para dicho Estado como motivo para justificar su expulsión. Dicho de otro modo, la formulación de un criterio de residencia al margen de los requisitos económicos permite mantener esa residencia mientras se sigan cumpliendo las condiciones y, además, sin que el Estado de acogida esté obligado a darle cobertura de asistencia social.

16. El interrogante se plantea, en este caso, de modo diverso en las situaciones *Dano* y *Alimanovic* porque los supuestos de base son diferentes. Cabe denegar a *Alimanovic* la cobertura a través del seguro básico de desempleo, pero la pregunta es hasta cuándo se permite mantener una residencia en el Estado de acogida, que puede, con el transcurso del tiempo, devenir en una situación de grave riesgo de exclusión social. Fácilmente imaginables son, en este sentido, los riesgos derivados de un desempleo de larga duración. Si es criterio de la insostenibilidad para el erario público ya no es argumento para limitar la residencia, la cuestión es determinar si cabe fijar un límite temporal máximo a la residencia para buscar empleo, en la línea marcada por el Reino Unido o Alemania. El problema se haría aún más complejo si ese tiempo de residencia para búsqueda de empleo se computa a los efectos de una eventual adquisición de residencia permanente en el Estado de acogida[33] que

---

penal, respecto de la cual debían aplicarse las garantías derivadas de la Directiva 64/221/CEE, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (ahora incorporadas a la Directiva 2004/38/CE).

[32] *Vid.* el art. 14.3 en relación con el Considerando 16 de la Directiva.

[33] *Vid.* a efectos de este cómputo E. Guild, S. Peers y J. Tomkin, *op. cit.*, p. 139 y p. 192.

obligaría, desde ese momento, al Estado de acogida asumir la asistencia social del mismo.

El TJUE, en el asunto *Antonissen*, admitió limitar la residencia de estos ciudadanos cuando se pronunció por la compatibilidad con el Derecho de la UE del art. 143 de la *Immigration Act* británica que permitía la expulsión del ciudadano UE demandante de empleo cuando hubieran transcurrido más de seis meses sin encontrar trabajo[34]. Ahora bien, aun en ese caso se dijo que no podría ser expulsado "si el interesado prueba que continúa buscando un empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado" [35]. De este modo, sería contrario al Derecho de la UE el establecimiento de un plazo máximo temporal de residencia de aplicación automática sin dar la oportunidad al demandante de empleo de acreditar esos extremos[36]. Entramos aquí en la apreciación y evaluación que puede hacer cada autoridad estatal, basándose en cada circunstancia individual. Pero, de la misma manera que ha ido ocurriendo en la valoración del test de la "carga social", algo parecido podría ocurrir con la valoración de las "verdaderas oportunidades de ser contratado", para cuya apreciación el Estado podría gozar de un margen de discrecionalidad. Nuevamente aquí podrían ir identificándose perfiles de ciudadanos cuya oportunidad real de ser contratados es mínima: piénsese, por ejemplo, en desempleados mayores de una determinad edad y sin cualificación. Los ciudadanos europeos que se encontraran en estas circunstancias serían precisamente los candidatos a expulsión del Estado de acogida. Mantener un derecho de residencia en estos casos, sin cobertura social, puede generar situaciones de exclusión social de los ciudadanos UE produciendo un efecto sin duda no deseado por el régimen de la libre circulación de personas.

---

[34] Sent. *Antonissen*; también en el asunto *Trojani* (Sent. TJUE de 7 de septiembre de 2004, asunto C-456/02, apdo. 45) se reconoció la posibilidad de expulsión si un ciudadano UE perdía la residencia por carencia de recursos.

[35] A tales efectos, la página web de la Unión Europea establece una serie de indicaciones para el demandante de empleo para probar su condición, tales como guardar una copia *de tus demandas de empleo, las respuestas de las empresas, las citas para las entrevistas, etc.* También subraya la conveniencia de inscribirse *en la oficina de empleo del* Estado de acogida http://europa.eu/youreurope/citizens/residence/jobseekers/residence-rights/index_es.htm.

[36] Así, en la Sent. TJ de 20 de febrero de 1997, asunto C-344/95: *Comisión* c. *Bélgica*, se declaró contraria al Derecho comunitario una norma belga que los ciudadanos de otros Estados miembros debían recibir una orden de abandonar el país si, transcurridos tres meses desde su solicitud de establecimiento en Bélgica, no habían encontrado trabajo. Lo controvertido de la norma era su aplicación automática.

V. Conclusiones

17. Conforme al contexto normativo y jurisprudencial analizado, en relación con los ciudadanos de la UE, el Estado de acogida puede:

- Limitar la condición de trabajador, respetando un mínimo de seis meses, para los desempleados que hayan tenido una vinculación laboral previa de al menos un año en el Estado de acogida.

- Limitar la condición de trabajador para los desempleados que hayan tenido una vinculación laboral previa de más de un año en el Estado de acogida. Debe denunciarse, sin embargo, que para este supuesto existen una laguna en la Directiva 2004/38/CE al no fijar el mínimo que, en todo caso, deberían respetar los Derechos nacionales.

- Excluir de la asistencia social a los demandantes de empleo que ya no reúnan la cualidad de trabajador o se hayan desplazado al Estado de acogida con el fin de encontrar un trabajo.

- Establecer un período de carencia para acceder a los subsidios destinados a la reinserción laboral, de modo que la entrada en el Estado no genere inmediatamente el derecho a los mismos.

- Fijar un límite temporal máximo de residencia de los demandantes de empleo, siempre que no funcione de manera automática y se determinen las posibilidades reales de acceso al mercado laboral en el caso concreto.

18. Sin embargo, resultarían contrarias al Derecho europeo soluciones del Estado de acogida que impliquen:

- Excluir de la protección social, incluida la asistencial, a quienes hayan quedado en situación de desempleo después de haber tenido una vinculación laboral previa en el Estado de acogida.

- Excluir a los demandantes activos de empleo de ayudas a la reinserción laboral.

- Denegar un derecho de residencia a los demandantes activos de empleo por insuficiencia de recursos para subsistir.

- Fijar un límite temporal máximo de residencia de carácter general, de aplicación automática, para la búsqueda de empleo.