

**LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS Y, EN PARTICULAR, DE
LOS ABOGADOS QUE SE DESPLAZAN DENTRO DE LA COMUNIDAD
EUROPEA**

Sean VAN RAEPENBUSCH

Letrado del TJCE
Profesor en la Universidad de Liège

1. Objetivo. Las diferencias entre las legislaciones nacionales de seguridad social constituyen una fuente de obstáculos para la movilidad de los trabajadores dentro de la Comunidad, razón por la cual los autores del Tratado de Roma confiaron expresamente al Consejo la misión de adoptar las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores –por cuenta ajena- en el campo de la seguridad social. En este sentido, el art. 42¹ del Tratado prevé, en concreto, la creación de un sistema que permita asegurar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes:

- a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones, así como para el cálculo de éstas,;
- b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

Se trata simplemente de dos posibles medios entre un conjunto de medidas que corresponde al Consejo tomar para promover la libre circulación de los trabajadores².

¹ Tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el Parlamento europeo está directamente asociado a la acción legislativa dado que el nuevo art. 42 del Tratado invoca el procedimiento de codecisión tal y como está organizado en el art.251 del mismo tratado.

² Véanse las sentencias de 19 de marzo de 1964, Unger, 75/63, Rec. p. 362; de 19 de junio de 1964, Nonnenmacher, 92/63, Rec. p. 557 ; de 16 de julio de 1964, Van der Veen, 100/63, Rec. p. 1105 ; de 12 de julio de 1984, Patteri, 242/83, Rec. p. 3171.

En sus primeras sentencias sobre la materia, el Tribunal de Justicia hizo uso del ex-artículo 51 del Tratado y del derecho que de él deriva en el contexto de la libertad de circulación usando el método de la interpretación teleológica. Así, en repetidas ocasiones estimó que «los artículos 48 a 51 del Tratado (convertidos en artículos 39 a 42) se oponen a que, como consecuencia del ejercicio de su derecho a la libre circulación, los trabajadores migrantes pierdan beneficios de seguridad social que les asegura la legislación de un Estado miembro; una consecuencia de este tipo podría disuadir a los trabajadores comunitarios de ejercer su derecho a la libre circulación y constituiría, por tanto, un obstáculo a dicha libertad» (sentencia de 9 de diciembre de 1993, Lepore e.a., C-45 y 46/92, Rec. p. I-6535; véanse en el mismo sentido las sentencias de 4 de octubre de 1992, Paraschi, C-349/87, Rec. p. I-4501, apartado 22; de 30 de marzo de 1993, de Wit, C-282/91, Rec. p. I-1238; de 5 de marzo de 1994, Van Munster, C-165/91, Rec. p. I-4661).

2. Trabajadores por cuenta propia. El Tratado no contiene disposiciones expresas análogas a las del art. 42 que hubieran permitido poner fin a los obstáculos inherentes a la seguridad social en relación a la libre circulación de las personas que ejercen una actividad por cuenta propia en el marco del derecho de establecimiento y de la libre prestación de los servicios.

La coordinación de los regímenes de seguridad social aplicables a los trabajadores por cuenta propia, que la Comisión ya había considerado durante la revisión de los reglamentos n^{os} 3 y 4, en 1966, pero que no aparecería recogida en el texto, se demostró especialmente indispensable ante los progresos efectuados en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios, debido a la evolución de los sistemas de seguridad social de los seis Estados miembros originarios, que tendían a asegurar o reforzar cada vez más la protección social de los trabajadores por cuenta propia y, por último, al hecho de que en dos de los nuevos Estados miembros en 1973 los trabajadores por cuenta propia gozaban de la misma protección social, o casi, que los trabajadores por cuenta ajena.

Fue necesario esperar hasta 1981 para asistir a la aprobación del reglamento (CEE) n^o 1390/81³, basado especialmente en el antiguo art. 235 (convertido en artículo 308) del Tratado, que extendía los Reglamentos n^{os} 1408/71 y 574/72 a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de su familia. Después de esta fecha, la legislación comunitaria se aplica a los abogados y al resto de los trabajadores por cuenta propia.

3. Funcionarios y estudiantes. Este movimiento de extensión personal de los Reglamentos se ha efectuado en el contexto del establecimiento de un «espacio sin fronteras», previsto en el art. 14 del Tratado, para permitir que en el futuro se beneficien de la coordinación comunitaria de las legislaciones en materia de seguridad social todas las personas aseguradas, es decir, cubiertas por un régimen de seguridad social de un Estado miembro, cualquiera que sea su condición (estudiantes en cuanto tal, funcionarios, inactivos).

En este sentido el Consejo ha adoptado recientemente dos Reglamentos: el Reglamento n^o 1606/98, de 29 de enero de 1998⁴, que tiene por objeto extender la reglamentación

³ DOCE n^o L 143, de 29 de mayo de 1981.

⁴ DOCE n^o L 209, de 25 de julio de 1998

comunitaria a los regímenes especiales de funcionarios y el Reglamento n° 307/99, de 8 de febrero de 1999⁵, para su extensión a los estudiantes.

4. Nacionales de terceros países. Había llegado el momento, en los albores del siglo XXI, de extender el beneficio de la coordinación de los regímenes de seguridad social de los Estados miembros a los nacionales de países terceros, en su calidad de tal, cuando residen regularmente en la Comunidad. Esto se llevó a cabo tras la entrada en vigor el 1 de junio de 2003 del Reglamento (CE) n° 859/2003⁶, aprobado después del Consejo europeo de Tampere, que, en octubre de 1999, había preconizado un trato equitativo para los nacionales de terceros países que residen legalmente en la Unión y el acercamiento de su estatuto jurídico al de los nacionales de los Estados miembros.

Dicha extensión no significa que un nacional de un tercer país tenga derecho a circular libremente dentro de la Comunidad, sino que quien ha circulado regularmente dentro de la Comunidad de ahora en adelante está protegido. Ni más ni menos⁷. Se ha de mencionar a este respecto la influencia que seguramente ha ejercido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en su sentencia *Gaygusuz/Austria*, aplicó el principio de no discriminación a propósito de la concesión de prestaciones de seguridad social a un nacional turco⁸.

El Reglamento n° 859/2003 se limita a extender la aplicación de los Reglamentos n°s 1408/71 y 574/72 «a los nacionales de terceros países que debido únicamente a su nacionalidad no estén ya cubiertos por estas disposiciones, así como a los miembros de su familia y a sus supervivientes, siempre que se encuentren en situación de residencia legal en un Estado miembro y en una situación en la que todos los elementos no estén situados únicamente en el interior de un solo Estado miembro (art. 1).

El art. 2 del Reglamento n° 859/2003 comprende importantes disposiciones transitorias tendentes, en su conjunto, a garantizar la aplicación del Reglamento para el futuro (a partir del 1 de junio de 2003), incluidos los efectos futuros de situaciones nacidas en el pasado, basándose en el modelo de lo que ya figura en el Reglamento n° 1408/71, especialmente cuando éste fue extendido a los trabajadores por cuenta propia en 1981.

⁵ DOCE n° L 38, de 12 de febrero de 1999

⁶ Reglamento (CE) n° 859 de 2003 del Consejo de 14 de mayo de 2003 por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y del Reglamento (CEE) n° 574/72 a los nacionales de terceros países que no estén ya cubiertos por estas disposiciones debido únicamente a su nacionalidad, DOCE L 124 de 20 de mayo de 2003, p. 1.

Se puede constatar que este Reglamento se basa en el artículo 63, apartado 4, CE, que forma parte del título IV «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de las personas que incorpora en el pilar comunitario una parte del tercer pilar, a raíz del Tratado de Amsterdam.

Esto explica que Dinamarca no participara en la adopción de este reglamento, de conformidad con los arts. 1 y 2 del protocolo sobre la posición de Dinamarca, que figura como anexo al TUE. Por tanto no está vinculada al Reglamento.

Hay que recordar que antes los nacionales de terceros países ya estaban cubiertos por el Reglamento n° 1408/71 en su calidad de cónyuge o de miembro de la familia de un trabajador comunitario, de apátrida o refugiado, o protegidos en virtud de acuerdos firmados entre la Comunidad y algunos terceros Estados, especialmente Turquía y los países del Magreb

⁸ V.H. Verschuere, «EC social security coordination excluding third country nationals: still in line with fundamental rights after *Gaygusuz* judgment?», *CML Rev.*, 1997, p. 991; D. Pieters, «The legal foundations of a possible extension of Community provisions on social security to third country-nationals legally residing and/or moving in the European Union» en P. Schoukers (ed.): *Prospects of Social Security coordination*, Leuven, Acco, 1997, p. 15.

5. Estado actual de la reglamentación. Los Reglamentos n^{os} 1408/71 y 574/72, modificados en repetidas ocasiones, fueron puestos al día por el Reglamento (CE) n 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996⁹, y, después de esta fecha, han sido modificados varias veces¹⁰.

La Comisión presentó al Consejo, en diciembre de 1998, una propuesta de reglamento que modificaba profundamente el Reglamento n^o 1408/71 con el objeto de simplificarlo, como consecuencia del llamamiento que había hecho en este sentido el Consejo europeo en Edimburgo en 1992¹¹, Esta propuesta, que no se examinará en esta sede, sigue siendo objeto de examen.

6. Plan. Nos proponemos exponer, en sus líneas generales, la reglamentación comunitaria relativa a la seguridad social de los trabajadores migrantes, tal y como es interpretada por el Tribunal de justicia, centrándonos en los aspectos que podrían afectar especialmente a los abogados, aunque se trate de una reglamentación horizontal que es de aplicación a todos los trabajadores, por cuenta ajena y por cuenta propia, que se encuentran en una situación que conlleva un elemento de extranjería, así como a los miembros de su familia.

Este estudio comprende dos partes. La primera parte está consagrada a la delimitación del campo de aplicación (material, personal y territorial) de los Reglamentos n^{os} 1408/71 y 574/72; la segunda parte está dedicada al examen de los principios que rigen la coordinación de los regímenes nacionales de seguridad social (igualdad de trato, determinación de la legislación aplicable, conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición, cooperación leal) y a sus consecuencias para cada una de las ramas de la seguridad social cubiertas, incluidas las disposiciones relativas a la regulación de la acumulación de prestaciones.

Es obvio, dada la extensión de la materia, que no ha sido posible, en el marco del presente estudio, abordar detalladamente el conjunto de las reglas de coordinación aplicables a las diferentes ramas de la seguridad social que sirven para determinar la extensión de la cobertura social de un abogado que haya ejercido su derecho a la libre circulación.

⁹ DOCE n^o L 28 de 30 de enero de 1997, p. 1

¹⁰ La última vez por el Reglamento (CE) n^o 1386/2001, DOCE n^o L 187, de 10 de julio de 2001, p.1.

¹¹ Véase la propuesta de reglamento (CE) del Consejo relativa a la coordinación de los sistemas de seguridad social, presentada por la Comisión al Consejo en diciembre de 1998 (Doc COM (1198) 779 fina).

TÍTULO I EL CAMPO DE APLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS N° 1408/71 Y N° 574/72

CAPÍTULO 1 EL CAMPO DE APLICACIÓN MATERIAL

7. Noción de seguridad social. El Reglamento n° 1408/71 no cubre todas las prestaciones de seguridad social previstas por las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Hubiera sido extremadamente difícil proponer una definición "por comprensión" de la noción de seguridad social a la que se remitiese la reglamentación comunitaria en materia de seguridad social de los trabajadores migrantes para delimitar su campo de aplicación material.

Por otra parte, el Reglamento n° 1408/71 no tiene en absoluto por objeto definir qué es o no una prestación de seguridad social, cometido que se revelaría altamente aleatorio si se tienen en cuenta las disparidades existentes entre las legislaciones nacionales a este respecto, no se trata de armonizar¹², ni tampoco de la evolución constante de la noción de seguridad social.

El artículo 4 del Reglamento n° 1408/71 se limita a enumerar, en su apartado 1, las ramas de la seguridad social cubiertas por el Reglamento, a saber:

- las prestaciones de enfermedad y de maternidad;
- las prestaciones de invalidez; comprendidas las que están destinadas a mantener o a mejorar la capacidad de ganancia;
- las prestaciones de vejez y de supervivencia;
- las prestaciones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional;
- los subsidios de defunción;
- Las prestaciones de desempleo;
- las prestaciones familiares¹³.

¹² Si se tratara de la armonización de los regímenes de seguridad social, sería pertinente referirse tanto al artículo 137, apartado 3, del tratado (el Consejo decide por unanimidad, a propuesta de la Comisión, tras consultar al Parlamento europeo, al Comité Económico y social y al Comité de las Regiones), como al artículo 138 (diálogo social).

¹³ Hay que destacar que actualmente la prestación de prejubilación no está comprendida en el campo de aplicación del Reglamento, lo que no significa en absoluto que su titular no pueda ser considerado como un trabajador en el sentido de la letra a) del artículo 1 del Reglamento y beneficiarse, en calidad de tal, de las disposiciones del mismo, especialmente en el campo de la asistencia sanitaria, en virtud del artículo 19 del Reglamento n° 1408/71. La jurisprudencia ha establecido que «la definición de trabajador por cuenta ajena (o por cuenta propia) establecida en la letra a) del artículo 1 del Reglamento n° 1408/71 por lo que se refiere a la aplicación del mismo tiene un alcance general y cubre a toda persona que, ejerciendo o no una actividad profesional, esté asegurada con arreglo a la legislación de seguridad social de uno o varios Estados miembros (sentencia de 31 de mayo de 1979, Pierick, 182/78, Rec. p. 1977).

Sin embargo, varias sentencias del Tribunal ponen de manifiesto las lagunas de la reglamentación comunitaria frente a los trabajadores prejubilados. En este sentido, el Tribunal ha juzgado que un Estado miembro tiene derecho a retener cotizaciones del seguro de enfermedad de las indemnizaciones de prejubilación (o de jubilaciones complementarias), al no depender del campo de aplicación material del Reglamento n° 1408/71, que son pagadas a las personas que residen en otro Estado miembro en el que ya se benefician, en virtud de la legislación de ese Estado, de prestaciones de enfermedad. El principio de unicidad de la legislación aplicable (especialmente en materia de percepción de las cotizaciones de seguridad social) no se puede aplicar a favor de los beneficiarios de una prejubilación o de una jubilación complementaria que no están contempladas en los artículos 13, apartado 2, y 14 a 17 del

El Reglamento se aplica igualmente a los regímenes especiales de los funcionarios desde el 25 de octubre de 1998 (Reglamento 1606/98, anteriormente citado).

Por otra parte, el apartado 4 del artículo 4 excluye formalmente, al menos para evitar toda ambigüedad, la asistencia social¹⁴ así como los “regímenes de prestaciones a favor de las víctimas de la guerra”, que fundamentalmente tienen por objeto compensar los daños sufridos y las pruebas soportadas durante las dos guerras mundiales.

Por lo que se refiere a las estructuras jurídicas y financieras creadas por el Reglamento se aplican a todo régimen de seguridad social especial, es decir, destinado a determinadas categorías de trabajadores, o general, contributivo o no contributivo (artículo 4, apartado 1).

8. Léislaciones. La designación de las contingencias no hubiera sido suficiente para delimitar el campo de aplicación material del Reglamento sin una definición del término “legislaciones”. Esto se hizo con el artículo 1, letra j) del Reglamento, según la cual:

"el término 'léislaciones' designa, para cada Estado miembro, las leyes, los reglamentos, las disposiciones estatutarias y cualesquiera otras medidas de aplicación, existentes o futuras, que se refieran a las ramas y los regímenes de seguridad social mencionados en los apartados 1 y 2 del artículo 4". Según el Tribunal de justicia “esta definición se caracteriza por su contenido amplio, que engloba todo tipo de medidas legislativas, reglamentarias y administrativas adoptadas por los Estados miembros y se ha de entender como que incluye el conjunto de las medidas nacionales aplicables en la materia”¹⁵.

Corresponde a los Estados miembros indicar, conforme al artículo 5 del Reglamento, las legislaciones y regímenes nacionales correspondientes, por medio de declaraciones notificadas al presidente del Consejo y publicadas en el Diario oficial de las Comunidades Europeas. Estas declaraciones, siguiendo una jurisprudencia del Tribunal, sólo tienen un alcance indicativo y en ningún caso constitutivo¹⁶. Por el contrario, el hecho de que un Estado miembro haya mencionado una ley en su declaración ha de ser entendido como que las prestaciones concedidas en base a dicha ley son prestaciones de seguridad social en el sentido del Reglamento n°1408/71¹⁷.

Reglamento n° 1408/71. Del mismo modo, un Estado miembro se puede negar a conceder subsidios familiares a las personas que se benefician de una pensión de prejubilación cuando no residen en los Países Bajos (sentencia de 28 de noviembre de 1991, Comisión/Países Bajos, C-198/90, Rec. P. I-5799).

¹⁴ La cual puede analizarse, sin embargo, como un «beneficio social» en el sentido del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento n° 1612/68. Véanse los asuntos 249/83, Hoeckx, y 122/84, Scrivener, Rec. 1985, pp. 974 y 1028, a propósito de la ayuda financiera que garantiza un mínimo de medios de existencia (minimex) instituida por la ley belga de 7 de agosto de 1974. En relación a la búsqueda por parte del Tribunal de Justicia de criterios suficientemente fiables y precisos en base a los cuales se pueda efectuar la distinción entre los dos modos de protección social, que guían la seguridad social y la asistencia, véase nuestro estudio “« L’applicabilité matérielle du règlement (CEE) n° 1408/71 en matière de sécurité sociale des travailleurs migrants », *Journal des tribunaux du travail*, 1986, p. 369 ; infra, n° 9.

¹⁵ Sentencia de 31 de marzo de 1977, Bozzone, 87/76, Rec. p. 687, apartado 10.

¹⁶ Sentencia de 15 de julio de 1964, Van der Veen, 100/63, Rec. p. 1105 ; de 2 de diciembre de 1964, Dingermans, 24/64, Rec. p. 1263.

¹⁷ Sentencias de 29 de noviembre de 1977, Beerens, 35/77, Rec. p. 2249 ; de 18 de mayo de 1995, Rheinhold et Mahla, 327/92, Rec. p. I-1223 ; de 11 de julio de 1996, Otte, 25/95, Rec. p. I-3745 ; de 20 de febrero de 1997, Martínez Losada, 86, 102 et 103/95, Rec. p. I-869.

9. Disposiciones convencionales. Las disposiciones convencionales están, en principio, excluidas del campo de aplicación del Reglamento, lo que se explica por la abundancia bastante considerable de regímenes complementarios en los Estados miembros y por su gran heterogeneidad, por muy lamentable que ésta pueda resultar para los trabajadores migrantes.

Sin embargo, cuando se trata de disposiciones convencionales que sirven para establecer una obligación de seguro resultante de las legislaciones relativas a los regímenes y ramas de la seguridad social contemplados en el artículo 4, esta limitación se puede obviar por medio de una declaración del Estado miembro interesado¹⁸.

Así, desde 1999, los regímenes franceses de jubilación complementaria y de prejubilación ARGIC y ARRCO, que han sido objeto de una declaración, entran en el campo de aplicación del Reglamento.

En este contexto también es necesario referirse a la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la salvaguarda de los derechos a la pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena que se desplazan dentro de la Comunidad.¹⁹ Esta directiva tiene por objeto fundamentalmente garantizar la igualdad de trato por lo que se refiere al mantenimiento de los derechos a la pensión, especialmente cuando los afiliados se han trasladado de un Estado miembro a otro, los pagos transfronterizos y el mantenimiento del pago de las cotizaciones en caso de que el afiliado esté destinado temporalmente en otro Estado miembro.

De todos modos, incluso en el caso de un régimen de jubilación complementaria y de prejubilación que no hubiese sido objeto de declaración y que, por tanto, no constituyese una legislación en el sentido del Reglamento nº 1408/71, es importante subrayar que sus condiciones de aplicación deben ser al menos conformes a la regla de la igualdad de trato consagrada tanto en el artículo 39 del Tratado como en el artículo 7 del Reglamento nº 1612/68. Una disposición nacional debe ser considerada discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, puede afectar en mayor medida a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales y cuando, por tanto, corre el riesgo de perjudicar más a los primeros (sentencia de 27 de noviembre de 1997, Meints, C-57/96, Rec. p. I-6708, apartado 45; véase la sentencia de 24 de septiembre de 1998, Comisión/Francia, C-35/97, Rec. p. 5341, a propósito de la condición de residencia impuesta por un convenio colectivo para la obtención de “puntos gratuitos” de jubilación complementaria, a favor de trabajadores en situación de cese anticipado de la actividad).

10. Extensión del campo de aplicación por efecto de la jurisprudencia del Tribunal.

Aún cuando las ocho ramas tradicionales de la seguridad social enumeradas en el apartado 1 del artículo 4 son a la vez constitutivas y limitativas del campo de aplicación del Reglamento, el Tribunal de Justicia ha adoptado una definición amplia, funcional, de las mismas. Sin duda, ha respondido al contenido evolutivo, incluso "atractivo", siguiendo la expresión del abogado general Mayras²⁰, de la seguridad social que, más allá de las medidas curativas, ha visto como

¹⁸ Esta cláusula fue introducida principalmente para permitir al gobierno francés la entrada en el campo de aplicación del Reglamento del régimen francés de seguro de desempleo Unedic.

¹⁹ DOCE nº L 209, de 25 de julio de 1998, p. 46.

²⁰ Expresión tomada de la jurisprudencia administrativa francesa a propósito de la noción de «trabajo público». Véanse las conclusiones del abogado general en el asunto 1/72, Frilli, Rec. 1972, p. 457.

se le reconoce la función de prevenir los riesgos y, más allá de la mejora del nivel de vida, la de mejorar la calidad de vida, incluso la de promover una cierta política de empleo. Así, el Tribunal de Justicia ha considerado como prestaciones de seguridad social en el sentido del Reglamento:

- las medidas preventivas en el sector de la asistencia sanitaria²¹ ;
- las ayudas a la formación profesional, consideradas como prestaciones de desempleo por el Tribunal de Justicia a condición de que afecten a trabajadores que ya se encuentran en situación de desempleo o que todavía trabajan pero que sufren una amenaza concreta de desempleo²²
- las prestaciones de dependencia en especie (“asistencia a domicilio”), destinadas a mejorar el estado de salud y la calidad de vida de las personas dependientes, consideradas por el Tribunal como prestaciones de enfermedad (sentencia de 5 de marzo de 1998, Molenaar, C-160/96, Rec. p. I-843, y de 8 de marzo de 2001, Jauch, C-215/99, Rec. p. I-1901);
- los anticipos de la pensión alimentaria, destinados a compensar los perjuicios resultantes de la falta de pago de la pensión a uno de los progenitores, consideradas por el Tribunal como prestaciones familiares (sentencia de 15 de marzo de 2001, Offermanns, C-85/99, Rec. p. I-2261). Por tanto, las personas residentes en el territorio de un Estado miembro a las que se aplican las disposiciones de este Reglamento se pueden beneficiar de una prestación de este tipo prevista por la legislación de ese Estado en las mismas condiciones que los nacionales, conforme al artículo 3 del Reglamento (en el presente caso, los hijos de padres divorciados, de nacionalidad alemana y residentes en Austria, habían solicitado, a causa de la insolvencia del padre, un anticipo de la pensión alimentaria que, debido a su nacionalidad, les fue denegado);
- sobre todo, las prestaciones no contributivas de tipo mixto, prestaciones «frontera» nacidas de la integración progresiva, constatada en diferentes legislaciones nacionales, de la asistencia en la seguridad social²³.

²¹ Sentencia de 16 de noviembre de 1972, Heinze, 14/72, Land Niedersachsen, 15/92, et Allgemeine Ortskrankenkassen Hamburg, 16/72, Rec. pp. 1105, 1127 et 1141. Véase también la sentencia de 18 de septiembre de 1980, allgemeine Ortskrankenkassen Mittelfranken, 818/79, Rec. p. 2729.

²² Sentencia de 4 de junio de 1987, Campana, 375/85, Rec. p. 2404. Corresponde a las autoridades nacionales, bajo el control del juez, determinar en cada caso concreto, si el trabajador en activo, que solicita una prestación de ayuda a la formación profesional, puede ser considerado como un trabajador que sufre una amenaza concreta de desempleo (apartados 12 y 13).

²³ Entran también en el campo de aplicación del Reglamento las prestaciones para los discapacitados en Francia (sentencia de 16 de diciembre de 1976, Inzirillo, 63/76, Rec. p. 2057), en Bélgica (sentencias de 13 de noviembre de 1974, Costa, 39/74, Rec. p. 1251 ; de 17 de junio de 1975, Epoux F., 7/75, Rec. p. 679 ; de 28 de mayo de 1974, Callemeyn, 187/73, Rec. p. 553) y el Reino Unido (sentencias de 20 de junio de 1991, Stanton Newton, C-356/89, Rec. p. I-3017 ; de 4 de noviembre de 1997, Snares, C-20/96, Rec. p. I-6082 ; de 11 de junio de 1998, Partbrige, C-297/96, Rec. p. I-3477) ; los ingresos garantizados para los ancianos en Bélgica (sentencias de 22 de junio de 1972, Frilli, 1/72, Rec. p. 457 ; de 12 de julio de 1984, Castelli, 261/83, Rec. 1984) y en Francia (sentencias de 9 de octubre de 1974, Biason, 24/74, Rec. p. 999 ; de 24 de febrero de 1987, Gilette e.a., 379, 380, 381/85 et 93/86, Rec. p. 971 ; de 12 de julio de 1990, Comisión/Francia, C-236/88, Rec. p. I-3177 ; de 11 de junio de 1991, Comisión/Francia, C-307/89, Rec. p. I-2403) ; la pensión social en Italia (sentencia de 5 de mayo de 1983, Piscitello, 139/82, Rec. p. 1427) ; los «family credit» británicos (sentencia de 16 de julio de 1992, Hughes, C-78/91, Rec. p. I-4839) ; los beneficios sociales acordados por la legislación de los Países Bajos a determinados desempleados (sentencia de 2 de agosto de 1993, Acciardi, C-66/92, Rec. 1993, p. I-4567) ; las

Con carácter general, surge de una jurisprudencia según la cual la diferencia entre las prestaciones excluidas del campo de aplicación del Reglamento n° 1408/71 y las prestaciones incluidas, radica esencialmente en los elementos constitutivos de cada prestación, especialmente sus finalidades y sus condiciones de concesión, en concreto la posición, legalmente definida, que confiere al beneficiario, así como de una jurisprudencia según la cual el criterio decisivo que permite incluir la prestación en el campo de aplicación material definido en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento es la conexión con carácter supletorio o complementario de la prestación a una de las contingencias, enumeradas con carácter limitativo, por esta disposición (véase, por ejemplo el asunto C-66/92, Acciardi, antes citado; asunto C-57/96, Meints, antes citado). Por el contrario, según el Tribunal, la consideración de una prestación como prestación de seguridad social no depende de su forma de financiación (asunto 379 B 381/85 y 93/86, Giletti, antes citado; asunto 78/91, Hughes, antes citado).

Este examen se debe efectuar con flexibilidad, de conformidad con el objetivo fundamental del artículo 42 del Tratado.

CAPÍTULO 2 EL CAMPO DE APLICACIÓN PERSONAL²⁴

11. El campo de aplicación personal del Reglamento n°1408/71 está descrito en su artículo 2.

El reglamento se aplica:

- a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y a los estudiantes que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o varios Estados miembros y que sean nacionales de un Estado miembro o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, así como a los miembros de su familia y a sus supervivientes;
- a los supervivientes de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y de estudiantes que hayan estado sometidos a la legislación de uno o varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de estos trabajadores, cuando sus supervivientes sean nacionales de un Estado miembro o apátridas o refugiados que residen en el territorio de un Estado miembro.

Sección 1: *Noción de trabajador*

12. Concepción comunitaria. Este punto no tendría que ser objeto de una larga exposición en esta sede, dado que el abogado, objeto de nuestro estudio, entra sin lugar a dudas en el campo de aplicación personal del Reglamento n°1408/71.

prestaciones de maternidad luxemburguesas (sentencia de 10 de marzo de 1993, Comisión/Luxemburgo, C-111/91, Rec. p. I-840).

²⁴ Véase nuestro estudio "Le champ d'application personnel du règlement (CEE) n° 1408/71 et la citoyenneté européenne:: du travailleur migrant au citoyen européen", *Journal des tribunaux du travail*, 1997, p. 1.

La letra a) del artículo 1 del Reglamento define la noción de trabajador con referencia exclusiva al régimen de seguridad social que le concierne: es suficiente que un nacional de un Estado miembro esté o haya estado sometido a un régimen de seguridad social de uno o varios Estados miembros. Con carácter general, se considera como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, en el sentido del Reglamento, a toda persona asegurada, con independencia del motivo, incluso contra una sola contingencia²⁵, a un régimen (general o especial) de seguridad social que se aplica a los trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena, a todos los residentes o al conjunto de la población activa (en determinadas condiciones)²⁶ a título de seguro obligatorio, facultativo continuado o voluntario (en determinadas condiciones)²⁷. En otras palabras, es el sometimiento a un régimen de seguridad social para los trabajadores por cuenta ajena lo que «vincula» al nacional comunitario al Reglamento, con independencia de la calificación conferida a la actividad del interesado por la legislación laboral nacional.²⁸

En la práctica, la distinción entre trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia tiene un alcance limitado dado que en amplia medida²⁹ se aplican las mismas disposiciones del Reglamento a las dos categorías de trabajadores. La exigencia de una interpretación amplia de la noción de trabajador por cuenta ajena, teniendo en cuenta el objetivo del art. 42 del Tratado, también ha sido formulada por el Tribunal de Justicia a propósito de la noción de trabajador por cuenta propia: «las disposiciones del Reglamento n° 1408/71 han sido adoptadas para alcanzar los mismos objetivos del Reglamento n° 1408/71, la noción de 'trabajador por cuenta propia' tiene por objeto asegurar a éstos la misma protección social que a los trabajadores por cuenta ajena y, por tanto, debe ser interpretada de manera amplia»³⁰.

Es importante destacar que el campo de aplicación personal del Reglamento, delimitado por un criterio de seguridad social, va mucho más allá del marco estricto de la libre circulación de las personas garantizada por el Tratado.

²⁵ Por tanto, la calificación se deberá determinar para cada contingencia cubierta por el Reglamento y con independencia de la existencia de una relación laboral (sentencias de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala, C-85/96, Rec. p. I-2708; de 11 de junio de 1998, Kuusijärvi, C-275/96, Rec. p. I-3443.

²⁶ Por ejemplo, los seguros generalizados en el Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Finlandia y Suecia, las pensiones de vejez, viudedad y orfandad de los Países Bajos, la asistencia sanitaria en Italia y en los Países Bajos (para el seguro general de riesgos graves), la invalidez en los Países Bajos, las prestaciones familiares en Luxemburgo, Alemania, Francia, Grecia. Para estos regímenes hay que referirse tanto «a los modos de gestión o financiación en la medida en la que permiten identificar al solicitante como trabajador por cuenta ajena o propia, como, con carácter subsidiario, a la definición dada en el anexo I del Reglamento a los términos «trabajadores por cuenta ajena» y trabajadores «por cuenta propia».

²⁷ Véase el artículo 1, letra a), iv) del Reglamento.

²⁸ Véanse las sentencias de 30 de junio de 1997, de Jaeck, C-340/94, Rec. p. I-461, y Hervein, C-221/95, Rec. p. I-609.

²⁹ A excepción en particular del capítulo 6 («desempleo») que se aplica exclusivamente a los trabajadores por cuenta ajena.

³⁰ Sentencia de 23 de octubre de 1986, Van Roosmalen, 300/84, Rec. p. 3097.

En efecto, el Tribunal no tardó en estimar que no sería conforme al espíritu del Tratado limitar la noción de «trabajador» sólo a los trabajadores migrantes, en sentido estricto, llamados a desplazarse para desempeñar su trabajo, sino que ésta debería incluir, de forma general, a quienes se encuentran en el territorio de otro Estado miembro, cualquiera que sea el motivo de su estancia³¹ o incluso a quienes se hallan “incluidos en una de las situaciones de carácter internacional previstas por el Reglamento”³². La ausencia de toda conexión «con las auténticas migraciones» tiene por efecto difuminar la distinción entre trabajadores migrantes y trabajadores sedentarios y hacer que la esfera personal de los Reglamentos vaya más allá del marco estricto de los artículos 39 a 42 relativos a la libre circulación de los trabajadores. Y, de hecho, el título del Reglamento n° 1408/71, no se dirige propiamente a los trabajadores migrantes, sino más ampliamente a los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad.

13. Condiciones de afiliación. Es importante destacar que las condiciones de afiliación a los diferentes regímenes de seguridad social dependen exclusivamente de las legislaciones nacionales, como lo subrayó el Tribunal en el asunto 266/78 (Brunori)³³. Conviene recordar que el Reglamento n° 1408/71 tiene fundamentalmente por objeto la coordinación de los regímenes nacionales de seguridad social y la libre circulación de las personas, pero en ningún caso la armonización de las condiciones de afiliación.

En efecto, a este respecto no hay que hacer discriminación entre nacionales y ciudadanos de otros Estados miembros, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento³⁴.

A título indicativo se menciona que desde 1998 los regímenes especiales de funcionarios cuentan con reglas específicas de coordinación, especialmente en materia de acumulación de períodos de seguro.

Sección 2: La noción de superviviente o miembro de la familia.

14. Como ha observado A. Touffait, "el derecho comunitario no considera al trabajador migrante como un simple proveedor de trabajo, sino como un miembro de la Comunidad de Estados, en su dimensión personal y familiar, y la jurisprudencia se esfuerza por eliminar los

³¹ Asunto Unger, antes citado ; sentencia de 11 de marzo de 1965, Bertholet, 31/64, Rec. p. 113.

³² Sentencias de 12 de noviembre de 1969, Entraide médicale, 27/69, Rec. p. 405; de 9 de diciembre de 1965, Singer, 44/65, Rec. p. 1191; de 11 de marzo de 1965, Van Dijk, 33/64, Rec. p. 131; véanse igualmente las sentencias de 17 de septiembre de 1980, Lenoir, 313/86, Rec. p. 5391; de 5 de marzo de 1998, Kulzer, 194/96, Rec. p. I-921.

³³ Sentencia de 12 de julio de 1979, Rec. p. 2705.

³⁴ Véase sentencia de 24 de abril de 1980, Coonan, 110/79, Rec. p. 1445, espec. Apartado 12. Véanse igualmente las sentencias de 28 de febrero de 1989, Schmitt, 29/88, Rec. p. 581 y de 18 de 1980, Troiani, 368/87, Rec. p. 1347; de 23 de septiembre de 1982, Koks, 275/81, Rec. p. 3031; de 3 de mayo de 1990, Kits, C-2/89, Rec. p. I-1969; de 24 de septiembre de 1987, De Rijcke, 43/86, Rec. p. 3611.

obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores en relación a las condiciones de integración de la familia en el entorno del país de acogida"³⁵.

Las letras f) y g) del artículo 1 del Reglamento n°1408/71 se remiten, para definir los términos “miembros de la familia” y “superviviente”, a la legislación en virtud de la cual se otorgan las prestaciones³⁶. Sin embargo, si esta legislación no considera como miembro de la familia o superviviente más que a las personas que viven bajo el techo del trabajador o que vivían bajo el techo del difunto, esta condición se considera cumplida cuando la persona está o estaba principalmente a cargo del trabajador o del difunto.

Hay que observar que si la legislación de un Estado miembro no permite identificar a los miembros de la familia de las personas a las que se aplica, el término «miembro de la familia» tiene el significado que se le da en el anexo I (Regl. art. 1, f, i, última frase, modificada por Regl. 1290/97 de 27 de junio de 1997, DOCE n°L 176).

Por lo que se refiere a la concesión de las prestaciones para **discapacitados**, el término «miembros de la familia» designa al menos al cónyuge, a los hijos menores y a los hijos mayores de edad a cargo del trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia (Regl. 1408/71, art. 1, f, modificado por el Regl. 1247/92 de 30 de abril de 1992, DOCE n° L 136).

Las mismas condiciones que han permitido que no se limite la aplicación de los Reglamentos a los trabajadores que circulan dentro de la Comunidad por motivos de trabajo, valen naturalmente también para los miembros de la familia y sus supervivientes³⁷: por ejemplo, el hijo de un migrante que ha ido a pasar sus vacaciones a otro Estado miembro tiene derecho a beneficiarse de la asistencia sanitaria con arreglo al apartado 1, letra a), i) del artículo 22 del Reglamento.

15. Derechos propios y derechos derivados. De la sentencia de 30 de abril de 1996, Cabanis-Issarte (308/93, Rec. p. I-2123), se desprende que un miembro de la familia no podría invocar, en calidad de tal, las disposiciones del Reglamento 1408/71 aplicables exclusivamente a los trabajadores (en este caso concreto, las prestaciones de desempleo). Sin embargo, un miembro de la familia de un trabajador debe poder invocar el principio de igualdad de trato, previsto en el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento 1408/71, el cual no establece distinciones dependiendo de que la persona afectada sea trabajador, miembro de la familia o cónyuge superviviente de un trabajador³⁸.

³⁵ *Mélanges Teitgen*, 1984, p. 312. Véase la jurisprudencia relativa a los artículos 10 B 12 del Reglamento n° 1612/68 : asunto 9/74, Casagrande, Rec. 1974, p. 773; 76/72, Michel S., Rec. 1973, p. 457; 68/74, Alaimo, Rec. 1975, p. 109; 197/86, Brown, Rec. 1988, p. 3237.

³⁶ O, si se trata de la prestación de asistencia médica a los miembros de la familia, contemplada en los artículos 22, apartado 1, letra a) y 31, a la legislación del Estado de residencia. Por otra parte, hay que hacer referencia a la definición dada en el anexo I, punto II cuando la legislación de un Estado miembro relativa a las prestaciones en especie de enfermedad o de maternidad no permite identificar a los miembros de la familia entre las personas a las que se aplica.

³⁷ Véanse las sentencias de 10 de diciembre de 1969, Duffy, 34/69, Rec. p. 597; de 16 de marzo de 1978, Laumann, 115/77, Rec. p. 805; de 30 de junio de 1966, Vaassen-Göbbels, 61/65, Rec. p. 377; de 12 de noviembre de 1969, Entraide médicale, 27/69, Rec. p. 405.

³⁸ Véase sentencia de 30 de abril de 1996, Cabanis-Issarte, C-308/93, Rec. p. I-2123.

Sección 3: Estudiantes

16. El Reglamento n° 307/99 de 8 de febrero de 1999 ha extendido el Reglamento n°1408/71 a los estudiantes en su calidad de tal, es decir, con independencia de su eventual condición de miembro de la familia de un trabajador, con el fin de garantizarles una protección social suficiente cuando se desplazan dentro de la Comunidad (véase la Directiva 93/96/CEE del Consejo de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de estancia de los estudiantes, DOCE n° L 317, 18 de diciembre de 1993, p. 59). En esencia esta extensión hace que las reglas de coordinación en materia de asistencia sanitaria, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y prestaciones familiares sean de aplicación a los estudiantes.

La letra c bis) del artículo 1 del Reglamento n° 1408/71 establece que “el término «estudiante» designa a cualquier persona que no sea trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia ni miembro de su familia o superviviente de acuerdo con el presente Reglamento, que estudie o reciba una formación profesional para obtener una titulación reconocida oficialmente por las autoridades de un Estado miembro y que esté asegurado en el marco de un régimen de seguridad social general o en el de un régimen de seguridad social especial aplicable a los estudiantes”.

Sección 4: Otras categorías de trabajadores

17. Existen varias categorías específicas de trabajadores, que son trabajadores de conformidad con el Reglamento dado que cumplen las condiciones de la letra a) del artículo 1, pero que de hecho, dadas sus características específicas, dependen de disposiciones especiales – excepciones al derecho común de los Reglamentos – fundamentalmente en el campo de la determinación de la legislación aplicable. Se consideran en este sentido:

- los trabajadores fronterizos (véase la letra b) del art. 1 del Reglamento);
- los trabajadores de temporada (véase la letra c) del art. 1);
- la gente de mar (véase art. 14ter);
- el personal de servicio de las misiones diplomáticas y oficinas consulares (véase art. 16);
- los agentes auxiliares de las Comunidades Europeas (véase art. 16).

Sección 5 : Las implicaciones de la ciudadanía europea

18. Sabemos que desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht el artículo 18 CE otorga el derecho a circular libremente y residir en cualquier Estado miembro a los ciudadanos de la Unión, con independencia de cualquier actividad económica («con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación») ³⁹. Esta importante reforma ha afectado a la interpretación del Reglamento

³⁹ Realmente se contemplan las limitaciones contenidas en las tres directivas relativas al derecho de estancia de los jubilados, de los inactivos y de los estudiantes (Dir. 364 et 365/90/CEE: DOCE n° L 180, p. 26 y 28, y 93/96/CEE: DOCE n° L 317, 18 de diciembre de 1993, p. 59), que subordinan el derecho de estancia especialmente a la condición de disponer de medios de subsistencia de tal modo que los beneficiarios del derecho de estancia no tengan que convertirse en una carga «no razonable» para las finanzas públicas.

nº 1408/71, como lo demuestra la sentencia de 23 de noviembre de 2000, *Elsen* (asunto C-135/99, Rec. p. I-10409)⁴⁰.

En ese caso concreto, la señora Ursula Elsen, de nacionalidad alemana, nacida en 1951, residía desde 1981 en Francia. Hasta marzo de 1985 había ejercido en Alemania, en calidad de trabajadora fronteriza, una actividad sujeta al seguro obligatorio, con una interrupción entre julio de 1984 y febrero de 1985 debido a un permiso por maternidad tras el nacimiento de su hijo. Desde entonces la señora Elsen no había vuelto a ejercer ninguna actividad sujeta al seguro obligatorio ni en Alemania ni en Francia.

La solicitud de cómputo de los períodos de cuidado de su hijo fue desestimada por la autoridad competente alemana alegando que la educación del niño había tenido lugar en el extranjero.

Por tanto, según los hechos, la Sra. Elsen no había trabajado fuera de Alemania, su país de origen, aunque hubiera transferido su residencia a Francia, y había seguido trabajando de este modo durante algún tiempo en Alemania en calidad de trabajadora fronteriza, antes de cesar toda actividad profesional con el nacimiento de su hijo para ocuparse de su cuidado. ¡Poco importa!

El Tribunal se remitió a la vez a los *ex-artículos* 8 A, 48 y 51 del Tratado (convertidos en artículos 18, 39 y 42 CE) y estimó que esos artículos «*obligan a la institución competente de un Estado miembro a computar, como períodos cubiertos en el territorio nacional, a efectos de la concesión de una pensión de vejez, los períodos dedicados a la crianza de un hijo cubiertos en otro Estado miembro por una persona que, en el momento del nacimiento del hijo, tenía la condición de trabajador fronterizo empleado en el territorio del primer Estado miembro y residente en el segundo Estado miembro*».

El Tribunal llegó a esta conclusión tras haber constatado que la legislación alemana era efectivamente aplicable a la situación de un trabajador que ha cesado toda actividad profesional en Alemania y que reside en el territorio de otro Estado miembro, por lo que se refiere al cómputo de los períodos consagrados al cuidado de un hijo nacido cuando el progenitor trabajaba todavía en Alemania en calidad de trabajador fronterizo. Esta última circunstancia «*permite, según el Tribunal, establecer un estrecho vínculo entre los períodos de crianza controvertidos y los períodos de seguro cubiertos en Alemania derivados del ejercicio de una actividad profesional en ese Estado. En efecto, precisamente por haber cubierto estos últimos períodos, la Sra. Elsen solicitó a la autoridad alemana que computase los períodos subsiguientes dedicados a la crianza de su hijo*» (apartado 26).

Tras haber sido establecida así la aplicabilidad de la legislación alemana, el Tribunal juzgó que las disposiciones nacionales que impedían, en este caso concreto, el cómputo de los períodos de cuidado del hijo cumplidos en otro Estado miembro perjudicaban a «*los nacionales comunitarios que han ejercido su derecho a circular y residir libremente en los Estados miembros, garantizado en el art. 8 A del Tratado CE*» (apartado 34). Y «*debe añadirse que el propio Reglamento nº 1408/7, que se adoptó, en particular, sobre la base del artículo 51 del Tratado (convertido, tras la modificación, en art. 42 CE), contiene varias disposiciones destinadas a garantizar el disfrute de las prestaciones de Seguridad social, a*

⁴⁰ Véase nuestro estudio «Le champ d'application personnel du règlement (CEE) nº 1408/71 et la citoyenneté européenne: du travailleur migrant au citoyen européen», *Journ. T. trav.*, 1997, p. 1

cargo del Estado competente, incluso cuando el asegurado, que ha trabajado exclusivamente en su Estado de origen, reside o traslada su residencia a otro Estado miembro. Es evidente que estas disposiciones contribuyen a garantizar la libertad de circulación de los trabajadores prevista en el art. 48 del Tratado (actualmente art. 39 CE, tras su modificación), pero también la de los ciudadanos de la Unión dentro de la Comunidad, prevista en el artículo 8 A del Tratado» (apartado 35).

CAPÍTULO 3 EL CAMPO DE APLICACIÓN TERRITORIAL

19. Noción. El ámbito espacial del Reglamento nº 1408/71 que tiene por objeto asegurar, en materia de seguridad social, la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, corresponde necesariamente al de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de las personas.

El establecimiento de dicha libertad ha llevado a la formación progresiva de un espacio libre de fronteras interiores, sin igual en el mundo, que sustituye, desde un punto de vista funcional, a los quince Estados miembros; dicho en otras palabras, ha llevado a extender, a escala de la Comunidad en cuanto tal, el dominio espacial de las normas nacionales.

Este fenómeno es especialmente evidente en el campo de la seguridad social. Los regímenes nacionales de seguridad social son, en primer término, territoriales. Uno de los objetivos fundamentales del Reglamento nº 1408/71 y del artículo 42 del Tratado es permitir la conservación de los derechos adquiridos (su exportación) cualquiera que sea la residencia del trabajador o de los miembros de su familia. Por tanto, la cuestión reside en saber si, más allá de la territorialidad de los regímenes nacionales que el Consejo de este modo tiene por misión suprimir, o limitar en virtud del artículo 42, existen circunstancias que, objetivamente, puedan justificar modalidades particulares para la conservación de los derechos adquiridos en un Estado diferente del competente, manteniendo, en cierta medida, las fronteras interiores y comportando un cierto riesgo de desigualdad entre los trabajadores.⁴¹

Por tanto, parece que el «territorio» de la Comunidad es más que la simple yuxtaposición de los territorios nacionales, dado que su formación ha ido acompañada de una “desterritorialización” parcial del campo espacial de las normas de los Estados miembros.

20. Actividades ejercidas fuera de la Comunidad. Mientras que la aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación en general, y de seguridad social de los trabajadores migrantes en particular, requiere una "localización" en el territorio de la Comunidad para que el derecho comunitario y, especialmente, la regla de la igualdad de trato conserven su influencia, no se requiere en absoluto que la actividad profesional se ejerza en el territorio de la comunidad.⁴²

Así, el hecho de que las prestaciones de seguridad social consideradas deriven, incluso exclusivamente, de períodos de seguro cumplidos fuera del territorio comunitario no comportaría, en cuanto tal, la no aplicación de la reglamentación, dado que existe una estrecha

⁴¹ Véase sentencia de 13 de julio de 1976, Triches, 19/76, Rec. p. 1243.

⁴² En el campo de la libertad de circulación en general, sentencias de 12 de diciembre de 1974, Walrave, 36/74, Rec. p. 1405; de 12 de julio de 1984, Prodest, 237/83, Rec. p. 3153.

conexión entre el derecho a las prestaciones de seguridad social y el Estado miembro deudor de las mismas. Este es el caso cuando el régimen de seguridad social considerado es gestionado, bajo control del Estado, por una entidad de derecho público y despliega sus efectos en el territorio nacional⁴³.

También puede depender del Reglamento n 1408/71 en cuanto legislación de un Estado miembro, en virtud de su artículo 2:

- la ley belga de 16 de junio de 1960 que coloca bajo la garantía del Estado belga los organismos de seguridad social de los empleados del Congo Belga y de Ruanda-Urundi y que garantiza por parte del Estado belga prestaciones de seguridad social aseguradas a favor de éstos⁴⁴;
- la ley belga de 17 de julio de 1963 relativa a la seguridad social de ultramar, que establece un régimen facultativo de seguro para las personas que ejercen su actividad profesional en países diferentes de los Estados miembros "aunque las prestaciones previstas sólo pueden basarse en los períodos de actividad cumplidos en los terceros países⁴⁵;
- la Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW – ley de los Países Bajos sobre la incapacidad laboral) que extiende sus efectos a las personas que ejercen o han ejercido actividades parcial o exclusivamente fuera de la Comunidad⁴⁶.

La aplicabilidad del derecho comunitario no está, por tanto, determinada de ninguna manera por el lugar de ejercicio de la actividad. Es verdad que la reglamentación comunitaria no ha sido concebida en función de la libre circulación de los trabajadores en la Comunidad y en terceros Estados. En ese sentido, el derecho comunitario no impone a los Estados miembros que tengan en cuenta los períodos de seguro cumplidos en el marco de un régimen de seguridad social de un tercer Estado o que protejan el derecho a las prestaciones de seguridad social que un trabajador pueda haber adquirido en un tercer Estado.

Así lo juzgó el Tribunal en su asunto 16/72, Ortskrankenkasse Hamburg⁴⁷, la razón por la cual en este asunto los períodos de afiliación cumplidos en un tercer Estado no fueron tomados en consideración en virtud del Reglamento n° 3, era precisamente que las

⁴³ Véanse sentencias de 31 de marzo de 1977, Bozzone, 87/76, Rec. p. 687; de 11 de julio de 1980, Comisión/Bélgica, 150/79, Rec. p. 2621 y las notables conclusiones del abogado general Capotorti sobre este asunto. Véanse también las sentencias de 22 de marzo de 1972, Merluzzi, 80/71, Rec. p. 175; Fiege y Hirardin, 110/73 y 112/75, antes citadas; de 23 de octubre de 1986, Van Roosmalen, 300/84, Rec. p. 3116; de 9 de julio de 1987, Laborero y Sabato, 82 y 103/86, Rec. p. 3401; de 29 de junio de 1994, Alderwereld, C-60/93, Rec. p. I-2991, a propósito de un nacional de los Países Bajos residente en dicho Estado que fue contratado por una empresa establecida en Alemania para trabajar inmediatamente en Tailandia.

⁴⁴ Asunto 87/76, Bozzone y 150/79, Comisión/Bélgica, antes citado.

⁴⁵ Asuntos 82 y 103/86, Laborero y Sabato, antes citados.

⁴⁶ Asunto 300/84, Van Roosmalen, antes citado, especialmente apartado 30.

⁴⁷ Sentencia de 16 de noviembre de 1972, Rec. p. 494, apartados 8 y 9.

prestaciones adquiridas no lo habían sido con arreglo a la legislación de un Estado miembro, sino en base a un convenio firmado entre un Estado miembro y un tercer Estado y a la legislación de un Estado no miembro⁴⁸.

Pero también es verdad que el derecho comunitario impone a los Estados miembros que sometan a los trabajadores a las obligaciones y les concedan el beneficio de su legislación de seguridad social en las mismas condiciones que a los nacionales, aunque la actividad profesional en la que se basa el derecho se haya ejercido fuera del territorio de la Comunidad.

CAPÍTULO 4 : LAS RELACIONES ENTRE LA REGLAMENTACIÓN COMUNITARIA Y LOS CONVENIOS BILATERALES DE SEGURIDAD SOCIAL

Sección 1 : *Conflictos entre los reglamentos y los convenios de seguridad social entre Estados miembros*

21. En principio, conforme al artículo 6 del Reglamento nº 1408/71, éste sustituye a los convenios de seguridad social anteriores celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros (letra a) y a los celebrados entre al menos dos Estados miembros y uno o varios terceros Estados con tal de que, en este último supuesto, se trate de casos previstos en el Reglamento en cuya resolución no esté llamada a intervenir ninguna institución de uno de los terceros Estados (letra b)⁴⁹.

Sin embargo, se ha mantenido en vigor toda una serie de disposiciones internacionales recogidas en el artículo 7 del Reglamento que, de este modo, pueden seguir surtiendo plenamente efectos respecto a todas las situaciones que contemplan⁵⁰.

Fuera de estos casos, el mantenimiento en vigor de un acuerdo entre Estados miembros incompatible con el derecho comunitario se podría considerar constitutivo de incumplimiento de la obligación de lealtad enunciada en el artículo 10 CE⁵¹.

22. – Conforme a cuanto se acaba de exponer se había establecido, hasta la emisión de la sentencia *Rönfeldt*⁵², que el simple hecho de que un convenio de seguridad social fuera más ventajoso para un trabajador migrante que las disposiciones del Reglamento nº 1408/71 no era suficiente para justificar la excepción a la preeminencia de éste último. Era necesario que las disposiciones pertinentes del convenio en cuestión fueran mencionadas en el anexo III (cfr. art. 7).

Así se estimó también en el asunto 82/72, *Walder*⁵³, a propósito de los artículos 5 y 6 del Reglamento nº 3, que contienen disposiciones similares a las de los artículos 6 y 7 del Reglamento nº 1408/71, «que esas disposiciones pongan claramente de manifiesto que el principio de sustitución de las disposiciones de los convenios de seguridad social entre

⁴⁸ Véanse las conclusiones del abogado general Mischo en los asuntos 82 y 103/86, *Laborero y Sabato*, antes citados, p. 3418.

⁴⁹ En el mismo sentido, el Reglamento de aplicación, conforme a su artículo 5, sustituye a los acuerdos relativos a la aplicación de los convenios contemplados en el artículo 6 del Reglamento nº 1408/71.

⁵⁰ El artículo 5 del Reglamento nº 574/72 prevé también que se mantengan en vigor las disposiciones de aplicación de los convenios bilaterales recogidos en el anexo 5 de dicho Reglamento.

⁵¹ Véase en este sentido, TJCE 27 septiembre de 1988, *Matteucci*, aff. 235/87, Rec. p. 5589, apartado 19.

⁵² TJCE 7 de febrero de 1991, asunto C-227/89, Rec. p. I-323.

⁵³ Rec., 1973, p. 599.

Estados miembros por el Reglamento n° 3 tiene un alcance imperativo que no admite excepción fuera de los casos expresamente establecidos por el Reglamento”

Inicialmente, la sentencia *Rönfeldt* parecía haber anulado esta orientación, retomando el principio esbozado por el Tribunal en su sentencia *Petroni*⁵⁴: aunque el artículo 51 del Tratado habilita y obliga al Consejo a conferir derechos a los trabajadores migrantes, no le permite, mientras subsistan regímenes diferentes de seguridad social, legislar de tal manera que se prive a los trabajadores de derechos que les son reconocidos por la ley nacional. El recurso, en el asunto *Rönfeldt*, al principio de **intangibilidad de los derechos adquiridos exclusivamente en base a la legislación nacional de un Estado miembro**, con independencia del derecho comunitario, exigía que el Tribunal asimilara los derechos adquiridos sólo mediante el derecho nacional a los derechos adquiridos en virtud de un convenio internacional integrado en ese derecho nacional.

La sentencia *Rönfeldt* suscitó una cierta conmoción entre los especialistas. Algunos se lamentaron de que el Tribunal, en este asunto, se desvinculara de la regla simple, casi automática e imperativa, del **efecto de sustitución** de los convenios de seguridad social por el derecho comunitario, en favor de un razonamiento que se juzgaba bastante peligroso⁵⁵.

23. – La sentencia *Thévenon* de 9 de noviembre de 1995 (asunto C-475/93, Rec., p. I-3813) permitió al Tribunal, sin duda no del todo insensible a estos argumentos, limitar estrictamente las consecuencias de la sentencia *Rönfeldt*, introduciendo una distinción en función de que el trabajador migrante hubiera hecho uso de su derecho a la libre circulación antes o después de la entrada en vigor del Reglamento n° 1408/71: esta jurisprudencia sólo se aplicaría en el primer caso.

Así, en el asunto *Rönfeldt*, el Tribunal se vio obligado a decidir sobre un conflicto entre un convenio de seguridad social germano-danés de 1953 y algunas disposiciones del Reglamento n° 1408/71, a propósito de la liquidación de derechos a la pensión a favor de un nacional alemán, en relación a períodos de seguro cubiertos en Alemania y en Dinamarca antes de la adhesión de éste último Estado a las Comunidades Europeas. Al cumplir esos períodos, el interesado pudo nutrir esperanzas fundadas respecto a que se le aplicarían a la edad de la jubilación las disposiciones del convenio de seguridad social germano-danés, dado que el derecho comunitario no era todavía aplicable a las relaciones entre Alemania y Dinamarca.

El Tribunal también pudo hacer prevalecer sobre las disposiciones del Reglamento n° 1408/71 a favor del Sr. *Rönfeldt*, con carácter transitorio, las disposiciones convencionales más favorables, aplicables en el momento del cumplimiento de los períodos de seguro,.

Las circunstancias de base del asunto *Thévenon* – que conciernen también a la liquidación de derechos a la pensión respecto a un convenio bilateral entre Estados miembros anterior a la entrada en vigor de los reglamentos comunitarios y más favorable para el interesado– eran completamente diferentes: todos los períodos de seguro, cubiertos en este caso en Francia y en Alemania por el Sr. *Thévenon*, lo habían sido tras la entrada en vigor del Reglamento n° 3. En estas condiciones, la regla de sustitución del convenio franco-alemán de seguridad social

⁵⁴ Asunto. 24/75, Rec., 1995, p. 1149.

⁵⁵ Véase nuestro estudio «Les rapports entre le règlement (CEE) n° 1408/71 et les conventions internationales dans le domaine de la sécurité sociale des travailleurs circulant à l'intérieur de la Communauté», *Cahiers de droit européen*, 1991, p. 449.

de 1950 por el derecho comunitario se podía aplicar plenamente, incluso aunque el convenio fuera más favorable para los trabajadores (solución de la sentencia *Walder*).

24. – La sentencia de 5 de febrero de 2002, *Kaske* (asunto C-277/99, Rec. p. I-1261) ofrece un nuevo caso de aplicación de la jurisprudencia *Rönfeldt* al permitir a un nacional austriaco valerse de un convenio más favorable relativo al seguro de desempleo celebrado entre la República Federal de Alemania y la República de Austria, en lugar de las disposiciones del Reglamento n° 1408/71⁵⁶ que tenían por efecto excluir el derecho a la prestación de desempleo austriaca que se reclamaba. En efecto, aunque el Reglamento n° 1408/71 sustituye normalmente a los convenios bilaterales, éstos se pueden invocar cuando son **más favorables** y se refieren a **períodos anteriores a la adhesión**. El tribunal ha observado que los principios enunciados en su sentencia *Rönfeldt* precisamente tenían «*el objetivo único de perpetuar un derecho adquirido en materia social que no estaba regulado en el ámbito del derecho comunitario en el momento en el que podía ejercitarlo el nacional de un Estado miembro que lo invoca. Por consiguiente, la circunstancia de que el Reglamento n° 1408/71 haya pasado a ser aplicable en el Estado miembro de origen en el momento en que se produjo la adhesión de dicho Estado miembro a la Comunidad Europea no incide en su derecho adquirido a ampararse en una normativa bilateral que era la única que se le podía aplicar cuando ejercitó su derecho a la libre circulación. (...) Tal solución se basa en la idea de que el interesado podía confiar legítimamente en que podría ampararse en las disposiciones del convenio bilateral*» (apartado 27).

Sección 2 : Convenio bilateral de seguridad social e igualdad de trato

25. Otro tema interesante a destacar en el contexto de las relaciones entre el Reglamento n° 1408/71 y los convenios bilaterales de seguridad social es el que concierne a las implicaciones del principio de igualdad de trato.

El Tribunal ha extendido al campo de la seguridad social lo que había juzgado a propósito de los convenios para evitar la doble imposición (véase TJCE 21 de septiembre de 1999 *Saint-Gobain ZN*, asunto C-307/97, Rec. p. I-6161, apartados 57 a 59). Así, se desprende de la importante sentencia de 25 de enero de 2002, *Gottardo* (asunto C-55/00, Rec. p. I-413) que «*al aplicar los compromisos suscritos en virtud de convenios internacionales, ya se trate de un convenio entre Estados miembros o de un convenio entre un Estado miembro y uno o varios países terceros, los Estados miembros deben, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 307 CE, respetar las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. El hecho de que, por su parte, los países terceros, no tengan que respetar ninguna obligación con arreglo al Derecho comunitario, es, a este respecto, irrelevante*» (apartado 33).

Así, «*cuando un Estado miembro celebra con un país tercero un convenio internacional bilateral de seguridad social, preveyendo que se computen los períodos de seguro cumplidos en dicho país tercero para la adquisición del derecho a las prestaciones de vejez, el principio fundamental de igualdad de trato impone a cada Estado miembro conceder a los nacionales de otros Estados miembros las mismas ventajas de las que se benefician sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que se pueda dar una justificación objetiva a la negativa*» (apartado 34).

⁵⁶ Los artículos 3, 6, 67 y 71 del Reglamento n° 1408/71.

A este respecto, el Tribunal estimó que «*cuestionar el equilibrio y la reciprocidad de un convenio internacional bilateral celebrado entre un Estado miembro y un país tercero puede constituir una justificación objetiva para el rechazo por parte del Estado miembro que ha firmado ese convenio a extender a los nacionales de otros Estados miembros las ventajas que sus propios nacionales reciben de dicho convenio (véase, en este sentido, la sentencia Saint-Gobain ZN, antes citada, apartado 60)*» (apartado 36; subrayado por nosotros).

Sin embargo, en este caso, el gobierno italiano (que había celebrado un convenio con la Confederación suiza que preveía el cómputo por parte de las autoridades italianas de los períodos de seguro cumplidos en este último Estado para la adquisición del derecho a la prestación de vejez) no había demostrado que las obligaciones que el derecho comunitario le impone comprometieran las resultantes de los compromisos adquiridos por la República italiana frente a la Confederación suiza; el eventual aumento de las cargas financieras para Italia y las dificultades administrativas derivadas de la colaboración con las autoridades suizas competentes no podían justificar el que no se respetasen las obligaciones derivadas del Tratado.

En consecuencia, las autoridades italianas debían computar, para la adquisición del derecho a la prestación de vejez, los períodos de seguro cumplidos en Suiza por un nacional francés cuando, en presencia de las mismas cotizaciones, dichas autoridades reconociesen por aplicación del convenio internacional bilateral el cómputo de tales períodos cubiertos por sus propios nacionales.

Esta jurisprudencia tiene como efecto disminuir el impacto del **principio de reciprocidad** que preside el establecimiento de relaciones convencionales a fin de dar pleno efecto al principio fundamental de igualdad de trato en el marco jurídico comunitario

TÍTULO II LOS RASGOS FUNDAMENTALES DEL RÉGIMEN DE COORDINACIÓN

26. Coordinación. El derecho comunitario recurre, de forma general, a la técnica de la coordinación para establecer, en el campo de la seguridad social, la libre circulación de las personas. Se trata, sin cambiar el contenido de las normas, de regular las relaciones entre los sistemas nacionales de seguridad social promulgando una serie de principios esenciales para garantizar una protección completa y continua de los trabajadores que ejercen sus actividades profesionales, en todo o en parte, en un país distinto de su país de origen, así como a los miembros de su familia.

La coordinación de las legislaciones de seguridad social de los Estados miembros supone esquemáticamente regular cuatro tipos de problemas:

- la condición puesta a los trabajadores migrantes y a los miembros de su familia respecto a la ley nacional que les es aplicable;
- la determinación de la legislación aplicable a los interesados;
- el tratamiento que hay que dar, en un Estado miembro, a los derechos adquiridos en el campo de la seguridad social en otro Estado miembro;
- la adquisición de derechos o el cálculo de prestaciones de seguridad social respecto a períodos de empleo, seguro o residencia cumplidos en un Estado miembro distinto del Estado deudor.

A cada uno de estos cuatro problemas corresponde un principio esencial; se trata respectivamente del principio de igualdad de trato entre nacionales y ciudadanos de otros Estados comunitarios, del principio de unicidad de la legislación aplicable (como regla general, la *lex loci laboris*), del principio de la conservación de los derechos adquiridos (por medio de la “exportación” de las prestaciones) y del principio de conservación de los derechos en curso de adquisición (por medio de las técnicas de acumulación de los períodos de seguro, de trabajo o de residencia, y del prorrateo de las prestaciones).

CAPÍTULO 1 LA IGUALDAD DE TRATO

27. La regla de la igualdad de trato, enunciada inicialmente en el apartado 2 del artículo 39 del Tratado en el campo de la libre circulación de los trabajadores, en el párrafo 1 del artículo 43, en el párrafo 1 del artículo 49 y en el párrafo 3 del artículo 50 del Tratado en materia de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios, se encuentra más detallada, en el campo de la seguridad social, en el artículo 3 del Reglamento nº1408/71, que establece que las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del Reglamento “están sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que

los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento⁵⁷.

Sección 1: El criterio de diferenciación

28. Nacionalidad. Lo que está prohibido son las discriminaciones entre nacionales de Estados miembros. por razón de su nacionalidad

Sin embargo, el derecho comunitario no excluye la extensión del beneficio de la igualdad de trato a favor de nacionales de terceros Estados. Así, la regla de la igualdad de trato enunciada en el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento nº 1408/71 beneficia también a los miembros de la familia del trabajador, cualquiera que sea su nacionalidad.

29. Discriminación manifiesta y discriminación encubierta. Según una fórmula que se ha hecho famosa, la regla de igualdad de trato prohíbe no sólo las discriminaciones manifiestas, basadas en la nacionalidad, sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que, por aplicación de otros criterios de distinción, llegue de hecho al mismo resultado⁵⁸.

Entre esos criterios se puede destacar el de la **duración de la residencia** en el territorio nacional, considerado como discriminatorio por el Tribunal en el asunto C-326/90, Comisión c/ Bélgica⁵⁹, a propósito de la concesión de prestaciones para discapacitados, de ingresos garantizados para ancianos y del *minimex* (medios mínimos de existencia), y en el asunto C-111/91, Comisión c/ Luxemburgo⁶⁰, a propósito de la concesión de prestaciones por nacimiento y maternidad.

En el mismo sentido se ha de interpretar la sentencia de 21 de septiembre de 2000, Borawitz (C-124/99, Rec. p. I-7293, apartados 29 y ss.) a propósito de una normativa nacional (alemana) que fijaba una cuantía-umbral más elevada para el pago de las pensiones en el extranjero que para los pagos nacionales, imponiendo de este modo en la práctica una condición de residencia que cumplen más fácilmente los beneficiarios nacionales que los de otros Estados miembros.

La sentencia emitida en el asunto 41/84 (Pinna)⁶¹, que invalida el ex artículo 73, apartado 2, del Reglamento en materia de pago de prestaciones familiares⁶², ofrece sin lugar a dudas un

⁵⁷ Además es necesario que las diferenciaciones así permitidas se basen en criterios objetivos (cf. infra nºs 36 y ss.). No se admitirá, en base a esta reserva, una desigualdad de trato no justificada, so pena de privar a la regla de la igualdad de trato de su sustancia.

⁵⁸ Sentencia de 12 de febrero de 1974, Sotgiu, 152/73, Rec. p. 153.

⁵⁹ Sentencia de 10 de noviembre de 1992, Rec. p. I-5517.

⁶⁰ Sentencia de 10 de marzo de 1993, Rec. p. I-840.

⁶¹ Sentencia de 15 de enero de 1986, Rec. p. 1. Véase nuestro estudio "Les limites de la coordination communautaire des législations nationales de sécurité sociale au regard du principe de l'égalité de traitement aprTIIs l'arrAt Pinna", *Cah. dr. eur.* 1986, p. 475. Véanse igualmente las sentencias de 2 de marzo de 1989, Pinna II, 359/87, Rec. p. 585; de 12 de julio de 1979, Toia, 237/78, Rec. p. 2645, a propósito de la prestación francesa a las madres de familia reservada a aquéllas cuyos hijos sean de nacionalidad francesa; de 30 de mayo de 1989, Allue,

elemento de apreciación considerable a este respecto; se trata de determinar si el criterio, en este caso el **lugar de residencia de los miembros de la familia del trabajador**, utilizado, en efecto, sin distinción aparente de nacionalidad, tiene la “misma importancia” para los “trabajadores migrantes” que para los trabajadores nacionales. El hecho de que el Tribunal haya utilizado la expresión «trabajadores migrantes» en lugar de la de “nacionales de otro Estado miembro” tiene como efecto ampliar considerablemente el alcance de la regla de la igualdad de trato.

En el mismo sentido el Tribunal consideró en el asunto C-27/91, *Le Manoir*⁶³, que el hecho de subordinar el beneficio de una reducción de las cargas sociales para el empresario a la contratación, por parte de éste, de trabajadores en prácticas procedentes del sistema educativo nacional de un Estado miembro lleva, en realidad, a efectuar una discriminación entre los trabajadores en prácticas nacionales y los procedentes de otros Estados miembros, dado que “las personas que, en el marco de una formación profesional recibida en un centro educativo, efectúan unas prácticas en calidad de trabajadores proceden, en su gran mayoría, del sistema educativo nacional de su Estado de origen”.

La transposición al criterio de la nacionalidad del de haber ejercido o no el derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad es especialmente significativo en el asunto C-10/90, *Masgio*⁶⁴, en el que el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre si una disposición nacional en materia de cálculo de una pensión de vejez que se acumula a una renta de accidente pagada en otro Estado miembro, aunque se aplique con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados, “puede perjudicar, en el plano de la seguridad social, a los trabajadores migrantes en relación a los trabajadores que han ejercido una actividad en un único Estado miembro” (apartado 19). El Tribunal, habiendo constatado que la regla de acumulación se aplicaba de forma diferente en función de que la renta se pagase en el mismo Estado miembro o en otro diferente, y de forma desfavorable para el trabajador que había hecho uso de ese derecho, juzgó que la disposición controvertida representaba “un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores” y era contraria a los artículos 7 (actualmente 12) y 48 a 51 del tratado CEE (convertidos en artículos 39 a 42 del tratado CE) así como al apartado 1 del artículo 3 del Reglamento nº1408/71.

Por el contrario, el derecho comunitario no se opone a que el legislador nacional modifique las condiciones de concesión de una pensión de incapacidad laboral, aunque las haga más rigurosas, siempre que las condiciones adoptadas no comporten ninguna discriminación manifiesta o encubierta entre los trabajadores comunitarios (sentencia de 20 de septiembre de 1994, *Drake*, 12/93, Rec. p. I-4347). En este caso, el legislador de los Países Bajos había introducido una condición de ingresos para beneficiarse de una prestación en virtud de la *Algemene Arbeidsongeschiktheidswet* (AAW), legislación sobre el seguro obligatorio de

33/88, Rec. p. 1591, a propósito de la aplicación de una disposición de derecho italiano que preveía un límite para la duración de una relación de trabajo entre las universidades y los lectores de lenguas extranjeras, cuando dicho límite no existe, en principio, para los demás trabajadores; de 12 de junio de 1997, *Merino García*, 266/95, Rec. p. I-3279.

⁶² Cf. infra nº 75.

⁶³ Sentencia de 21 de noviembre de 1991, Rec. p. I-5538.

⁶⁴ Sentencia de 7 de marzo de 1991, Rec. p. I-1134.

invalidez, esta condición fue considerada por el Tribunal como una condición objetiva que se aplica indistintamente a los trabajadores nacionales y a los de otros Estados miembros.

30. Discriminación inversa. En relación al examen del criterio de diferenciación, la nacionalidad, se plantea la cuestión de la validez de las discriminaciones a la inversa, es decir, saber si el principio enunciado en el artículo 12 del Tratado prohíbe a un Estado miembro tratar a sus propios nacionales de forma más rigurosa que a los de otros Estados, cuestión a propósito de la cual el Tribunal se ha pronunciado en diferentes ocasiones.

De forma general, podemos resumir su jurisprudencia en el campo de la libre circulación de las personas de la siguiente manera: la discriminación inversa es admisible dado que afecta a los nacionales que no han entrado nunca en el campo de aplicación del Tratado; pero cuando el comportamiento personal del interesado lo coloca en las condiciones de aplicación de la reglamentación comunitaria, el nacional de un Estado miembro podrá invocar el beneficio de ésta para sustraerse a las condiciones impuestas por su legislación nacional más rigurosas que las resultantes del derecho comunitario.

Por tanto, es necesario distinguir claramente las situaciones exclusivamente internas de un Estado miembro, a las que no se aplicarán las disposiciones comunitarias, de las situaciones contempladas por el derecho comunitario.

Así, en el asunto 55/77 (Maris)⁶⁵, el Tribunal juzgó que aunque «el apartado 4 del artículo 84 del Reglamento nº 1408/71 impone a las autoridades, instituciones y jurisdicciones de los Estados miembros la obligación de aceptar, a pesar de cualquier disposición eventualmente divergente o contraria de su legislación nacional, todas las peticiones u otros documentos relativos a la aplicación de dicho Reglamento y redactados en la lengua oficial de otro Estado miembro, sin que esté permitido establecer a este respecto distinciones en función de la nacionalidad o de la residencia de las personas interesadas" (apartado 19), "sólo se aplica a favor de los trabajadores que se han desplazado entre dos o más Estados miembros, así como de sus derechohabientes" (apartado 13). Esto significa, por ejemplo, que un nacional belga, francófono, no migrante, se colocará en una situación menos favorable que un nacional francés que podrá presentar una petición redactada en francés ante una jurisdicción de Amberes. Por el contrario, al nacional que ha ejercido su derecho de libre circulación se le podrá reconocer el beneficio del apartado 4 del artículo 84 del Reglamento: así fue para la señora Maris, de nacionalidad belga, pero que había trabajado primero en Bélgica y después en Francia, donde residía desde 1947.

31. Destino temporal de un trabajador en otro Estado miembro. En caso de que la empresa de la que depende normalmente el trabajador lo destine temporalmente a otro Estado miembro para ejercer una actividad por cuenta ajena no superior a doce meses (y siempre que no haya sido enviado para reemplazar a otra persona que ha llegado al final de su destino

⁶⁵ Sentencia de 6 de diciembre de 1977, Rec. p. 2327.

temporal), el trabajador seguirá sometido a la legislación del Estado de origen (letra a) del apartado 1 del artículo 14 del Reglamento nº1408/71] (véase infra nº 46).

Tal era la situación en la que se encontraba el señor Terhoeven, nacional neerlandés, que había trasladado su residencia al Reino Unido para ejercer su actividad por cuenta de una empresa de los Países Bajos que le había enviado allí temporalmente. Durante todo ese período siguió dependiendo de la legislación de seguridad social de los Países Bajos, su Estado de origen (sentencia de 26 de enero de 1999, Terhoeven, C-18/95, Rec. p. I-345).

El Tribunal tuvo que pronunciarse sobre la compatibilidad con el ex-artículo 48 del Tratado CE (convertido en artículo 39 CE) de varias disposiciones del régimen de los Países Bajos, en materia de financiación de la seguridad social, que someten a un trabajador que a lo largo del año ha trasladado su residencia a otro Estado miembro para trabajar en él a cotizaciones de seguros sociales más altas que las que debería pagar, en circunstancias análogas, un trabajador que hubiera conservado durante todo el año su residencia en los Países Bajos (sin que por otra parte el interesado se beneficie de prestaciones sociales suplementarias)⁶⁶.

Aún recordando que, a falta de una armonización comunitaria, los Estados miembros siguen siendo libres de determinar las condiciones de afiliación a su régimen de seguridad social, también es verdad que en el ejercicio de esta competencia han de respetar el derecho comunitario y el art. 48 del Tratado que se opone a las "medidas que pudieran perjudicar a los nacionales comunitarios cuando desean ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro (véase especialmente la sentencia de 15 de diciembre de 1995, Bosman, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 94)" (apartados 34 a 39). Ahora bien, «el nacional de un Estado miembro podría verse disuadido de dejar el Estado miembro en el que reside para ejercer una actividad por cuenta ajena, en el sentido del Tratado, en el territorio de otro Estado miembro si se le impone el pago de cotizaciones sociales más altas que en el caso en que conservara su residencia en el mismo Estado miembro durante todo el año, sin poder beneficiarse, sin embargo, de las prestaciones sociales suplementarias para compensar dicho incremento" (point 40)⁶⁷. Se deduce que una legislación nacional como la legislación controvertida es contraria al ex artículo 48 del Tratado.

32. No discriminación y equiparación de los hechos ocurridos en territorios diferentes. La cuestión que se plantea es saber si la regla de la igualdad de trato, que tiende a equiparar a los nacionales de cada Estado miembro a los nacionales del Estado de acogida, implica igualmente la equiparación "de hechos que se han producido en el territorio de cada uno de los Estados miembros a hechos análogos que se hubieran producido en el territorio del Estado de acogida o del Estado competente"⁶⁸.

⁶⁶ Esta desventaja deriva de que la recaudación de las cotizaciones sociales en los Países Bajos está estrechamente ligada al impuesto sobre el salario y sobre la renta y de que si una persona ha estado sometida a lo largo del mismo año al impuesto de residentes y al impuesto de no residentes, siguiendo sometida al régimen obligatorio de seguridad social durante todo el año, se le notificarán dos avisos de imposición combinada retomando la base máxima según la cual se pueden recaudar las cotizaciones de los seguros sociales.

⁶⁷ Para poder apreciar la importancia de las cargas en cuestión, precisa el Tribunal, conviene tomar en cuenta todos los ingresos pertinentes según la legislación nacional para calcular el importe de las mismas (en el caso concreto, las procedentes de los inmuebles), y no sólo los ingresos ligados exclusivamente a la actividad por cuenta ajena del trabajador (apartados 51 a 53).

⁶⁸ Conclusiones del abogado general Mayras sobre el asunto. 1/78, Kenny, o.c., p. 1506.

No se puede hablar propiamente de principio general comunitario que obliga, en ausencia de disposiciones específicas en este sentido, a la institución de un Estado miembro a equiparar los hechos acaecidos en otro Estado miembro a hechos correspondientes que la legislación nacional considera que producen efectos jurídicos sólo si tienen lugar en el territorio nacional⁶⁹.

Sin embargo, la falta de equiparación posible de ciertos hechos o eventos ocurridos en el extranjero a los que hubieran debido producirse en el territorio nacional, en aplicación de disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas, para la adquisición de un derecho a determinados beneficios sociales o fiscales en general, puede constituir una fuente de discriminación⁷⁰.

En el campo de la seguridad social, la jurisprudencia del Tribunal es fluctuante a este respecto. Inicialmente, varias sentencias parecían contrarias a cualquier intento que pudiera hacerse para obligar a un Estado miembro, fuera de cuanto está previsto en los Reglamentos n^{os} 1408/71 y 574/72, a que equipare un hecho que se ha producido en otro Estado miembro al correspondiente que se hubiera producido en el territorio nacional.

Así, en el asunto 66/77, *Kuyken*⁷¹, el Tribunal desestimó, para la concesión en virtud de la legislación de un Estado miembro de subsidios de desempleo a ex estudiantes que no habían trabajado nunca, la equiparación de los estudios cumplidos en otro Estado miembro a los cumplidos en un centro organizado, reconocido o subvencionado por el Estado competente⁷².

Por el contrario, otras sentencias del Tribunal, sobre todo entre las más recientes, parecen defender el reconocimiento de la técnica de equiparación de hechos o situaciones por lo que se refiere a la libre circulación de los trabajadores.

En este sentido el Tribunal ha estimado:

- que, "cuando la legislación del Estado miembro que concede determinadas prestaciones exige, como condición para la concesión de las mismas, que el

⁶⁹ Véase en este sentido el abogado general Trabucchi en el asunto 20/75, *D'Amico*, Rec. 1975, p. 202.

⁷⁰ Véase la sentencia de 15 de octubre de 1969, *Ugliola*, 15/69, Rec. 1969, p. 36, en la que el Tribunal pudo equiparar, en base al principio de igualdad de trato contemplado en el ex-artículo 48 CEE, las obligaciones militares cumplidas en el país de origen a las cumplidas en el Estado de trabajo a fin de permitir al trabajador comunitario beneficiarse de una protección idéntica a la del trabajador nacional en relación a las condiciones de trabajo.

Igualmente, en el asunto C-419/92, *Ingebrant Scholz* (sentencia de 23 de febrero de 1994, Rec. p. I-517), el Tribunal consideró que el apartado 2 del ex-artículo 48 del Tratado CE prohíbe a un organismo público de un Estado miembro, con motivo de la contratación de personal, efectuar una distinción tomando en cuenta las actividades profesionales anteriores, en función de que esas actividades se hayan ejercido en el servicio público en el mismo Estado miembro o en otro Estado miembro.

⁷¹ Sentencia de 1 de diciembre de 1977, Rec. p. 2711.

⁷² Véanse igualmente las sentencias de 9 de julio de 1975, *D'Amico*, 20/75, Rec. p. 202; y de 28 de junio de 1978, *Kenny*, antes citada.

miembro de la familia del trabajador esté a disposición, como desempleado, de la oficina de empleo en el territorio donde se aplica esa legislación, una condición de este tipo ha de ser considerada como cumplida cuando el miembro de la familia está a disposición, como desempleado, de la oficina de empleo del Estado miembro en el que reside" (sentencias de 22 de febrero de 1990, Bronzino, 228/88 y Gatto, C-12/89, Rec. pp. I-549 et 577);

- a propósito del cálculo de una pensión de vejez que resulta de la transformación de una pensión de invalidez, que el derecho comunitario se opone a que un trabajador migrante no pueda disfrutar del beneficio previsto por la legislación nacional (belga, en este caso) de la equiparación de los períodos de invalidez a los períodos de actividad por el único motivo de que cuando se produjo la incapacidad laboral era un trabajador por cuenta ajena no en el Estado en cuestión, sino en otro Estado miembro (sentencias de 9 de diciembre de 1993, Lepore e.a., C-45 y C-46/92, Rec. p. I-6497);
- que, cuando una legislación nacional subordina el derecho a una prestación a un período mínimo de seguro durante un período de referencia anterior al momento en que se produce la contingencia, permitiendo, en ciertos casos, la prorrogación de ese período, dicha legislación debe prever una posibilidad de prorrogación del período de referencia cuando hechos o circunstancias del tipo de los que permiten dicha prorrogación se producen en otro Estado miembro (sentencia de 4 de octubre de 1991, Paraschi, C-349/97, Rec. p. I-4501);
- que, cuando la legislación de un Estado miembro prevé la prorrogación de un derecho a una renta de orfandad más allá de los 25 años para los titulares de rentas cuya formación ha sido interrumpida para cumplir el servicio militar, ese Estado está obligado a equiparar el servicio militar cumplido en otro Estado miembro al servicio militar cumplido bajo su legislación (sentencia de 25 de junio de 1997, Mora Romero, 131/96, Rec. p. I-3659);
- que los artículos 39, apartado 2, CE y 42 CE se oponen a una legislación nacional que no prevea la posibilidad de prorrogación de un período de referencia para el cálculo de un derecho a la pensión cuando el pago de rentas de accidente, de las que dan derecho a dicha prorrogación, se produce en otro Estado miembro⁷³;
- que lo mismo vale para una legislación nacional que para determinar los períodos de seguro y otros equiparados para el seguro de vejez, sólo toma en consideración, sin condiciones, los períodos de cuidado de los hijos cumplidos en el territorio nacional, pero subordina el cómputo de los períodos de cuidado de los hijos cumplidos en otro Estado miembro al beneficio de subsidios de maternidad en metálico en virtud de la legislación nacional⁷⁴.

Se puede valorar el camino recorrido después de la sentencia Kuyken antes citada.

Conviene destacar que, con independencia de la regla de no discriminación, la técnica de equiparación de situaciones es ampliamente utilizada en el marco de los

⁷³ TJCE 18 de abril de 2002, *Duchon*, asunto C-290/00, Rec. p. I-3567.

⁷⁴ TJCE 7 de febrero de 2002, *Kauer*, asunto C-28/00, Rec. p. I-1343, apartados 43 y 44; véase en el mismo sentido *Elsen*, anteriormente citado, apartados 25 a 28.

Reglamentos 1408/71 y 574/72 (principio de la acumulación de los períodos de seguro, de empleo, de residencia para la concesión o el cálculo de las prestaciones de seguridad social).

33. Certificados de estado civil. Por último, se aludirá en este contexto al problema del reconocimiento de los certificados de estado civil. No es necesario subrayar su importancia práctica para la concesión de determinadas prestaciones de seguridad social.

En el asunto C-336/94, Dafeki (sentencia de 2 de diciembre de 1997, Rec. p. I-6774) la cuestión que se planteaba era saber si el derecho comunitario obliga a las instituciones nacionales competentes en materia de seguridad social y a las jurisdicciones nacionales de un Estado miembro a respetar los certificados y documentos análogos relativos al estado de las personas que han sido expedidos por las autoridades competentes de otros Estados miembros.

En este caso concreto, una nacional griega, nacida en Grecia y que trabajaba en Alemania se valió ante un seguro de jubilación alemán de la rectificación de su fecha de nacimiento efectuada por un tribunal griego, para beneficiarse de la jubilación anticipada prevista para las mujeres de 60 años. La institución alemana rechazó la solicitud alegando que el derecho alemán reconoce la presunción de exactitud sólo a los documentos de estado civil expedidos por las autoridades alemanas. Por el contrario, cuando se trata de documentos extranjeros, la jurisdicción alemana toma en consideración el documento otorgado en el momento cronológicamente más cercano al hecho que el documento atestigüa.

El Tribunal constató que la fuerza probatoria otorgada por las disposiciones alemanas a los certificados de estado civil expedidos por las autoridades competentes de otro Estado miembro era inferior a la concedida a los certificados que emanaban de las autoridades alemanas, lo que en la práctica iba en detrimento de los trabajadores nacionales de otros Estados miembros (apartados 12 y 13). En efecto, observó el Tribunal, "procede tener en cuenta por una parte las diferencias considerables que existen entre los ordenamientos jurídicos nacionales respecto a los requisitos y procedimientos que permiten obtener una decisión que rectifique la fecha de nacimiento" y " hasta este momento los Estados miembros no han ni armonizado la materia ni establecido un sistema de reconocimiento mutuo de estas decisiones, similar al previsto para las resoluciones a las que se aplica el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 29, p. 32; texto codificado en español en DO 1990, C 189, p.2)" (apartado 16).

En estas condiciones "las autoridades administrativas y judiciales de un Estado miembro tienen que respetar las certificaciones y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que emanen de las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos, referidos al caso de que se trate, que hagan dudar seriamente de su exactitud".

Sección 2: La comparabilidad de las situaciones

34. La regla de la relatividad. Siguiendo una jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, la prohibición de la discriminación se refiere tanto al hecho de tratar de forma diferente situaciones similares, como al hecho de tratar de forma idéntica situaciones diferentes. En resumen, no hay discriminación cuando se tratan situaciones diferentes de forma diferente.

Este fue el caso en el asunto C-28/92, Leguaye-Neelsen⁷⁵. A la señora Marie-Hélène Leguaye-Neelsen, nacional francesa, se le negó el reembolso de las cotizaciones obligatorias pagadas en concepto de seguro de pensión legal alemán tras haber entrado en la Administración francesa, aunque las personas que entran en la Administración Pública alemana pueden solicitar el reembolso de las cotizaciones que han pagado. En realidad, conforme a la legislación alemana, las personas que dejan de estar sometidas al seguro obligatorio en ese país, sin haber adquirido el derecho a una futura pensión, como regla general, no tienen ningún derecho al reembolso de las cotizaciones pagadas a título obligatorio, pero pueden seguir cotizando a título voluntario al régimen alemán para adquirir el derecho a una pensión futura. Esta regla se aplica con independencia de la nacionalidad del trabajador.

Es precisamente debido a que los trabajadores que han cotizado a título de seguro obligatorio durante menos de sesenta meses y que a continuación entran en la Administración Pública alemana están excluidos del derecho a cotizar a título voluntario (a fin de evitar situaciones de doble seguro), por lo que tienen derecho al reembolso de las cotizaciones pagadas como contrapartida a la pérdida del derecho a una pensión futura. “La situación de estos trabajadores, según el Tribunal, no es comparable a la de los trabajadores que en las mismas circunstancias entran en la Administración Pública de otro Estado miembro, dado que éstos últimos, a diferencia de los primeros, se benefician en Alemania del derecho a cotizar a título voluntario” (apartado 15). “Por eso, la aplicación a los trabajadores que entran en la Administración Pública de otro Estado miembro, del régimen general aplicable a los trabajadores que dejan de estar sometidos al seguro obligatorio no constituye una discriminación prohibida por el artículo 3 del Reglamento nº 1408/71.”

Por otra parte, en su sentencia de 22 de abril de 1993, Levatino, C-65/92⁷⁶, el Tribunal recordó, a propósito de las reglas comunitarias de cálculo de la pensión de jubilación, la sentencia Mura⁷⁷, en la que había considerado que “si la aplicación de la reglamentación comunitaria tiene como resultado beneficiar al trabajador migrante frente a quien no lo es, esto no representa, sin embargo, un carácter discriminatorio

⁷⁵ Sentencia de 16 de diciembre de 1993, Rec. p. I-6857.

⁷⁶ Rec. p. I-2027.

⁷⁷ Sentencia de 13 de octubre de 1977, 22/77, Rec. p. 1699, apartados 9 y 10.

porque los trabajadores migrantes no se encuentran en una situación comparable a la de los trabajadores que no han salido nunca de su país". Además, "las eventuales divergencias existentes en beneficio de los trabajadores migrantes son el resultado no de la interpretación del derecho comunitario, sino de la falta de un régimen común de seguridad social o de la falta de armonización de los regímenes nacionales existentes que no puede paliar la simple coordinación actualmente en vigor" (apartado 49).

35. Diferencias dentro de un mismo Estado. El examen de las situaciones se debe realizar dentro de un mismo Estado miembro. Está claro que la regla de la igualdad de trato no contempla las disparidades de trato "que pueden resultar, de un Estado miembro a otro, de las divergencias existentes entre todas las personas que recaen bajo su aplicación, según criterios objetivos y sin consideración de su nacionalidad"⁷⁸.

Así, el beneficio que podría obtener un trabajador migrante frente a un trabajador sedentario de las "eventuales divergencias existentes entre las legislaciones nacionales (que) son el resultado, no de la interpretación del derecho comunitario, sino de la falta de un régimen comunitario de seguridad social o de la falta de armonización de los regímenes nacionales existentes que no puede paliar la simple coordinación actualmente en vigor" no es ilícito, no se puede establecer ninguna discriminación en el caso de situaciones legales que no son comparables (sentencia de 13 de octubre de 1977, Mura I, 22/77, Rec. p. 1699; en el mismo sentido, sentencia de 22 de abril 1993, Levatino, 65/92).

Como ha observado el abogado general Roemer en el asunto 14/68, Wilhem, la prohibición de discriminación no tiene como finalidad favorecer la armonización del derecho en la Comunidad⁷⁹.

Así, en el asunto anteriormente citado 41/84, Pinna, el Tribunal de Justicia condenó las diferencias de trato dentro de Francia, entre los trabajadores cuyos hijos residen en Francia, la mayor parte nacionales, y que se benefician de prestaciones familiares según lo establecido por la legislación francesa y los trabajadores cuyos hijos residen en otro Estado miembro, en su mayoría migrantes, y que se benefician de prestaciones familiares según lo establecido por el Estado de residencia, en base a la regla del apartado 2 del ex-artículo 73 del Reglamento n 1408/71. Por el contrario, no constituyen una discriminación prohibida las disparidades de trato entre los Estados miembros derivadas de las divergencias entre los regímenes nacionales de las prestaciones familiares.

Sección 3: Diferenciación objetiva

⁷⁸ Asunto 1/78, Kenny, o.c., apartado 18; sentencia de 27 de septiembre de 1988, Lenoir, 313/86, Rec. p. 5391.

⁷⁹ Rec. 1968, p. 30; véanse también las conclusiones del abogado general Capotorti sobre el asunto 155/80, Oebel, Rec. 1981, p. 2013.

36. Consideraciones de carácter natalista. Situaciones comparables no podrán ser tratadas de forma diferente salvo que la diferenciación esté objetivamente justificada o que no sea arbitraria.

Así, consideraciones de carácter natalista no pueden justificar, según el Tribunal, una diferencia de trato según la nacionalidad a la hora de conceder prestaciones de seguridad social, "el Reglamento n° 1408/71 no hace distinción entre los regímenes de seguridad social a los que se aplica según que esos regímenes persigan o no objetivos de política demográfica"⁸⁰.

37. Territorialidad de las prestaciones. En el mismo sentido, los argumentos esgrimidos de la territorialidad de las prestaciones de seguridad social no constituirían ellos mismos una justificación objetiva, al ser precisamente uno de los objetivos fundamentales del Reglamento n° 1408/71 y del artículo 42 del Tratado permitir la conservación de los derechos adquiridos (su exportación) cualquiera que sea la residencia del trabajador o de los miembros de su familia. En realidad, los regímenes nacionales de seguridad social son, en primer término, territoriales; la cuestión es saber si más allá de esa territorialidad, que el Consejo tiene como misión limitar, si no suprimir, en virtud del artículo 42 del Tratado, existen circunstancias que, objetivamente, puedan justificar modalidades particulares para la conservación de los derechos adquiridos que no comportan la eliminación de los riesgos de desigualdad entre los trabajadores (véase la sentencia de 13 de julio de 1976, Triches, 19/76, Rec. p. 1243, y la sentencia Lenoir, antes citada)

Se puede observar que los inconvenientes derivados del fraccionamiento de las prestaciones de seguridad social, en particular en materia de seguro de vejez, debido al hecho de haber desarrollado la carrera profesional en el territorio de varios Estados miembros (y que, por otra parte, son limitadas en la medida de lo posible por las disposiciones del Reglamento n° 1408/71) no constituyen una violación del principio de no discriminación. En efecto, dichos inconvenientes, así como lo observó el Tribunal en el asunto 146/93 (sentencia de 7 de julio de 1994, McLachlan, Rec. p. I-3229; véase igualmente sentencia de 21 de marzo de 1990, Cabras, 199/88, Rec. p. I-1023), son inherentes al hecho de que el artículo 42 del Tratado no "está destinado a organizar un régimen común de seguridad social sino que mira simplemente a establecer reglas de coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros".

Así, conforme a la letra a) del apartado 1 del artículo 49 del Reglamento, el hecho de no computar, en el cálculo de la cuantía de la pensión a cargo de un Estado bajo cuya legislación un trabajador ha adquirido un derecho a la pensión, los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de otro Estado miembro, no representaría una violación del principio de no discriminación (sentencia de 7 de julio de 1998, antes citada).

⁸⁰ Véanse las sentencias de 12 de julio de 1979, Toia, 237/78, Rec. p. 2645; de 14 de enero de 1982, Reina, 65/81, Rec. p. 33, a propósito de préstamos al nacimiento que según el tribunal no debieran sustraerse a la aplicación de las reglas del derecho comunitario relativas a la libre circulación de las personas "debido sólo al hecho de que se conceden en función de consideraciones de política demográfica" (apartado 15); asunto 41/84, Pinna, antes citado.

Sección 4: Carácter absoluto de la prohibición de discriminación

38. La prohibición de discriminación, una vez ésta establecida, es absoluta, incondicional, cualquiera que sea la naturaleza o gravedad de la discriminación (por ejemplo, sentencias de 4 de abril de 1974, Comisión/Francia, 167/73, Rec. p. 359; de 12 de diciembre de 1974, Walrave, 36/74, Rec. p. 1405; de 3 de diciembre de 1974, Van Binsbergen, 33/74, Rec. p. 1299).

Esta prohibición se impone tanto a la acción de las instituciones de las Comunidades Europeas (así, por ejemplo, en materia de prestaciones familiares la invalidación del apartado 2 del ex artículo 73 del Reglamento n 1408/71 por la sentencia de 15 de junio de 1986 ha comportado la modificación del Reglamento) como a la de los Estados miembros. No tiene importancia que las disposiciones en cuestión “ estén determinadas por reglas establecidas por el poder central, por las autoridades de un Estado miembro de un Estado federal u otras entidades territoriales o bien por las autoridades que el derecho nacional les ha equiparado” (sentencia de 3 de julio de 1974, Casagrande, 9/74, Rec. p. 773). En efecto, el hecho de que una materia determinada dependa de la competencia de los Estados miembros no les exime en absoluto de su obligación de aplicar su legislación sin discriminación y sin trabas al libre ejercicio de los derechos que los artículos 39 y siguientes del Tratado garantizan en el marco de la libertad de circulación de las personas.

La prohibición de las discriminaciones se impone igualmente a los particulares (Walrave, antes citada). Esta constatación no es tan teórica como lo parece en el campo de la seguridad social si se piensa en las formas privadas de seguros sociales, algunas de las cuales no están cubiertas por el Reglamento 1408/71, pero sí por las reglas de igualdad de trato enunciadas en los artículos 12 y 39, apartado 2, del Tratado.

CAPITULO 2 : LA DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE

39. Objetivo. La reglamentación comunitaria designa, ante una determinada situación internacional, para cada contingencia cubierta, la legislación de seguridad social de un Estado miembro determinado que llama “Estado miembro competente”, en virtud de la cual nacen las obligaciones o se conceden las prestaciones⁸¹.

El título II del Reglamento n 1408/71 (art. 13 a 17bis) contiene las reglas que permiten determinar la legislación aplicable en la generalidad de los casos, pero también hay que referirse a otras reglas particulares a este efecto contenidas en el título III del Reglamento (relativas a las diferentes categorías de prestaciones) y en el propio Reglamento de aplicación (nº 574/72).

"Estas disposiciones tienen como finalidad, así como lo ha destacado el Tribunal de Justicia, evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales y las complicaciones que de ello se pudieran derivar, pero también impedir que las personas que entran en el campo de aplicación del Reglamento nº 1408/71 se vean

⁸¹ Los terminos “autoridad competente”, “institución competente” y “Estado competente” son definidos en las letras l), o) y q) del artículo 1 del Reglamento n 1408/71.

privadas de protección en materia de seguridad social por falta de legislación que les sea aplicable"⁸².

Sección 1: Prevalencia de la *lex loci laboris*

40. En principio, de conformidad con las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 13 del Reglamento n 1408/71, el trabajador está sometido a la legislación del Estado donde trabaja por cuenta ajena (a) o por cuenta propia (b), aunque resida en el territorio de otro Estado miembro o, si se trata de un trabajador por cuenta ajena, aunque el empresario con el que trabaja tenga su sede o domicilio en el territorio de otro Estado miembros.

Hay que destacar que la letra a) del apartado 2 del artículo 13 no introduce ninguna distinción en función de que la actividad por cuenta ajena se efectúe a tiempo completo o parcial (véase asunto. C-2/89, antes citado, apartado 14).

El sometimiento del trabajador a la legislación del Estado en el que ejerce su actividad supone igualmente la del empresario a la misma legislación por lo que se refiere a la obligación de cotizar, aún cuando éste último resida en otro Estado.⁸³

La elección de la *lex loci laboris*, con remisión secundaria a la ley del país de residencia, especialmente en el caso de pluralidad de lugares de trabajo⁸⁴ responde a una concepción "bismarkiana", todavía dominante en la reglamentación comunitaria, según la cual los costes de la seguridad social corren a cargo del Estado en el que el trabajador ejerce su actividad y contribuye a ese régimen. Además, el derecho positivo de la Europa de los Seis estaba dominado por el sistema del seguro de trabajo. Tras la adhesión de Estados con sistemas universales de seguridad social y habida cuenta de la evolución de las políticas nacionales de seguridad social hacia la

⁸² Véase la sentencia de 3 de mayo de 1990, Kits van Heijningen, C-2/89, Rec. p. I-1769; véanse igualmente las sentencias de 10 de julio de 1986, Luijten, 60/85, Rec. p. 2365; de 24 de marzo de 1994, Van Poucke, C-71/93, Rec. p. I-1101; de 16 de febrero de 1995, Calle Grenzshop Andresen, C- 425/93, Rec. p. I-269; de 13 de marzo de 1997, Huijbrechts, C-131/95, Rec. p. I-1409.

⁸³ Véase la sentencia de 24 de junio de 1975, Football Club d'Andlau, 8/75, Rec. p. 739.

⁸⁴ La reglamentación comunitaria se separa de sus orientaciones tomando en consideración las peculiaridades del caso concreto. Se contemplan en concreto:

- los casos de actividades profesionales ejercidas en varios Estados miembros, entonces se aplica, con carácter subsidiario, la legislación del Estado de residencia (cf. letra b) del apartado 2 del art. 14, y apartado 2 del art. 14bis,) o del Estado del lugar en el que se ejerce la actividad por cuenta ajena (art. 14quater);
- los casos de destino provisional de un trabajador en otro Estado miembro por un período limitado, aplicándose la legislación del Estado de la sede de la empresa (letra a) del apartado 1 del art. 14 y artículo 14bis);
- o también los supuestos de acumulación de prestaciones, entonces se designan, según el caso, la legislación del lugar del parto (párrafo 1 del art. 8 del Reglamento n° 574/72), del lugar de defunción (apartado 1 del art. 9) o la legislación a la que el interesado haya estado sometido en último lugar (final del párrafo 1 del art. 8, párrafo 2 del art. 8, , art. 8 bis; art. 9bis, art. 10bis; etc.)

cobertura para el conjunto de la población, activa o inactiva, se levantaron críticas ante una concepción comunitaria “estática” de solución de los conflictos de leyes⁸⁵. Sin embargo, hay que observar que la elección de la norma de conflicto se inscribe en el marco de la libre circulación de los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, y, por ello, también resulta coherente referirse, con carácter principal, al lugar en el que se ejerce la actividad económica para determinar la legislación aplicable. La falta de homogeneidad suficiente de los regímenes nacionales de seguridad social refuerza esta idea. No se puede ocultar el hecho de que la cuestión de la elección del sistema nacional de seguridad social competente también es, sobre todo, una cuestión de reparto financiero entre los Estados miembros de los costes de la seguridad social de los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad, la cual está ligada al principio de solidaridad financiera.

De todos modos, a falta de disposición específica en el Reglamento, que designe expresamente la ley nacional aplicable a la situación jurídica en cuestión, el Tribunal de justicia considera que se ha de aplicar la legislación del Estado en el que se ejerce la actividad de conformidad con el apartado 2 del artículo 13 del Reglamento⁸⁶.

41. Caso del trabajador inactivo. El Reglamento nº 2195/91 de 25 de junio de 1991 (DOCE 1991, n L 206) introdujo en el apartado 2 del artículo 13 del Reglamento nº1408/71 un nuevo punto referido a la persona a la que la legislación de un Estado miembro deje de ser aplicable sin que se le aplique la legislación de otro Estado miembro. Según esta disposición, la persona a la que se le deje de aplicar la legislación de un Estado miembro que hasta entonces se le aplicaba en virtud del ejercicio de una actividad profesional, está sometida a la legislación del Estado de residencia si no le resulta aplicable ninguna legislación en virtud de las disposiciones de los artículos 13 a 17 del Reglamento.

La fecha y las condiciones en las que la legislación de un Estado miembro dejan de ser aplicables a una persona son determinadas de conformidad con las disposiciones de esa legislación⁸⁷.

Disposiciones particulares excluyen determinadas consecuencias (en materia de acumulación de los períodos de seguro) de la aplicación de la nueva letra f del apartado 2 del artículo 13 del Reglamento nº 1408/71 para los Estados cuya legislación toma en consideración simples períodos de residencia para la adquisición del derecho a determinadas prestaciones de seguridad social (reglamento nº 1408/71, anexo VI, sección "G. Irlanda" y "P. Reino Unido" modificadas por el Reglamento n 2195/91, antes citado).

⁸⁵ Véase P. RODIERE, "L'arrAt Bentzinger et la jurisprudence de la CJCE relative aux conflits de lois", *RTDE*, 1974, pp. 431 y 441. Las normas de conflicto internacionales evidentemente están determinadas por las características fundamentales de los sistemas nacionales de seguridad social. Sobre la evolución de éstos véase en concreto J.J. DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Précis, Dalloz, 1984, pp. 202 y ss.; G. PERRIN, "Cent ans d'assurance sociale", *Revue belge de sécurité sociale*, 1983, p. 837; "La sécurité sociale au passé et au présent", *RFAS*, 1979, p. 87.

⁸⁶ Véase el asunto. 58/87, Rebmann, sentencia de 29 de junio de 1988, Rec. 1988, p. 3467.

⁸⁷ Véase el nuevo artículo 10ter del Reglamento nº 574/72, introducido por el Reglamento nº 2195/91 de 25 de junio de 1991, antes citado.

42. Empresario. El sometimiento del trabajador a la legislación del Estado en el que ejerce su actividad supone igualmente el sometimiento del empresario a la misma legislación por lo que se refiere a la obligación de cotizar, aún cuando éste último resida en otro Estado (sentencia de 24 de junio de 1975, Football Club de Andlau, 8/75).

Se puede observar que:

- el empresario no puede ser obligado al pago de cotizaciones mayores por el hecho de que su domicilio o la sede de su empresa se encuentren en el territorio de un Estado miembro diferente del Estado competente (Reglamento, art. 91);
- las cotizaciones debidas a una institución de un Estado miembro pueden ser satisfechas en el territorio de otro Estado miembro, siguiendo el procedimiento administrativo y con las garantías y privilegios previstos, en materia de pago de las cotizaciones, por la legislación de éste último Estado (Reglamento, art. 92).

El empresario que no se haya establecido en el territorio del Estado miembro donde se halle ocupado el trabajador, podrá llegar a un acuerdo con dicho trabajador para que éste se encargue de cumplir las obligaciones del empresario referentes al pago de cuotas. El empresario deberá notificar dicho acuerdo a la institución competente o, en su caso, a la institución designada al efecto por la autoridad competente del citado Estado miembro (Reglamento 574/72 art. 109). Naturalmente, el empresario reembolsará al trabajador la cuantía de la parte del empresario de las cotizaciones.

Sección 2: Carácter obligatorio de la elección de la legislación aplicable

43. El carácter obligatorio de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento deriva necesariamente de la primacía del derecho comunitario sobre los derechos internos. De ello se desprende que los trabajadores no tendrán la posibilidad de elegir libremente la legislación nacional aplicable, incluso cuando cumplan las condiciones de sometimiento a varios regímenes nacionales, de la misma manera que “los Estados miembros no disponen de la facultad de determinar en qué medida es aplicable su legislación o la de otro Estado miembro”, estando obligados “a respetar las disposiciones de derecho comunitario en vigor”⁸⁸. La aplicación de una legislación nacional es establecida por las reglas comunitarias en función de determinados criterios objetivos; el sometimiento a dicha legislación nacional, designada por el derecho comunitario, depende, como lo sentenció el Tribunal de Justicia en el asunto 12/67 (Guissart), de las circunstancias objetivas en que se encuentra el trabajador y en todo caso fuera de su libre elección⁸⁹. El abogado general VerLoren van Themaat también precisó, en sus conclusiones sobre el asunto 276/81 (Kuijpers), que «no

⁸⁸ Véase la sentencia de 23 de septiembre de 1982, Kuijper, 276/81, Rec. p. 3027. Comparar con las sentencias de 24 de abril de 1980, Coonan, 110/79, Rec. p. 1445 y de 23 de septiembre de 1982, Koks, 275/81, Rec. p. 3013. Véase también el asunto 302/84, Ten Holder, antes citado, apartado 21, y las sentencias de 10 de julio de 1986, Luitjen, 60/85, Rec. p. 2368; de 4 de octubre de 1991, De Paep, C-196/90, Rec. p. I-4828.

⁸⁹ Sentencia de 13 de diciembre de 1967, Rec. p. 551.

compete al Estado miembro establecer él mismo una norma - a cargo de otros Estados miembros – que evite la acumulación de la aplicación de varias legislaciones dado que el propio Reglamento indica la norma a seguir en materia de conflicto" (Rec. 1982, p. 3051).

El carácter obligatorio de las normas de conflicto ha sido afirmado claramente a propósito del derecho a prestaciones de desempleo de trabajadores fronterizos⁹⁰. A diferencia de los trabajadores en situación de desempleo completo, distintos de los fronterizos, que disponen, en virtud de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 del Reglamento n° 1408/71, de una opción entre las prestaciones del Estado de trabajo y las del Estado de residencia, los trabajadores fronterizos sólo se benefician, en virtud de las disposiciones de la letra a) ii) del apartado 1 del artículo 71 del mismo Reglamento, de las prestaciones del Estado de residencia. Según el Tribunal de Justicia, «el artículo 71, apartado 1, letra a), ii), del Reglamento n° 1408/71, debe ser interpretado en el sentido de que un trabajador fronterizo en situación de desempleo completo que entra en el campo de aplicación de esas disposiciones sólo puede pretender las prestaciones del Estado miembro de residencia, incluso aunque cumpla las condiciones exigidas por la legislación del Estado miembro del último empleo para obtener el derecho a la prestación" (asunto Miethe, antes citado).

Hay que referirse también a la sentencia de 5 de marzo de 1998, Molenaar (C-160/96, Rec. p. I-843) que subraya el carácter obligatorio de las normas contenidas en el Reglamento n° 1408/71 en virtud de las cuales se determina el régimen de seguridad social de un Estado miembro competente, sin que el asegurado pueda tener la posibilidad de renunciar al beneficio de las prestaciones previstas por dicho régimen y, en consecuencia, solicitar ser exonerado del pago de las correspondientes cotizaciones.

Esta evolución es absolutamente conforme a la finalidad de la reglamentación comunitaria en esta materia que es la de evitar las imprecisiones y acumulaciones de cargas que pudieran resultar de la aplicación simultánea de los regímenes de varios Estados miembros.

Sección 3: Unicidad y exclusividad de la legislación aplicable

44. El apartado 1 del artículo 13 enuncia el principio de la unicidad de la legislación aplicable, que preside el conjunto de las normas de conflicto contenidas en los artículos 13, apartado 2, a 17 bis del Reglamento.

En concreto, de ello se deriva que ningún Estado miembro distinto de aquél cuya legislación resulta aplicable está habilitado para percibir cotizaciones del trabajador en cuestión⁹¹, de este modo, el régimen aplicable en materia de cotizaciones es completamente paralelo al que se aplica a las prestaciones. Destacamos que así se

⁹⁰ Sentencia de 12 de junio de 1986, Miethe, 1/85, Rec. 1837; véase también la sentencia de 29 de junio de 1988, Rebmann, 58/87, Rec. 3467.

⁹¹ Véase asunto 102/76, Perenboom, Rec. 1977, p. 824.

admiten beneficios para los que no se ha efectuado pago alguno de cotizaciones⁹²: en los regímenes de seguridad social, prestación y cotización no siempre están ligados la una a la otra en el sentido de que el pago de la cotización condiciona la obtención de la prestación.

Más allá de la legislación aplicable, la cuestión que se plantea es saber si las normas de conflicto excluyen en todas las circunstancias la aplicación de la legislación de un Estado miembro diferente del designado por las disposiciones comunitarias sin violar los artículos 39 a 42 del Tratado.

Lo único que podemos decir es que la jurisprudencia del Tribunal no ha sido constante a este respecto.

Tras haber sentenciado en los asuntos 92/63 (Nonnenmacher), antes citado y 19/67 (sentencia de 5 de diciembre de 1967, Van der Vecht, Rec. p. 445) que la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales estaba permitida, incluso aunque esto tuviera como efecto incrementar la carga contributiva del trabajador o del empresario, dado que resultaba en beneficio del interesado un “correspondiente complemento de protección social”, el Tribunal de justicia defendió la tesis de un aplicación estricta de la regla de la exclusividad de la legislación aplicable designada por los reglamentos en los asuntos 302/84 (Ten Holder), 60/85 (Luijten) y 1/85 (Miethe), anteriormente citados.

45. Incidencia sobre las condiciones de concesión de las prestaciones. La seguridad social de un determinado Estado miembro se aplica íntegramente al trabajador. Y las condiciones de concesión de las prestaciones son las previstas por la legislación nacional aplicable⁹³.

Sin embargo, para determinar si las condiciones de concesión previstas por la legislación en cuestión se cumplen, hay que tener en cuenta los otros principios rectores comunitarios. A saber, la conservación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición y la igualdad de trato.

Obviamente, las condiciones de afiliación de una persona a un régimen de seguridad social no pueden tener como efecto la exclusión de la aplicación de la legislación en cuestión a las personas a las que en virtud del Reglamento 1408 /71 es aplicable esta legislación⁹⁴.

⁹² Véanse las conclusiones del abogado general VerLoren van Themaat sobre el asunto 275/81, Koks, Rec. 1982, p. 3026.

⁹³ A título de ejemplo, véanse las sentencias de 19 de enero de 1978, Recq, 84/77, Rec. p. 7; de 12 de julio de 1976, Brunori, 266/78, Rec. p. 2705; de 24 de abril de 1980, Coonan, 110/79, Rec. p. 1445; de 17 de mayo de 1984, Brusse, 101/83, Rec. p. 2223; de 24 de septiembre de 1987, De Rijke, 43/86, Rec. p. 3611; de 28 de febrero de 1989, Schmitt, 29/88, Rec. p. 581; de 18 de mayo de 1989, Troiani, 368/87, Rec. p. 1333; de 3 de mayo de 1990, Kits van Heijningen, C-2/89, Rec. p. I-1755; de 13 de marzo de 1997, Huijbrecht, C-139/93, Rec. p. I-1409; de 11 de junio de 1998, Kuurijärvi, C-275/96, Rec. p. I-3419.

⁹⁴ Sentencias de 4 de octubre de 1991, De Paep, C-196/90, Rec. p. I-4828; de 3 de mayo de 1990, Kits van Heijningen, C-2/89, Rec. p. I-1755.

46. Recursos de la institución deudora frente a terceros responsables. El artículo 93, párrafo 1, del Reglamento permite a una institución de seguridad social que ha otorgado prestaciones como consecuencia de un daño que se ha producido en el territorio de otro Estado miembro, ejercer frente a terceros responsables del daño las modalidades de recurso previstas por el derecho que aplica, tanto si se trata de la vía de la subrogación como de cualquier otra técnica jurídica (véase la sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Entr'aide médicale*, 27/69, Rec. p. 405, apartado 15). El derecho así conferido a las instituciones nacionales de seguridad social constituye el complemento lógico y equitativo de las reglas de determinación de la legislación aplicable y de extensión de las obligaciones de dichas instituciones a todo el territorio de la Comunidad, extensión que emana de las disposiciones del Reglamento (véanse sentencias de 11 de marzo de 1965, *Van Dijk*, 33/64, Rec. p. 131; de 9 de diciembre de 1965, *Hessische Knappschaft*, 44/65, Rec. p. 1191).

Por tanto, cada Estado miembro reconoce la subrogación de la institución deudora en los derechos que el beneficiario de las prestaciones ostenta frente a terceros obligados a reparar el daño o el derecho de la institución deudora a actuar directamente contra los terceros cuando una u otra de esas vías de derecho esté prevista a favor de la institución deudora en la legislación del Estado miembro de la que depende⁹⁵.

Sección 4: Reglas particulares y excepciones al principio del país de trabajo

47. El principio de la *lex loci laboris* sufre algunas adaptaciones y excepciones formuladas especialmente en los artículos 14 a 17 bis del Reglamento n° 1408/71. En efecto, así como lo observó el Tribunal de Justicia en el asunto 101/83 (*Brusse*)⁹⁶, en determinadas situaciones particulares la aplicación pura y simple de la regla contenida en la letra a) del apartado 2 del artículo 13 correría el riesgo no de evitar, si no todo lo contrario, de crear tanto para el trabajador como para el empresario y los organismos de seguridad social, complicaciones administrativas cuyo efecto sería retrasar la tramitación de los expedientes relativos a los trabajadores y dificultar así el ejercicio de su libre circulación (apartado 10). En el título III del Reglamento n° 1408/71 y en el Reglamento 574/72 están también previstas reglas específicas para tales situaciones, justificadas por la naturaleza del trabajo en cuestión, por la de las prestaciones otorgadas al interesado o a las que tiene derecho, por “consideraciones sociales y de eficacia práctica”.

Las diferentes situaciones reguladas por las disposiciones particulares de los reglamentos se pueden clasificar de la siguiente manera:

- Funcionarios y personal asimilado: aplicación de la "legislación del Estado miembro del que depende la Administración para la que trabajan" (artículo 13, apartado 2, d)).

⁹⁵ Para un caso de aplicación, véase la sentencia de 2 de junio de 1994, *DAK*, C-428/92, Rec. p. I-2270.

⁹⁶ Sentencia de 17 de mayo de 1984, Rec. p. 2223; véase también la sentencia de 29 de junio de 1988, *Rebmann*, 58/87, antes citada.

- Personas llamadas al servicio militar o al servicio civil de un Estado miembro: aplicación de la legislación de ese Estado (artículo 13, apartado 2, e)).
- Persona a la cual la legislación de un Estado miembro deje de ser aplicable, sin que le resulte de aplicación la legislación de otro Estado miembro de conformidad con las otras normas de conflicto: aplicación de la legislación del Estado de residencia (art.13, apartado 2, f).
- Gente de mar: aplicación de la ley del pabellón (artículo 13, apartado 2, c))⁹⁷.
- Trabajadores empleados en los puertos o en las aguas territoriales de un Estado miembro: aplicación de la legislación de ese Estado (artículo 14 ter, apartado 3).
- Trabajadores con destino temporal en otro Estado miembro: aplicación de la legislación del Estado de procedencia a condición de que la duración previsible del trabajo no exceda los 12 meses (salvo prolongación excepcional) y que la persona no haya sido enviada en sustitución de otra que ha llegado al final del período por el que ha sido destinado (para evitar la práctica de "rotaciones") (artículo 14, apartado 1).

En su famosa sentencia Manpower de 17 de diciembre de 1970 (35/70, Rec. p. 1251), el Tribunal subrayó el objetivo de esta última excepción a la regla del Estado de trabajo (entonces contenida en la letra a) del artículo 13 del Reglamento n° 3]: se trata de promover la libre prestación de servicios en beneficio de las empresas que hacen uso de la misma enviando trabajadores a otros Estados miembros diferentes del Estado en el que están establecidas y favorecer la interpenetración económica (apartado 10), evitando que una empresa establecida en un Estado miembro se vea obligada a afiliar a sus trabajadores, sometidos normalmente a la legislación de seguridad social de ese Estado, al régimen de seguridad social de otro Estado miembros al que se les envía para realizar un trabajo durante un período limitado de tiempo (apartado 11). Así, el Tribunal consideró que esta excepción era aplicable a una empresa de trabajo temporal que deseaba ofrecer servicios transfronterizos, a condición de que ejerciese una actividad "normal" en el Estado miembro en el que estaba establecida (apartado 16).

En su sentencia de 10 de febrero de 2000, Fitzwilliam (C-202/97, Rec. p. I-883), el Tribunal precisó más las condiciones de aplicación de la letra a) del apartado 1 del artículo 14 del Reglamento n° 1408/71 en relación a los trabajadores interinos destinados en otro Estado miembro, con el fin de evitar que el recurso a esta excepción se desvíe de su finalidad y sólo sea necesaria, en realidad, una voluntad decidida a escapar a la aplicación de la regla general del Estado de trabajo.

Según el Tribunal se han de respetar dos condiciones:

Por una parte, durante la duración del destino temporal debe existir un vínculo orgánico entre la empresa y los trabajadores que ésta ha enviado al territorio de otro

⁹⁷ El artículo 14ter del Reglamento contiene varias excepciones a esta regla.

Estado miembro. A este respecto, es suficiente que el trabajador sea desplazado bajo la autoridad de la empresa.

Por otra parte, la empresa de trabajo temporal debe ejercer normalmente actividades en el Estado miembro de establecimiento, es decir, ejercer allí "habitualmente actividades significativas". A este respecto, el Tribunal cita una serie de criterios que sirven para caracterizar dichas actividades:

"el lugar del domicilio social de la empresa y de su administración, la plantilla del personal administrativo que trabaja respectivamente en el Estado miembro de establecimiento y en el otro Estado miembro, el lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y donde se celebran la mayor parte de los contratos con la clientela, la ley aplicable a los contratos de trabajo celebrados por la empresa con sus trabajadores, por una parte, y con sus clientes, por otra, así como el volumen de negocios efectuado durante un período suficientemente significativo en cada Estado miembro de que se trate" (apartado 43).

Por el contrario, la naturaleza de los trabajos encargados a los trabajadores puestos a disposición de empresas situadas en el territorio del Estado miembro en el que está establecida la empresa de trabajo temporal y a los trabajadores destinados en el territorio de otro Estado miembro carece de relevancia.

Así, en el caso de un desplazamiento de trabajadores, la institución competente del Estado miembro donde la empresa de trabajo temporal está establecida normalmente expedirá un certificado (E 101) en el que se constata que su régimen de seguridad social sigue siendo aplicable durante el período del traslado. En función de los principios de unicidad de la legislación aplicable y de seguridad jurídica, "ese certificado implica necesariamente que no puede aplicarse el régimen del otro Estado miembro" (apartado 49). Crea "una presunción de la conformidad a Derecho de la afiliación de los trabajadores desplazados al régimen de Seguridad Social del Estado miembro en el que está establecida la empresa de trabajo temporal" y se impone, por tanto, a la institución competente del Estado miembro en el que se hallan destinados esos trabajadores (apartado 53), dado que, "hasta tanto no se retire o no se declare la invalidez del certificado E 101, la institución competente del Estado miembro en el que los trabajadores están desplazados debe tener en cuenta el hecho de que éstos ya están sometidos a la legislación de Seguridad Social del Estado donde la empresa que los emplea está establecida y por consiguiente, esta institución no puede someter a los trabajadores en cuestión a su propio régimen de Seguridad Social" (apartado 55).

Sin embargo, el Tribunal observa que el principio de cooperación leal, establecido en el artículo 5 del Tratado (convertido en artículo 10 CE) "exige a la autoridad competente proceder a una apreciación correcta de los hechos pertinentes para aplicar las normas relativas a la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social y, por tanto, para garantizar la exactitud de las menciones que figuran en el certificado E 101" (apartado 51). Le compete "volver a considerar la fundamentación de dicha expedición y, en su caso, retirar el certificado cuando a la institución competente del Estado miembro en el que los trabajadores están desplazados le surjan dudas en cuanto a la exactitud de los hechos que constituyen la base de dicho certificado y, por lo tanto, de las menciones que en él figuren" (apartado 56).

Por otra parte, a las autoridades afectadas que no consigan ponerse de acuerdo les está permitido dirigirse a la comisión administrativa para la seguridad social de los trabajadores migrantes, con independencia de la posibilidad para el Estado miembro en cuyo territorio están destinados los trabajadores afectados de interponer un recurso por incumplimiento en virtud del artículo 170 del Tratado (convertido en el artículo 227 CE) (apartado 58).

- Trabajadores por cuenta propia que se desplazan a otro Estado miembro para ejercer un trabajo, el apartado 1 del artículo 14 bis del Reglamento n° 1408/71 contiene una disposición similar a la del apartado 1 del artículo 14 aplicable esta vez a los trabajadores por cuenta propia que se trasladan a otro Estado miembro para efectuar en él un trabajo ocasional: estos trabajadores siguen estando igualmente sometidos a la legislación del primer Estado en el que ejercen normalmente una actividad por cuenta propia.

En la sentencia Banks , antes citada, el Tribunal tuvo que precisar el término «trabajo» efectuado en otro Estado miembro: ¿incluye toda prestación de trabajo, por cuenta ajena o por cuenta propia, o únicamente un trabajo por cuenta propia?

En este caso concreto, el señor Banks y otros cantantes de ópera, así como un director de orquesta habían reclamado contra la retención de cotizaciones de su cachet por parte del Théâtre royal de la Monnaie (TRM) en concepto del régimen general de la seguridad social belga de los trabajadores *por cuenta ajena*. Ellos estimaban que en virtud del apartado 1 del artículo 14 bis del Reglamento estaban exclusivamente sometidos al régimen de seguridad social británico en cuanto trabajadores por cuenta propia, dado que ejercían normalmente su actividad profesional en el Reino Unido, donde, por otra parte, residían, y que habían sido contratados por el TRM para actuar en Bélgica durante un período de tres años por menos de tres meses de actividad en total (con la excepción sólo de uno de ellos cuyos contratos le llevaban a un período de poco más de cuatro meses de prestaciones).

El Tribunal, basándose en la letra a) del apartado 1 del artículo 14 bis (apartado 21) y, hecho excepcional, en los trabajos preparatorios (apartado 23)⁹⁸, consideró que el término debía extenderse a toda prestación de trabajo, por cuenta ajena o propia. **El «trabajo» debe consistir en una tarea determinada cuyo contenido y duración estén predefinidos y cuya realización se pueda probar con la celebración de los correspondientes contratos**” (apartado 27).

- Trabajadores empleados en diferentes Estados miembros: aplicación de la legislación del Estado de residencia del trabajador si ejerce en él una parte de su

⁹⁸

La propuesta inicial de la Comisión (DO 1978, C 14, p. 9) utilizaba los términos «prestaciones de servicio» queriendo reservar de este modo la aplicación de la disposición al caso de realización de un trabajo por cuenta propia en el territorio de otro Estado miembro.

actividad (artículo 14, apartado 2 letra b) y 14 bis, apartado 2, del Reglamento): si no, aplicación de la legislación de la sede o del lugar de la actividad principal⁹⁹.

- Personas que ejercen simultáneamente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en el territorio de diferentes Estados miembros: la letra a) del artículo 14 quater del Reglamento n° 1408/71 determina la legislación aplicable a las personas que ejercen simultáneamente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en el territorio de dos o más Estados miembros, se trata de la legislación del Estado en cuyo territorio la persona ejerce su actividad por cuenta ajena, o, si ejerce dicha actividad en el territorio de dos o más Estados miembros, de la legislación determinada conforme al artículo 14, apartado 2 o 3 (en general, aplicación, con carácter subsidiario, de la legislación del Estado de residencia)¹⁰⁰.

La aplicación del artículo 14 quater del Reglamento requiere que se pueda determinar la naturaleza de las actividades profesionales ejercidas en diferentes Estados miembros. Ahora bien, las nociones de actividad por cuenta ajena y de actividad por cuenta propia no se hallan definidas en el Reglamento. Las dificultades prácticas derivadas de esta falta de definición han llevado al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre la cuestión. Ha estimado que por lo que concierne a la aplicación del Título II del Reglamento, relativo a la determinación de la legislación aplicable, hay que

⁹⁹ Para casos de aplicación, véase:

- sentencia de 16 de febrero de 1995, Calle Grenzshop Andresen, C-425/93, Rec. p. I-291, a propósito de un trabajador danés residente en Dinamarca y empleado exclusivamente por una empresa que tenía su sede social en Alemania, especializada en la venta de vinos, bebidas alcohólicas y regalos. En el marco de esta relación laboral, el interesado ejercía de manera regular, varias horas a la semana y durante un período que no estaba limitado a doce meses, una parte de su actividad en Dinamarca.

El Tribunal estimó que el interesado dependía, en aplicación de la letra b) del apartado 2 del artículo 14, de la seguridad social danesa y, por tanto, que el organismo alemán no podía reclamar las cotizaciones para el interesado dado que éste ya las pagaba al organismo danés.

Además, el hecho de que la actividad ejercida por el interesado en Dinamarca excediera la duración de 12 meses, excluía que se le pudiera aplicar la letra a) del apartado 1 del artículo 14 (que se refiere al supuesto en que una empresa establecida en un Estado miembro destina a un trabajador a otro Estado miembro por un período inferior a 12 meses y que designa, como ley aplicable, la legislación del primer Estado);

- Sentencia de 13 de octubre de 1993, Zinnecker, C-121/92, Rec. p. I-5023 relativa al caso de un nacional alemán residente en Alemania que ejercía una actividad por cuenta propia en parte en Alemania y en parte en los Países Bajos: en virtud del artículo 14 bis del Reglamento n° 1408/71, la legislación aplicable es la del Estado miembro en el que reside el trabajador por cuenta propia, en este caso la legislación alemana. Por tanto, las autoridades de los Países Bajos no podían reclamar al interesado, el cual, en este caso, no estaba asegurado ni en Alemania ni en los Países Bajos, las cotizaciones en base al derecho neerlandés por su actividad en ese país.

¹⁰⁰ Sin perjuicio de los casos mencionados en el anexo VII del Reglamento que dan lugar, conforme a la letra b) del artículo 14 quater, a la aplicación conjunta de dos legislaciones nacionales. Esto es así cuando la actividad por cuenta propia se ejerce en Francia y la actividad por cuenta ajena en otro Estado miembro (salvo Luxemburgo) o cuando una actividad por cuenta propia agrícola se ejerce en Francia y una actividad por cuenta ajena en Luxemburgo: la persona está sometida a la legislación de cada uno de los Estados por lo que concierne a la actividad ejercida en su territorio. Sin embargo, la actividad por cuenta ajena ejercida en el territorio de otro Estado puede ser tomada en consideración para conferir, en su caso, a la actividad por cuenta propia ejercida en el territorio de un Estado miembro, el carácter de actividad complementaria, con las consecuencias favorables para el trabajador que resultan en el ámbito de las cotizaciones (artículo 14, quinquies, apartado 2).

remitirse a la legislación de la seguridad social del Estado en cuyo territorio se ejerce la actividad para calificarla como actividad por cuenta ajena o por cuenta propia (sentencias de 30 de enero de 1997, de Jaeck, C-340/94, Rec. p. I-461 y Hervein, C-221/95, Rec. p. I-609).

El señor de Jaeck, de nacionalidad belga, ejercía en 1984 una doble actividad profesional. Además de actividades por cuenta ajena en el territorio belga donde residía, el Sr. Jaeck era el director y el único accionista de una sociedad de responsabilidad limitada en los Países Bajos a donde viajaba generalmente dos días a la semana. En concepto de esta última actividad se le había exigido el pago de cotizaciones al régimen general de seguros sociales de los Países Bajos. Así se planteó la cuestión de saber si las actividades en los Países Bajos debían ser consideradas como actividades por cuenta ajena o por cuenta propia para la aplicación de los artículos 14 bis o 14 quater del Reglamento y, más en general, de su título II.

Por lo que se refiere al Sr. Hervein, de nacionalidad francesa y residente en Francia, había ejercido hasta octubre de 1986 en Francia y en Bélgica una actividad profesional similar (funciones de presidente-director general y consejero delegado de sociedades de derecho belga en francés). Durante todo el período contencioso, dada la ausencia de lazo de subordinación con las empresas en cuestión, el Sr. Hervein no había estado vinculado por un contrato de trabajo. En el régimen de seguridad social belga el Sr. Hervein era considerado un trabajador por cuenta propia, mientras que en la legislación francesa estaba sometido a un régimen de seguridad social de los trabajadores por cuenta ajena (todo ello sin perder su condición de trabajador por cuenta propia desde el punto de vista del derecho laboral, dado que no estaba ligado a la empresa francesa por ningún tipo de relación de subordinación). Se planteó la cuestión de saber cómo calificar la actividad ejercida en Francia respecto a los artículos 14 bis y 14 quater del Reglamento y, más en general, de su título II.

En las dos sentencias citadas, el Tribunal estimó que «aunque es verdad que las disposiciones del título II del Reglamento se refieren literalmente a las personas que ejercen una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia y no a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, una interpretación lógica y coherente del campo de aplicación personal del Reglamento y del sistema de normas del conflicto de leyes que contempla, exige interpretar las nociones en cuestión del título II del Reglamento a la luz de las definiciones de su art. 1, letra a)». Por tanto, como la calificación de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, en el sentido de los artículos 1, letra a) y 2, apartado 1 del Reglamento, resulta del régimen nacional de seguridad social al que está afiliado el trabajador, hay que entender por actividad por cuenta ajena y actividad por cuenta propia en el sentido del título II del Reglamento las actividades que son consideradas tales en la legislación aplicable en materia de seguridad social en el Estado miembro en cuyo territorio se ejercen las actividades”.-

- Personas que ejercen simultáneamente una actividad de funcionario y una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en el territorio de diferentes Estados miembros. Según el art 14 sexies del Reglamento nº 1408/71, el interesado está sometido a la legislación del Estado miembro en el que está cubierto por un régimen especial de funcionarios.

Como para el trabajador contemplado en el artículo 14 quater, letra b), el artículo 14 quinquies prevé que el interesado sea tratado, de cara a la aplicación de la legislación aplicable, como si ejerciese el conjunto de su actividad profesional en el territorio del Estado competente.

- Personas que ejercen simultáneamente una actividad de funcionario en varios Estados miembros: en virtud del artículo 14 septies, una persona que está simultáneamente empleada en dos o más Estados miembros como funcionario (o personal asimilado) y que depende, al menos en uno de dichos Estados, de un régimen especial de funcionarios, está sometido a la legislación de cada uno de esos Estados miembros.

Los funcionarios escapan así a la regla de la unicidad de la legislación aplicable.

- Trabajadores de empresas fronterizas: aplicación de la ley de la sede (art. 14, ap. 3, y 14 bis, ap. 3).

- Personal de servicio de las misiones diplomáticas y de las oficinas consulares y agentes auxiliares de las Comunidades Europeas: aplicación de la *lex loci laboris*, salvo posibilidad de opción a favor de la legislación del Estado al que representan, del Estado de envío o de origen (art. 16)¹⁰¹.

- Trabajadores que se benefician de acuerdos que constituyen una excepción a los artículos 13 a 16 del Reglamento, celebrados, en su interés, entre dos o más Estados miembros o instituciones de seguridad social (art. 17).¹⁰²

- Titulares de pensiones o de rentas: los titulares de pensiones o de rentas en virtud de la legislación de uno o varios Estados miembros que trasfieren su residencia al territorio de otro Estado pueden, previa solicitud, quedar exentos de la aplicación de la legislación del Estado de residencia (en particular, cuando ya tienen derecho a las prestaciones de enfermedad o a prestaciones para los hijos emanadas de la legislación de otro Estado miembro), a condición de que no estén sometidos a esa legislación en función del ejercicio de una actividad profesional (Reglamento n° 1408/71, artículo 17 bis).

- Personas destinadas a un país tercero: es una constante de la jurisprudencia que el simple hecho de que las actividades de un trabajador se ejerzan fuera del territorio de la Comunidad no es suficiente para descartar la aplicación de las reglas comunitarias sobre la libre circulación de los trabajadores, dado que la relación laboral guarda una

¹⁰¹ Sin embargo, conviene observar que la decisión de un miembro del personal del servicio de una oficina consular o diplomática de optar por la aplicación de la legislación social del Estado de envío no tiene como efecto privar a su cónyuge de un beneficio de seguridad social (como las prestaciones familiares) que le asegura, con independencia de la cobertura social de su cónyuge, la legislación del Estado miembro en el que reside, sin perjuicio de las reglas antiacumulación contenidas en la reglamentación comunitaria (Véase, a este respecto, art. 10, ap. 1, letra a), del Reglamento n° 574/72) (véase la sentencia de 3 de junio de 1999, Gómez Rivero, C-24/97, Rec. p. I-3219).

¹⁰² Véase asunto 101/83, Brusse, antes citado.

conexión suficientemente estrecha con el territorio de la Comunidad. Así, en la situación de un nacional neerlandés, que vivía en los Países Bajos, cuando fue contratado por una empresa establecida en Alemania y enviado inmediatamente a Tailandia, dicha conexión se encontraba en el hecho de que el trabajador comunitario había sido contratado por una empresa de otro Estado miembro y, de hecho, había sido afiliado al régimen de seguridad social de ese Estado (sentencia de 29 de junio de 1994, Alderwereld, C-60/93, Rec. p. I-2991).

Queda por determinar la legislación aplicable a ese trabajador. En el citado asunto 60/93 el Tribunal, tras haber establecido los elementos de conexión con la legislación de un Estado miembro (a saber, el lugar de residencia del trabajador y el lugar donde el empresario está establecido) recordó que, en el sistema del Reglamento, la aplicación de la legislación del Estado miembro de residencia del trabajador aparece como una regla accesoria que sólo interviene en la hipótesis de que esa ley presente un vínculo de conexión con la relación de trabajo. Así, cuando el trabajador no reside en el territorio de uno de los Estados miembros en los que ejerce su actividad, es normalmente la ley de la sede o del domicilio del empresario la que se aplica. También, para determinar, en este caso, la ley aplicable, el Tribunal se refirió al artículo 14, § 2, b, ii, del reglamento n° 1408/71, que prevé la aplicación de la legislación del Estado de la sede o del domicilio del empresario. De ello resulta que al interesado que, debido a su empleo debe las cotizaciones sociales conforme a esta legislación, no se le pueden exigir las cotizaciones en aplicación de la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside.

48. Por otra parte, el título III del Reglamento comprende disposiciones particulares para diferentes categorías de prestaciones que contienen también normas de conflicto. En concreto destacamos:

- el artículo 57, apartado 1, en materia de prestaciones por enfermedad profesional cuando el interesado haya estado expuesto al mismo riesgo en varios Estados miembros (en principio aplicación de la legislación del último Estado de exposición al riesgo);
- el artículo 71 en materia de prestaciones de desempleo, cuando el parado durante su último empleo ha residido en un Estado miembro diferente del Estado competente (véase n° 74, infra);
- el artículo 73 en materia de prestaciones familiares cuando los hijos residan en un Estado miembro diferente del Estado de trabajo (véase n° 76, infra);
- el artículo 76 en caso de acumulación de derechos a prestaciones en virtud de los artículos 73 o 74 y a raíz del ejercicio de una actividad profesional en el país de residencia de los miembros de la familia (prevalencia de la legislación del Estado de residencia de la familia);
- el artículo 77, apartado 2, en materia de prestaciones para hijos a cargo de titulares de pensiones o de rentas (véase n° 80, infra);
- el artículo 78, apartado 2, en materia de prestaciones de orfandad (véase n° 80, infra);

- el artículo 79, apartados 2 y 3, en caso de acumulación de prestaciones para hijos a cargo de pensionistas o para huérfanos y de prestaciones ligadas al ejercicio de una actividad profesional (prevalencia de la legislación del Estado de la actividad profesional).

49. Complemento diferencial en materia de prestaciones familiares. Por lo que se refiere a la concesión de las prestaciones familiares (capítulo 7 del título III del reglamento) y de prestaciones para hijos a cargo de pensionistas o para huérfanos (capítulo 8), el Tribunal de justicia ha desarrollado, a través de una jurisprudencia llamada del «complemento diferencial» la regla según la cual el conjunto de las prestaciones adquiridas para hijos a cargo, en los diferentes Estados miembros, deben ser garantizadas a los trabajadores que se desplazan dentro de la comunidad "con el límite de la más elevada de las cuantías de esas prestaciones". De ello resulta que las reglas antiacumulación contenidas en los artículos 76 y 79, apartado 3, del Reglamento n° 1408/71 y 10, apartado 1, del Reglamento n° 574/72, que tienen como efecto suspender el derecho a una de las prestaciones en curso, así como las normas de conflicto contenidas en los artículos 73, 77, apartado 2, 78, apartado 2, y 79, apartado 2, que designan la legislación aplicable para la concesión de las prestaciones consideradas, sólo se pueden aplicar parcialmente cuando la cuantía de las prestaciones cuyo pago está suspendido es superior al de las prestaciones adquiridas en virtud de las disposiciones comunitarias citadas: en ese caso, éstas se aplican sólo hasta alcanzar la cuantía efectivamente pagada en virtud de la legislación que designan o cuya aplicación mantienen.

La "regla del efecto parcial" fue inaugurada en el asunto 100/78 (sentencia de 6 de marzo de 1979, Rossi, Rec. p. 831), que ilustra de un modo típico la importancia de la interpretación teleológica en la aplicación del derecho comunitario¹⁰³.

¹⁰³ Véase a propósito

- del artículo 76: sentencias de 23 de abril de 1986, Ferraioli, 153/84, Rec. p. 1401; de 27 de junio de 1989, Georges, 24/88, Rec. p. 1905;
- del artículo 77, apartado 2, b, i: sentencias de 12 de junio de 1980, Laterza, 733/79, Rec. 1915; de 11 de junio de 1991, Athanosopoulos y otros, C-251/89, Rec. p. I-2797;
- del artículo 77, apartado 2, a: sentencia de 14 de marzo de 1989, Baldi, 1/88, Rec. p. 667;
- del artículo 78, apartado 2, b, i: sentencias de 9 de julio de 1980, Gravina, 807/79, Rec. p. 3811; de 12 de julio de 1984, Patteri, 242/83, Rec. p. 3171; de 14 de marzo de 1989, Baldi, antes citada; de 11 de junio de 1991, Athanosopoulos et autres, antes citada; de 19 de marzo de 1992, Doriguzzi-Zordanin, C-188/90, Rec. p. I-2053; de 18 de febrero de 1993, Gobbis, C-218/91, Rec. p. I-720;
- del artículo 78, apartado 2, b, ii: sentencia de 14 de diciembre de 1988, Ventura, 269/87, Rec. p. 6411;
- del artículo 78, apartado 2, última frase : sentencia de 24 de noviembre de 1983, D'Amario, 320/82, Rec. p. 3811;
- del artículo 10, apartado 1, a, del Reglamento n° 574/72 (en su versión anterior al reglamento n° 1660/85): sentencias de 19 de febrero de 1981, Beeck, 104/80, Rec. p. 503; de 4 de julio de 1985, Kromhout, 104/84, Rec. p. 2213;
- del artículo 10, apartado 1, a et b, i (en su versión anterior al Reglamento n° 1249/92): sentencia de 9 de diciembre de 1992, McMenamin, C-119/91, Rec. p. I-6393).

El artículo 76 fue modificado por el Reglamento nº 3427/89 de 30 de octubre de 1989 (DOCE L 331, p. 1) para recoger la regla sobre el complemento diferencial surgida de la mencionada jurisprudencia del Tribunal. Este mismo Reglamento añadió a ese artículo un segundo apartado que dispone que " si no se presenta una solicitud de prestaciones en el Estado miembro en cuyo territorio residen los miembros de la familia, la institución competente del otro Estado miembro podrá aplicar las disposiciones del apartado 1 (aplicación de la regla de no acumulación) del mismo modo que si aquéllas hubieran sido concedidas en el primer Estado miembro". Esta modificación tiende a paliar las consecuencias, en el plano del reparto financiero entre los Estados miembros afectados de la carga de las cotizaciones familiares, que resultan de las sentencias del Tribunal según las cuales las reglas de antiacumulación comunitarias sólo se pueden aplicar cuando el trabajador se encuentra en condiciones de obtener dos prestaciones en dos ordenamientos jurídicos distintos, lo que supone que ha presentado efectivamente y en el plazo correspondiente su solicitud a las dos instituciones competentes correspondientes¹⁰⁴.

El alcance de la jurisprudencia sobre el complemento diferencial todavía deber ser precisado. Según el Tribunal, cuando los derechos a las prestaciones para hijos a cargo, en este caso los derechos del titular de pensiones o de rentas o del huérfano, sólo se adquieren por aplicación de las reglas de totalización previstas por el Reglamento, no procede garantizar, visto el razonamiento en que se basa esta jurisprudencia, el pago de un complemento de la prestación. En efecto, en esta situación, la aplicación de las reglas comunitarias, es decir, de los artículos 77 y 78 del Reglamento nº 1408/71, no priva a los interesados de las prestaciones acordadas sólo en virtud de la legislación de otro Estado miembro (véase sentencia de 27 de febrero de 1997, Bastos Moriana, C-59/95, Rec. p. I-1071; véase también la sentencia de 7 de mayo de 1998, Gómez Rodríguez, C-13/96, Rec. p. I-1071).

En otras palabras, para que un Estado miembro esté obligado al pago de un complemento diferencial, en virtud de la aplicación de los artículos 77, apartado 2, i, y 78, apartado 2, b), i del Reglamento, a favor de los titulares de pensiones o de rentas o del huérfano residentes en otro Estado miembro, en el caso en que la cuantía de las prestaciones familiares pagadas por ese último Estado de residencia, designado por el Reglamento como Estado competente, sea inferior a la de las prestaciones previstas por la legislación del primer Estado, es necesario, según el Tribunal, que el derecho a la pensión o a la renta o el derecho del huérfano, hayan sido adquiridos exclusivamente en virtud de períodos de seguro cumplidos en el primer Estado.

CAPÍTULO 3 LA CONSERVACIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

¹⁰⁴ Véanse las sentencias de 20 de abril de 1978, Ragazzoni, 134/77, Rec. p. 963; Rossi, 100/78, antes citada de 13 de noviembre de 1984, Salzano, 191/83, Rec. p. 3741; Ferraioli, 153/84, antes citada; de 4 de julio de 1990, Kracht, C-117/89, Rec. p. I-2794.

50. Objetivo. La conservación de los derechos adquiridos constituye una de las exigencias fundamentales de la coordinación internacional en materia de seguridad social. Este principio, tomado del derecho internacional clásico de seguridad social, significa simplemente que un trabajador no puede perder el beneficio de una prestación de seguridad social por el simple hecho de que su residencia esté en un Estado miembro diferente del Estado bajo cuya legislación ha adquirido o podría adquirir el derecho. De este modo se palián los efectos de la territorialidad que domina ampliamente en las legislaciones nacionales en materia de pago o de adquisición de las prestaciones de seguridad social.

En derecho comunitario, esta regla de la conservación de los derechos adquiridos persigue una finalidad que explica su alcance: debe permitir el ejercicio del derecho a la libre circulación¹⁰⁵. La letra b) del artículo 42 del Tratado se refiere a ello expresamente.

La reglamentación comunitaria distingue a este respecto:

- las prestaciones de invalidez, de vejez o de los supervivientes, las rentas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional y los subsidios de defunción, en otras palabras, las prestaciones a largo plazo cuyo titular ha dejado de trabajar y desea normalmente volver a su país de origen;
- las prestaciones especiales de tipo no contributivo;
- las otras prestaciones, en general a corto plazo.

Para las primeras, existe una disposición general que suprime las cláusulas de residencia (apartado 1 del artículo 10 del Reglamento n° 1408/71), habida cuenta por lo demás de las modalidades de aplicación para el pago de las prestaciones contenidas en el Reglamento n° 574/72; para las segundas, el artículo 10 bis del Reglamento n° 1408/71 contiene una excepción a la regla de la exportación, justificada por la naturaleza de las prestaciones en cuestión; para las terceras hay que referirse, rama por rama, a las disposiciones particulares contenidas en el título III del Reglamento n° 1408/71, así como a sus modalidades de aplicación.

Sección 1: Las pensiones y rentas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional

51. Según el apartado 1 del artículo 10 del Reglamento «a menos que el presente Reglamento no disponga otra cosa¹⁰⁶, las prestaciones en metálico de invalidez, vejez o de supervivencia, las rentas de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y los subsidios de defunción adquiridos en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros no podrán ser objeto de ninguna reducción, modificación,

¹⁰⁵ Véanse las sentencias de 7 de noviembre de 1973, Smieja, 51/73, Rec. p. 1213; de 4 de julio de 1990, Camera, 92/81, Rec. p. 2213; de 24 de febrero de 1987, Giletti e.a., 379, 380, 381/85 et 93/86, Rec. p. 971; de 2 de mayo de 1990, Winter-Lutzins, 293/88, Rec. p. I-1639.

¹⁰⁶ Véase a este respecto el art. 10 bis del Reglamento relativo a la exportación de las prestaciones no contributivas de tipo mixto n° 53, infra

suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en el que se encuentra la institución deudora”.

Como ha indicado el Tribunal en repetidas ocasiones, el objetivo de esta disposición es “favorecer la libre circulación de los trabajadores protegiendo a los interesados contra los perjuicios que pudieran resultar del traslado de su residencia de un Estado miembro a otro”¹⁰⁷.

Se entiende que el apartado 1 del artículo 10 suprime tanto las cláusulas que se refieren al pago de las prestaciones como las que se refieren a la adquisición misma del derecho a las prestaciones, incluso cuando el titular de la prestación ya no tenga la residencia en el Estado competente o no haya residido nunca en dicho Estado (véase por ejemplo el caso del cónyuge superviviente de un trabajador migrante que ha vivido siempre en el país de origen)¹⁰⁸.

Por último, hay que destacar que el apartado 1 del artículo 10 sólo se refiere a las prestaciones de invalidez, de vejez o de supervivencia, las rentas de accidentes laborales o de enfermedad profesional y los subsidios de defunción; en otras palabras, se refiere a titulares de prestaciones que, en general, han dejado de trabajar y que, normalmente, tienen ganas de volver a su Estado de origen. Sólo es aplicable a las prestaciones que se mencionan en él expresamente, entre las que, por ejemplo, no figuran las prestaciones familiares (sentencia de 11 de junio de 1998, Kuusijärvi, C-275/96).

Esto no significa que las otras prestaciones de seguridad social no sean exportables (prestaciones de enfermedad, de desempleo, familiares), sino que su concesión fuera del Estado competente es necesario remitirse directamente a las disposiciones particulares que las rigen (título III del Reglamento).

52. Sistema de seguro basado sólo en el criterio de la residencia. Sin embargo, hay que observar que la citada regla del apartado 1 del artículo 10 no se puede aplicar sin restricción a un sistema de seguro *en el que sólo el hecho de residir en el territorio nacional es suficiente para estar asegurado*. Este es el caso del seguro de vejez generalizado en los Países Bajos, razón por la cual el anexo VI, titulado «Países Bajos», punto 2, del Reglamento nº 1408/71, contiene modalidades particulares para la aplicación del principio de exportación por lo que se refiere a la legislación de los Países Bajos, modalidades que tienden a establecer entre el interesado y el régimen de este país un vínculo suficientemente estrecho¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Véanse los asuntos 51/73, Smieja; 92/81, Camera; et 379, 380, 381/85 y 93/86, Giletti e.a., antes citados.

¹⁰⁸ Véanse los asuntos Smieja, Camera y sobre todo Giletti anteriormente citados y el asunto. Van Roosmalen, antes citado. Véase también la sentencia de 6 de julio de 2000, Movrin, C-73/99, Rec. 5265, apartado 33.

¹⁰⁹ Véase la sentencia Winter-Lutzins, antes citada, que reconoce la validez de este tipo de reglamentación específica, contenida en el anexo VI del Reglamento
Véase también la sentencia de 30 de marzo de 1993, de Wit, C-282/91, Rec. p. I-1238.

Sección 2: Prestaciones especiales de tipo no contributivo

53. El reglamento contiene reglas especiales de coordinación aplicables a las prestaciones de carácter no contributivo destinadas a cubrir, con carácter supletorio, complementario o accesorio, las contingencias correspondientes a las ramas de la seguridad social contempladas por el Reglamento nº 1408/71, o a asegurar la protección específica de los discapacitados (véase artículo 4, apartado 2 bis, nuevo).

Estas prestaciones, cuya lista figura para cada Estado miembro en el anexo II bis del Reglamento, son concedidas únicamente en el territorio del Estado de residencia y en virtud de la legislación de ese Estado, acumulando, si es necesario, los períodos de empleo, de actividad profesional o de residencia cumplidos en otro Estado miembro. Son otorgadas por la institución del lugar de residencia y son a su cargo. Están previstas diversas reglas de equivalencia para paliar la diversidad de las legislaciones nacionales por lo que se refiere a las condiciones de concesión de las prestaciones (véase art. 10 bis nuevo).

En su sentencia de 4 de noviembre de 1997, Snares (C-20/96), el Tribunal reconoció la validez del Reglamento nº 1247/92, cuya legalidad, respecto al Tratado, había sido discutida en la medida que restringe la exportabilidad de las prestaciones contempladas, dificultando de este modo la libre circulación de las personas.

En este caso, el señor Snares, después de haber trabajado 25 años por cuenta ajena en el Reino Unido, se había beneficiado de una prestación de subsistencia para discapacitados (DLA) como consecuencia de un accidente. Poco después, decidió establecerse en Tenerife y advirtió a la Administración británica. Ésta última decidió entonces suprimir su derecho a la DLA a partir de su traslado, dado que esta prestación estaba subordinada a una condición de residencia en el Estado que la concede, de conformidad con el artículo 10bis del Reglamento nº 1408/71, tal y como fue modificado por el Reglamento nº 1247/92, y con su anexo II bis, que menciona este tipo de prestación como una prestación especial de tipo no contributivo.

El Tribunal sentenció que las prestaciones «estrechamente ligadas al entorno social», como la prestación DLA, pueden ser otorgadas bajo una condición de residencia (véase la sentencia de 27 de septiembre de 1988, 313/86, Lenoir, apartado 16) (apartado 42). Además, el hecho de que una persona que se encuentra en la situación del señor Snares no cumple las condiciones a las que el Estado de su nueva residencia somete la concesión de la prestación de invalidez no sirve, según el Tribunal, para invalidar el régimen creado por la legislación comunitaria que permite mantener la condición de residencia:

"Efectivamente, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal (véase en particular la sentencia [de 20 de febrero de 1997], Martínez Losada y otros, [C-89/95, C-102/95 y C-103/95, apartado 43), a falta de armonización en materia de seguridad social, los Estados miembros siguen siendo competentes para definir los requisitos necesarios para la concesión de las prestaciones sociales, aunque los hagan más rigurosos, siempre que los requisitos establecidos no impliquen una discriminación manifiesta o encubierta entre los trabajadores comunitarios" (apartado 45).

El Tribunal ha precisado, a este respecto, que el régimen previsto por el artículo 10 bis del Reglamento n° 1408/71 contiene reglas de coordinación que están precisamente destinadas a proteger los intereses de los trabajadores migrantes de conformidad con las disposiciones del artículo 42 del Tratado, en la medida que el Estado de residencia está obligado a tener en cuenta los elementos sobrevenidos en otros Estados miembros (períodos de empleo y residencia, constatación de la invalidez o discapacidad, concesión de la prestación) (apartados 46 a 48) (véase también a propósito de la prestación DLA, la sentencia de 11 de junio de 1998, Partridge, C-297/96 antes citada).

Por otra parte, ha establecido que la noción de «Estado miembro en el que residen» que figura en el artículo 10bis del Reglamento n 1408/71, se refiere al Estado en el que las personas afectadas residen habitualmente y en el que se encuentra también el centro habitual de sus intereses (sentencia de 25 de febrero de 1999, Swadding, C-90/97 Rec. p. I-1090). En este contexto, hay que considerar en particular la situación familiar de los trabajadores, las razones que les han llevado a desplazarse, la duración y la continuidad de su residencia, el hecho de disponer, en su caso, de un empleo estable y la intención del trabajador, tal y como se deduce de todas las circunstancias (véase, mutatis mutandis, relativo al artículo 71, apartado 1, letra b), ii), del reglamento n 1408/71; sentencias de 17 de febrero de 1977, Di Paolo, 76/76, Rec. p. 315; de 8 de julio de 1992, Knoch, C-102/91, Rec. p. I-4341).

Según el Tribunal, la duración de la residencia en el Estado en el que se solicita el pago de la prestación no se considera, sin embargo, como un elemento que forma parte de la noción de residencia en el sentido del artículo 10bis del Reglamento n 1408/71.

En este caso, el interesado, después de haber ejercido su derecho a la libre circulación, tras haber regresado a su Estado de origen, en su solicitud de concesión de un complemento de recursos ("income support"), había manifestado claramente su intención de permanecer en su Estado de origen en el que vivían sus familiares cercanos, aceptando, en su caso, desplazamientos ocasionales a otros Estados miembros con motivo de futuros empleos. Según el Tribunal, no se podía considerar que no se hubiera satisfecho la condición de residencia de conformidad con el artículo 10bis con la única motivación de que la duración de la residencia en su Estado de origen no era suficiente.

Por último, el artículo 10bis del Reglamento n° 1408/71, que representa una excepción al principio de la exportación de las prestaciones de seguridad social, debe ser interpretado en sentido estricto. Según el Tribunal, sólo se puede aplicar a prestaciones que responden a las condiciones fijadas en el artículo 4, apartado 2bis, del Reglamento, es decir, las prestaciones que presentan a la vez un **carácter especial y no contributivo** y que son mencionadas en el anexo II bis del Reglamento (sentencia de 8 de marzo de 2001, Jauch, C-215/99, Rec. p. I- 1901). La inclusión en el anexo no es suficiente para justificar la excepción al principio de exportación. No responden a esta definición:

- las **prestaciones de dependencia**, previstas por la legislación austriaca, consideradas por el Tribunal como prestaciones de enfermedad en metálico, que no responden a la condición de “especialidad” (sentencia Jauch, antes

citada, apartado 28; véase también la sentencia Molenaar, antes citada), y financiadas indirectamente por las cotizaciones del seguro de enfermedad;

- las **prestaciones luxemburguesas de maternidad**, dependen, en realidad, en virtud de sus características, del artículo 4, apartado 1, letra a), del Reglamento que contempla las “prestaciones de maternidad” y, por tanto, no revisten el carácter de una prestación especial, de conformidad con el artículo 4, apartado 2bis (sentencia de 31 de mayo de 2001, Leclere et Deaconescu, C-43/99, Rec. p. I-4265).

Sección 3: Otras prestaciones

54. Se incluyen aquí las prestaciones de enfermedad-maternidad, las prestaciones de desempleo, las prestaciones y subsidios familiares y las prestaciones para hijos a cargo de los titulares de pensiones o rentas o para huérfanos, no previstas en el apartado 1 del artículo 10 del Reglamento. La conservación de los derechos adquiridos está asegurada en virtud de las disposiciones particulares del título III del Reglamento, completadas por las disposiciones de aplicación del Reglamento n 574/72.

- a) Prestaciones de enfermedad

55. Residencia en un Estado diferente del Estado competente. Con carácter general, en caso de residencia de los beneficiarios en un Estado diferente del Estado competente:

- las prestaciones en especie: las otorga, por cuenta de la institución competente, la institución del lugar de residencia, según las disposiciones de la legislación que ésta aplica, como si los beneficiarios estuvieran afiliados a ella;
- las prestaciones en metálico: las concede la institución competente según las disposiciones de la legislación que ésta aplica, salvo acuerdo entre la institución competente y la institución del lugar de residencia que prevea la concesión de la prestación por parte de ésta última pero por cuenta de la primera, según las disposiciones de la legislación del Estado competente (artículo 19 del Reglamento n° 1408/71).

El artículo 19 del Reglamento n° 1408/71, aplicable a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia y a los miembros de la familia que residan en un Estado miembro diferente del Estado competente, establece el derecho común en la materia, que se reduce a las dos reglas enunciadas, siempre que, claro está, el trabajador cumpla las condiciones requeridas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones, teniendo en cuenta, en su caso, las reglas de acumulación de los períodos de seguro, de empleo o de residencia.

Se entiende que las prestaciones de enfermedad concedidas por el Estado de residencia siguen a cargo del Estado competente (que reembolsa íntegramente al

Estado de residencia conforme al artículo 36 del Reglamento y a los artículos 93 a 95 del Reglamento de aplicación n 574/72).

56. Estancia en un Estado miembro diferente del Estado competente. Dos sentencias famosas del Tribunal han hecho posible que los ciudadanos europeos puedan elegir los productos médicos y las prestaciones de asistencia, garantizando, en principio, el reembolso de los gastos médicos según el baremo del Estado competente (sentencia de 8 de abril de 1998, Decker, C-120/95, Rec. p. I-1831 y Kohll, C-118/98, Rec. p. I-1931). Sin embargo, cuando se trata de prestaciones de enfermedad en especie, la reglamentación comunitaria (art. 22, apartado 1, del Reglamento) subordina, salvo en caso de urgencia, el reembolso de los gastos médicos a cargo de la institución competente a la obtención de una autorización previa por parte de dicha institución, en este caso el reembolso se efectuará según las tarifas de la legislación del Estado en cuyo territorio se hayan recibido las prestaciones o comprado los productos. Según el Tribunal, «interpretado a la luz de su finalidad (este artículo) no tiene por objeto la regulación y, por tanto, no impide en absoluto el reembolso por los Estados miembros según las tarifas en vigor en el Estado competente de los productos médicos comprados en otro Estado miembro, incluso cuando no exista autorización previa» (sentencia Decker, apartado 29) o "de los gastos sufragados con motivo de asistencia recibida en otro Estado miembro, incluso cuando no exista autorización previa" (sentencia Kohll, apartado 27).

A continuación exponemos los dos sistemas para hacerse cargo de la asistencia sanitaria recibida en un Estado distinto del Estado competente: el contemplado por el apartado 1 del artículo 22 del Reglamento y el que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal en virtud de los principios de libre circulación de mercancías y de la libre prestación de servicios.

1. Artículo 22, apartado 1, del Reglamento

57. En caso de estancia (temporal) en otro Estado miembro diferente del Estado competente, la concesión de las prestaciones de enfermedad se rige por reglas análogas (véase artículo 22 del Reglamento n° 1408/71) a las del artículo 19 del Reglamento (véase n° 65). Sin embargo, el beneficiario se debe encontrar en una de las tres situaciones siguientes :

- a) que su "estado requiera de modo inmediato prestaciones durante una estancia en el territorio de otro Estado miembro";
- b) que "después de haber sido admitido al beneficio de las prestaciones a cargo de la institución competente, sea autorizado por esta institución a regresar al territorio del Estado miembro en que reside o a trasladar su residencia al territorio de otro Estado miembro";
- c) que "sea autorizado por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia apropiada a su estado"¹¹⁰.

¹¹⁰ Hay que señalar que, de cara a facilitar las estancias temporales y el acceso a la asistencia en el territorio de la Unión Europea con la autorización de la institución competente (letras a y c) del apartado

Estos puntos suscitan algunos comentarios.

En primer lugar, la condición de urgencia para beneficiarse sin autorización previa de prestaciones en especie en el territorio del Estado de estancia no es aplicable cuando el interesado se encuentra en ese Estado por razones profesionales (Reglamento, artículo 22 ter introducido por el Reglamento 3096/95 de 22 de diciembre de 1995). Este es el caso de los trabajadores por cuenta ajena con destino temporal en otro Estado miembro, de los trabajadores por cuenta ajena que ejercen su actividad en el territorio de varios Estados miembros o que ejercen su actividad en el territorio de un Estado miembro en una empresa que tiene su sede en otro Estado miembro y que atraviesa su frontera común, los trabajadores por cuenta propia o las gentes de mar que se encuentran en situaciones análogas y las personas que se benefician de una excepción a los artículos 13 a 16 del Reglamento en virtud de un acuerdo entre las autoridades competentes.

Además, la formulación de los puntos b) y c) es desafortunada: evidentemente no corresponde a la institución competente autorizar al interesado a que se desplace al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia o para volver al Estado en el que reside. La autorización sólo se concibe en el contexto del mantenimiento de los derechos adquiridos en materia de seguro de enfermedad en el territorio de un Estado miembro diferente del Estado competente, y esto según las tarifas de la legislación del primer Estados en el que se otorgan las prestaciones.

Por último, el apartado 2 del artículo 22 del Reglamento aporta indicaciones importantes por lo que se refiere a los límites del poder de apreciación de la institución de un Estado miembro para conceder o denegar a una persona cubierta por el Reglamento dicha autorización: ésta "sólo podrá ser denegada cuando haya constancia de que el desplazamiento del interesado puede comprometer su estado de salud o la aplicación del tratamiento médico" o "cuando la asistencia de que se trate se halle entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside el interesado" y "no pueda serle dispensada, teniendo en cuenta su estado actual de salud y la evolución probable de la enfermedad, en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro de residencia".

58. Control médico. A continuación trataremos sobre las disposiciones particulares del Reglamento n° 574/72, que rigen el control médico del asegurado que se encuentra o reside en otro Estado diferente del Estado competente (véase el artículo 18, apartados 1 a 5 del Reglamento n° 574/72 y las sentencias de 12 de marzo de 1987, Rindone, 22/86, Rec. p. 1339, de 3 de junio de 1992, Paletta, C-45/90, Rec. p. I-3423 y de 2 de mayo de 1996, Paletta II, C-206/94, Rec. p. I-2382).

2. *Libre circulación de las mercancías (productos médicos) y libre prestación de servicios (asistencia sanitaria¹¹¹).*

1 del. art. 22 del Reglamento), el beneficio de las prestaciones de enfermedad-maternidad se extiende a todos los nacionales comunitarios asegurados en virtud de la legislación de un Estado miembro y a los miembros de su familia que residan con ellos, aunque no sean trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia (regl. Art. 22 bis)

¹¹¹ Véase nuestro estudio, "Le libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestataires de soins, conséquence sociale du marché intérieur", *Cahiers de droit européen*, 1998, p. 683

59. Las sentencias de 28 de abril de 1998, Decker, C-120/95, y Kohll, C-158/96 (Rec. en p. I-1831 y p. I-1931 respectivamente), que se refieren a la libre prestación de servicios (asistencia sanitaria) y a la libre circulación de las mercancías (productos médicos) tuvieron una gran repercusión no sólo en los ambientes especializados del seguro de enfermedad, sino también, lo que es más raro debido al carácter técnico de la materia, en la opinión pública. No se excluye que estas sentencias, que han servido de catalizador para nuevas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia, necesiten¹¹² con el tiempo algún ajuste de los principios que gobiernan los regímenes del seguro de enfermedad en los Estados miembros, con el fin de asegurar el pleno establecimiento de las libertades garantizadas por el Tratado.

En efecto, “el derecho comunitario en ningún caso se contrapone a la competencia de los Estados miembros para gestionar sus sistemas de seguridad social (sentencias de 7 de febrero de 1984, Duphar e.a., 238/92, Rec. p. 523, apartado 16, y de 17 de junio de 1997, Sodemare e.a., C-70/95, Rec. p. I-3395, point 27)” (sentencia Decker, apartado 21; sentencia Kohll, apartado 17). Por tanto, ante la falta de armonización a nivel comunitario¹¹³, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar las condiciones del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de seguridad social, así como las condiciones de concesión de las prestaciones (véanse en concreto las sentencias de 24 de abril de 1980, Coonan, 110/79, Rec. p. 1445, apartado 12; de 4 de octubre de 1991, Paraschi, C-349/87, Rec. p. I-4501, apartado 15; sentencia de 30 de enero de 1997, Stöber et Piosa Pereira, C-4/95 y C-5/95, Rec. p. I-511, apartado 36; sentencia Decker, antes citada, apartado 23 y sentencia Kohll, antes citada, apartado 19).

No obstante, «los Estados miembros deben, en el ejercicio de esta competencia, respetar el derecho comunitario» (sentencia Decker, apartado 23, sentencia Kohll, apartado 19). Se trata de un buen ejemplo de imbricación del derecho comunitario y del derecho nacional. Cuando el derecho comunitario, como ocurre con frecuencia, se limita a fijar imperativamente un objetivo a alcanzar, como el establecimiento de la libertad de circulación de las personas o la igualdad de trato en función de la nacionalidad o del sexo, las competencias nacionales subsisten, pero están

¹¹² Véanse las sentencias de 12 de julio de 2001, Vanbraeckel, C-368/98, Rec. p. I-5363, y Smits y Peerbooms, C-157/99, Rec. p. I-5423; de 13 de mayo de 2003, Muller-Fauré, C-385/99, Rec. I-4509; de 23 de octubre de 2003, Inizan, C-56/01, que todavía no ha sido publicada en la Recopilación y de 3 de julio de 2003, van der Duin et ANOZ Zorgverzekerings, C-156/01, que todavía no ha sido publicada en la Recopilación. También citamos la sentencia de 25 de febrero de 2003, Ioannidis, C-326/00, Rec. p. I-1703, que se refiere más en concreto al caso de los titulares de pensiones con estancia provisional en otro Estado miembro.

¹¹³ Recordamos a este respecto que la reglamentación comunitaria en la materia (en particular el Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y a los miembros de su familia que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1), tiene por objeto fundamentalmente coordinar los regímenes nacionales de seguridad social, con el fin de garantizar la movilidad de las personas en la Unión Europea, pero no tiene en absoluto como objeto la armonización de las condiciones de afiliación o de concesión de las prestaciones. Se trata, sin cambiar el contenido de las normas, de regular las relaciones entre los sistemas nacionales de seguridad social aplicando algunos principios esenciales (como la igualdad de trato, la unicidad de la legislación aplicable, la conservación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición) para garantizar una protección completa y continua a los trabajadores que ejercen su actividad profesional, en todo o en parte, en un país diferente de su país de origen, así como a los miembros de su familia.

encuadradas por las reglas del tratado o del derecho derivado, con las que no pueden entrar en conflicto.

¿Qué podemos aprender de la jurisprudencia del Tribunal? y ¿cuáles son las cuestiones que quedan en suspenso? Es lo que intentaremos aclarar a continuación, sin tratar, obviamente, de agotar el debate.

i) Las sentencias Kohll y Decker¹¹⁴

60. Al señor Decker, nacional luxemburgués, su seguro de enfermedad luxemburgués le había denegado el reembolso del coste de unas gafas que había comprado, con la receta expedida por un oftalmólogo luxemburgués, en una óptica de Arlon (Bélgica). El seguro motivaba su negativa con la falta de petición de autorización previa, requerida por la legislación nacional pertinente.

El señor Kohll, también de nacionalidad luxemburguesa, por su parte había solicitado previamente al seguro luxemburgués, *Union des caisses de maladie*, al que estaba afiliado, la autorización para que su hija menor de edad se beneficiase de un tratamiento de ortodoncia en Trèves (Alemania). Sin embargo, esta autorización le fue denegada alegando que el tratamiento solicitado no era urgente y que en Luxemburgo ese tipo de asistencia era posible y adecuada.

A decir verdad, el apartado 1 del artículo 22 del Reglamento n° 1408/71 autorizaba a la institución competente a subordinar el reembolso de los gastos médicos a su cargo a la obtención de una autorización previa¹¹⁵, pero según las tarifas de la legislación del Estado en cuyo territorio se habían recibido las prestaciones o se habían comprado los productos.

Sin embargo, en este caso, los señores Kohll y Decker solicitaban que se hiciera cargo del tratamiento médico o de la compra de las gafas según el baremo en vigor en Luxemburgo, que era el Estado competente. El Tribunal descartó por este motivo la pertinencia del artículo 22 del Reglamento n° 1408/71 en el caso en cuestión: “Interpretado a la luz de su finalidad (este artículo) no tiene por objeto la regulación de los productos médicos comprados en otro Estado miembro, incluso cuando no exista autorización previa, y, en consecuencia, no impide en modo alguno el reembolso por parte de los Estados miembros, a las tarifas vigentes en el Estado competente de dichos productos médicos” (sentencia Decker, apartado 29) o “de los gastos sufridos con motivo de la prestación de asistencia sanitaria en otro Estado

¹¹⁴ Para más detalles véase nuestro estudio “Le libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestataires de soins, conséquences sociales du marché intérieur”, CDE 1998, pp. 683-697.

¹¹⁵ La cual, sin embargo, conforme al apartado 2 del artículo 22, no se puede denegar cuando la asistencia en cuestión no se puede garantizar en un plazo aceptable teniendo en cuenta el estado de salud del asegurado.

miembro, incluso cuando no exista autorización previa” (sentencia Kohll, apartado 27).

61. El Tribunal también tuvo que pronunciarse sobre la compatibilidad de la legislación nacional controvertida en el litigio desde el punto de vista directamente de las **barreras** que pudiera comportar para la libre circulación de las mercancías, a la luz de los artículos 30 y 36 del Tratado (convertidos, tras la modificación en artículos 28 y 30 CE) (asunto C-120/95), y de las eventuales restricciones que pudiera representar para la libre prestación de los servicios, más en concreto, frente a los destinatarios de esos servicios, en virtud de los artículos 59 (convertido, tras la modificación, en artículo 49 CE) y 60 del tratado (convertido en artículo 50 CE) (asunto C-158/96).

À este respecto, en los dos asuntos, el Tribunal no tardó en considerar que la autorización previa, como condición para que el Estado de afiliación se haga cargo, constituye una **barrera** a la libre circulación de las mercancías y a la libre prestación de los servicios y subrayó el efecto disuasorio innegable que la normativa controvertida tenía para la compra de productos médicos y el recurso a prestatarios de servicios médicos establecidos en un Estado miembro diferente del Estado de afiliación (sentencia Decker, apartado 36; sentencia Kohll, apartado 35).

62. Más rico fue el examen de las justificaciones dadas al mismo tiempo respecto a la protección de la salud pública, contemplada en el artículo 36 del Tratado, y las razones imperiosas de interés general.

En cuanto a la protección de la salud pública y, en concreto, a la necesidad de garantizar a los asegurados **el acceso a una asistencia de calidad**, el Tribunal se refirió, en el asunto Decker, a la directiva 95/51/CEE relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de las formaciones profesionales¹¹⁶, que “implica que la compra de un par de gafas a un óptico establecido en otro Estado miembro ofrece garantías equivalentes a las de la venta de un par de gafas por un óptico establecido en el territorio nacional” (apartado 43)¹¹⁷ y, en el asunto Kohll, de forma más específica, a la reglamentación comunitaria en materia de coordinación o de armonización de las condiciones de acceso y ejercicio de actividades de médicos y dentistas, que implican que a éstos últimos, establecidos en otros Estados miembros, se les reconocen “las garantías equivalentes a las concedidas a los médicos y dentistas establecidos en el territorio nacional a efectos de la libre prestación de servicios” (apartado 48).

El gobierno luxemburgués en el asunto Kohll también invocó, desde el punto de vista de la protección de la salud pública, la necesidad de asegurar **un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos los afiliados**. A este respecto, la posición del Tribunal fue más matizada. Admitió que dicho objetivo, aunque «intrínsecamente ligado al método de financiación del sistema de Seguridad Social», podría estar también sujeto a las excepciones por motivos de salud pública en virtud del artículo 56 del Tratado (convertido,

¹¹⁶ DO L 184, p. 21.

¹¹⁷ Además, el Tribunal constató que, en este caso concreto, la compra de las gafas había sido efectuado con la receta de un oftalmólogo, lo que garantizaba una protección suplementaria de la salud pública (apartado 44).

tras la modificación en artículo 46 CE), en la medida en que contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud (apartado 50).

Sin embargo, el Tribunal consideró en este caso, que no se había establecido que la normativa controvertida fuera “indispensable para el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica esencial en el territorio nacional”. Lo que significa que **una normativa restrictiva para la libre prestación de los servicios, pero en la que se estableciese que es necesaria para asegurar un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, podría estar justificada válidamente en virtud del artículo 56 del Tratado**¹¹⁸.

Por último, esta justificación está íntimamente ligada a la razón imperiosa de interés general, susceptible de justificar la barrera, que representa la **necesidad de mantener el equilibrio financiero del sistema de seguridad social** y, por tanto, de controlar los gastos sanitarios.

Naturalmente hay que recordar que objetivos de tipo estrictamente económico no pueden justificar una traba al principio fundamental de la libre prestación de los servicios (véanse en este sentido las sentencias de 5 de junio de 1997, SETTG, C-398/95, Rec. p. I-3091, apartado 23, y Kohll, antes citada, apartado 41). Sin embargo, en la medida en concreto en que pudiera tener consecuencias sobre el nivel global de protección de la salud pública, un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social podría constituir una razón imperiosa de interés general que podría justificar un obstáculo de dicha naturaleza (sentencias Decker, apartado 39, y Kohll, apartado 41).

Sin embargo, según el Tribunal, dicho riesgo no había sido determinado en este caso. En efecto, por una parte «el reembolso a tanto alzado de gafas y lentes correctoras compradas en otros Estados miembros no tiene una incidencia sobre el financiamiento o equilibrio del sistema de Seguridad Social» (sentencia Decker, apartado 40), y, por otra parte, “el reembolso de los cuidados dentales dispensados en otros Estados miembros con arreglo a las tarifas del Estado de afiliación no tiene una incidencia significativa sobre la financiación del sistema de Seguridad Social” (sentencia Kohll, apartado 42).

63. En conclusión, aún preservando la validez del artículo 22 del Reglamento n°1408/71, que sólo contempla la hipótesis de reembolso de los gastos sanitarios según la tarifa de la legislación del Estado de estancia, sin excluir la concesión de las prestaciones de enfermedad según la legislación del Estado de afiliación, el Tribunal

¹¹⁸ Sobre esta cuestión, las conclusiones del abogado general son más explícitas. El señor Tesouro se refirió a la situación de las infraestructuras hospitalarias en las que el equipamiento y el número, a diferencia de lo que prevalece para los titulares de profesiones liberales, “dependen de una planificación de las necesidades” (Rec. p. I-1686). “Es obvio, en efecto, que si numerosos asegurados deciden recurrir a las infraestructuras presentes en el territorio de otros Estados miembros, las infraestructuras nacionales quedarán parcialmente inutilizadas siguiendo soportando los costes (fijos) de personal y equipamiento tan elevados como en caso de utilización óptima de las capacidades” (pp. I-1868-1869). En esas condiciones, el reembolso por la institución competente de prestaciones médicas suministradas en hospitales de otros Estados comportaría, incluso en base a una cuantía a tanto alzado, una carga suplementaria para el sistema afectado y sería válido que, para no desbarajustar su equilibrio financiero y asegurar el mantenimiento de un servicio accesible a todos, estuviese subordinado a la concesión de una autorización previa.

estimó que un sistema de autorización previa, como el previsto por la legislación luxemburguesa, era contrario a los artículos 30, 59 y 60 del Tratado si representaba un obstáculo para la compra de productos médicos o para la concesión de asistencia sanitaria en otro Estado miembro distinto del Estado competente.

Sin embargo, el Tribunal no fue contrario a la justificación de las trabas a las libertades controvertidas.

ii) Las sentencias Vanbraekel y Smits y Peerboms en materia de asistencia hospitalaria

64. Las sentencias Kohll y Decker se referían a prestaciones no hospitalarias. ¿El razonamiento de base (reconocimiento de una traba y examen de las justificaciones presentadas) se podía aplicar a las prestaciones otorgadas en el ámbito hospitalario? La respuesta es claramente afirmativa después de que el Tribunal promulgara sus sentencias de 12 de julio de 2001 en los asuntos Vanbraekel, C-368/98, y Smits y Peerboms, C-157/99, antes citadas.

- la primera, a propósito de la denegación del reembolso por el seguro de enfermedad belga de los gastos de hospitalización debidos a una operación quirúrgica ortopédica efectuada en Francia alegando que el interesado no había aportado el dictamen de un profesor médico en ejercicio en un centro universitario nacional;
- la segunda, a propósito de una denegación por un seguro de enfermedad de los Países Bajos del reembolso de los gastos de hospitalización sufridos en Alemania y Austria alegando que en los Países Bajos era disponible un servicio satisfactorio y adecuado para la enfermedad en causa¹¹⁹.

Las sentencias de 12 de julio de 2001 son instructivas desde el punto de vista del examen de la **justificación del obstáculo a la libre prestación de los servicios**.

65. En la sentencia Vanbraekel, el tribunal recordó que un riesgo grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social podía constituir una razón imperiosa de interés general suficiente para justificar una traba, pero se negó a admitir en este caso la existencia de dicho riesgo porque el interesado tenía precisamente derecho a obtener la autorización prevista por la legislación nacional y por la letra c) del apartado 1 del artículo 22 del Reglamento. En esas condiciones, el pago de un reembolso complementario (correspondiente a la diferencia entre el régimen del Estado de estancia y el del Estado de afiliación, más favorable) no representaba un peligro para el mantenimiento, en este último Estado, de un “servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos”. Además, esto no implicaba «por definición ninguna carga financiera suplementaria para el sistema de seguro de

¹¹⁹ La señora Smits sufría una enfermedad de Parkinson y había sido sometida a un tratamiento en una clínica situada en Alemania; el señor Peerbooms había caído en coma como consecuencia de un accidente de circulación y había sido trasladado en un estado vegetativo a una clínica situada en Austria.

enfermedad de este Estado en relación al reembolso que hubiera tenido que afrontar en caso de hospitalización en éste último”.

66. El asunto *Smits y Peerbooms* era más interesante en la medida en que cuestionaba **un régimen llamado de prestación en especie**¹²⁰, en concreto, el régimen de los Países Bajos que garantiza una intervención en especie y se basa en un sistema concertado, mientras que las sentencias *Kohll* y *Decker* se referían a un régimen (luxemburgués) de seguro de enfermedad llamado de “reembolso”¹²¹.

En este caso, la legislación de los Países Bajos subordinaba el hacerse cargo de la asistencia dispensada en un centro hospitalario no concertado (situado tanto en los Países Bajos como en el extranjero) a la obtención de una autorización del seguro de enfermedad. Éste la concedía, por una parte, si el tratamiento recibido podía ser considerado como «usual en los medios profesionales correspondientes» y, por otra parte, si no podía ser dispensada asistencia adecuada en un plazo oportuno por parte de un centro de asistencia concertado en los Países Bajos. Estas exigencias podían, por naturaleza, limitar fuertemente los casos en los que se podía obtener una autorización y, por tanto, limitar la libre prestación de servicios. Aunque era verdad que el problema se planteaba igualmente para los centros no concertados establecidos en los Países Bajos y que los seguros de enfermedad de este país eran completamente libres de celebrar convenios con los centros establecidos en el extranjero; sin embargo, en la práctica, los asegurados que querían beneficiarse de asistencia en el extranjero se enfrentaban con más frecuencia a la necesidad de obtener una autorización previa que los asegurados que recurrían a los centros nacionales. La cuestión esencial para el Tribunal era, por tanto, saber si la autorización previa y las condiciones a las que estaba subordinada su concesión se podían justificar objetivamente con la pretendida existencia de un “riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero” “del sistema de seguridad social de los Países Bajos”.

El Tribunal admitió, en base a las «numerosas particularidades» que presentan las prestaciones médicas dispensadas en **un entorno hospitalario**, que el sistema de autorización previa estaba justificado. En efecto, «el número de las infraestructuras hospitalarias, su reparto geográfico, su organización y el equipamiento de que disponen, o incluso la clase de servicios médicos que pueden ofrecer, deben poder planificarse” (apartado 76), a fin de garantizar “una acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada” de asistencia de calidad y de asegurar “un control de los gastos y evitar, en la medida de lo posible, cualquier derroche” (apartado 79):

¹²⁰ Las cuestiones que plantea la aplicación de la jurisprudencia *Kohll* y *Decker* a este tipo de régimen (en vigor no sólo en los Países Bajos, sino también en Austria y Alemania) se plantean también a propósito de los servicios nacionales de salud que garantizan una protección universal a todos los residentes del país (Reino Unido e Irlanda que cuentan con un servicio centralizado, y España, Italia, Portugal, Grecia, Dinamarca, Finlandia y Suecia que cuentan con un servicio descentralizado).

¹²¹ Sin embargo hay que destacar que la gran mayoría de las prestaciones hospitalarias, en Luxemburgo, corren a cargo directamente de la Union des caisses de maladie (UCM); si no existen tarifas de reembolso individual, los pagos se efectúan directamente a los hospitales (véase R. Kieffer, “Quelques réflexions sur la nature des prestations hospitalières au Luxembourg et sur la justification de l’autorisation préalable pour les transferts à l’étranger”, Bull. luxembourgeois des Questions sociales, vol. 9, 2001, p. 1).
El régimen de reembolso también es de aplicación en Francia y en Bélgica.

“... está claro que si los asegurados pudiesen acudir libremente y en cualquier circunstancia a establecimientos hospitalarios con los que las cajas de enfermedad no hayan establecido ningún concierto (...), cualquier esfuerzo de planificación efectuado a través del sistema de concertación (...) resultaría inmediatamente comprometido” (apartado 81). Volvemos a encontrar aquí, en sustancia, las consideraciones desarrolladas por el abogado general Tesouro en sus conclusiones en los asuntos Kohll y Decker (véase el anterior apartado 62).

Al tratar más específicamente las condiciones a las que la autorización del seguro de los Países Bajos estaba subordinada y, en primer lugar, la condición relativa al carácter usual del tratamiento, el Tribunal, recordando la competencia general de los Estados miembros para fijar la extensión de las prestaciones médicas asumidas por su sistema de protección social (véase sentencia de 7 de febrero de 1984, Duphar y otros., 238/82, Rec. p. 253, apartado 89), juzgó que esta condición, para ser conforme al principio de no discriminación, no se podía basar en la toma en consideración sólo de los tratamientos habitualmente practicados en el territorio nacional y sólo de las concepciones científicas del entorno nacional, dado que esto correría el riesgo de privilegiar de hecho a los centros de asistencia nacionales. Por el contrario, para ser objetiva, la condición relativa al carácter «usual» de un tratamiento debía entenderse de tal manera que cuando un tratamiento esté suficientemente probado y sea válido para la ciencia médica internacional, la autorización solicitada no puede ser denegada por este motivo (apartados 97 y 98).

Al tratar, en segundo lugar, la condición relacionada con el **carácter necesario del tratamiento**, el Tribunal estimó que podía ser justificada en función de la libre prestación de servicios, pero que la autorización sólo podía ser denegada cuando se pudiera obtener un tratamiento idéntico o que presentase el mismo grado de eficacia para el paciente en un plazo oportuno acudiendo a un centro que estuviera concertado con el seguro de enfermedad del asegurado (apartado 103). Dicha condición, en efecto, permite mantener en el territorio nacional una oferta suficiente, equilibrada y permanente de asistencia hospitalaria, así como garantizar la estabilidad financiera del sistema del seguro de enfermedad (apartado 105).

Se constata, una vez más, el papel activo que el Tribunal se espera del juez nacional para garantizar la plena eficacia del derecho comunitario. Se trata de uno de los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario, especialmente después de la sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629, apartado 21).

67. Mientras que en las sentencias Kohll y Decker, el Tribunal rechazó el principio de la autorización previa para el acceso a prestaciones no hospitalarias, salvo que estuviera claramente demostrado que existía un riesgo de perjuicio **grave** para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social o para la necesidad de asegurar un servicio médico equilibrado y accesible a todos, lo que contribuía a garantizar un nivel elevado de protección de la salud, el Tribunal estimó, en especial en la sentencia Smits y Peerbooms, tratándose del acceso a la asistencia hospitalaria, que el propio principio de la autorización previa estaba admitido por el Tribunal, pero el poder de apreciación del seguro nacional por lo que se refiere a los motivos que pueden justificar una denegación de la autorización estaba cuidadosamente delimitado.

iii) La sentenciat Müller-Fauré

68. La sentencia de 13 de mayo de 2003, Müller-Fauré (C-385/99, Rec. p. I-4509) permitió disipar numerosas incertidumbres por lo que se refiere al alcance de la jurisprudencia del Tribunal. El interés de este asunto reside precisamente en el hecho de que se refiere a la **asistencia no hospitalaria a cargo de un régimen de prestaciones en especie** (Países Bajos).

Los hechos son los siguientes:

- La señora Müller solicitó al seguro de enfermedad de Zwijndrecht que se hiciera cargo de un tratamiento odontológico (la colocación de seis coronas y de una prótesis fija en el maxilar superior) al que se había sometido durante sus vacaciones en octubre/noviembre de 1994 en Alemania;
- La señora Van Riet, que sufría desde 1985 dolores en la muñeca derecha, solicitó al seguro de enfermedad de Amsterdam que se hiciera cargo de una artroscopia y de una resección del cúbito a las que se había sometido, en mayo de 1993, en Bélgica. La preparación, la ejecución y el seguimiento de estas intervenciones tuvo lugar parcialmente en el centro hospitalario y parcialmente fuera de las infraestructuras hospitalarias.

En estos juicios, lo que se discute no es la cobertura de la asistencia por el seguro de enfermedad de los Países Bajos en cuanto tal, sino las consecuencias que tiene a la hora de hacerse cargo el hecho de que hayan sido dispensadas, sin autorización previa, por un médico/dentista o un centro no concertado (lo que, como hemos visto, es casi siempre el caso cuando se trata de asistencia recibida en el extranjero).

¿Era necesario extender en cuanto tal la solución Kohll et Decker (no autorización previa, salvo excepción debidamente demostrada caso por caso) o considerar la solución Smits y Peerbooms (admisibilidad de la autorización previa que, sin embargo, no puede ser denegada salvo bajo determinadas condiciones sometidas al control jurisdiccional) debido a las propias características del régimen en especie de tipo concertado?

Sobre la consideración de las características esenciales del régimen nacional de seguro de enfermedad.

69. Hasta la fecha, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las consecuencias de la libre prestación de servicios (asistencia sanitaria) o de la libre circulación de mercancías (productos médicos) en los asuntos que trataba sobre:

- unas veces un régimen llamado de reembolso por lo que se refiere al acceso tanto a la asistencia no hospitalaria¹²² como a la hospitalaria¹²³,
- otras un régimen llamado de prestaciones en especie, en virtud del cual los asegurados tienen derecho a la asistencia, dispensada gratuitamente, pero sólo por lo que se refiere al acceso a la asistencia hospitalaria¹²⁴.

¹²² Asuntos Kohll y Decker.

¹²³ Asunto Vanbraeckel.

¿Esta distinción entre las dos categorías de regímenes es realmente pertinente?

Esta cuestión ha sido muy discutida. Principalmente son tres los motivos que han permitido al Tribunal rechazar el argumento de las características esenciales del régimen nacional del seguro de enfermedad:

- ya en el propio marco de la aplicación del Reglamento 1408/71, los Estados miembros que han instituido un régimen de prestaciones en especie, o incluso un servicio nacional de salud, deben prever mecanismos de reembolso a posteriori de la asistencia dispensada en un Estado miembro diferente del competente. Sería el caso cuando las formalidades no han podido ser cumplidas durante la estancia del interesado en este último Estado (véase el artículo 34 del Reglamento 574/72), o cuando el Estado competente ha autorizado precisamente, conforme a la letra c) del apartado 1 del artículo 22 del Reglamento nº 1408/71, el acceso a la asistencia en el extranjero.
- la cobertura garantizada al asegurado que va a otro Estado miembro para someterse a un tratamiento es, en todo caso, la del régimen de seguro de enfermedad del Estado de afiliación, según las condiciones a las que está subordinada la concesión de las prestaciones, siempre que lógicamente no sean ni discriminatorias ni constituyan un obstáculo a la libre prestación de servicios;
- por último, nada se opone, observa el Tribunal, a que el Estado miembro competente en el que existe un régimen de prestaciones en especie fije las cuantías del reembolso que pueden pedir los pacientes que hayan recibido asistencia en otro Estado miembro, siempre que las cuantías se basen en criterios objetivos, no discriminatorios y transparentes.

En otras palabras, las exigencias de la libre circulación de las personas implican ajustes de los regímenes nacionales del seguro de enfermedad, que, sin embargo, no pueden ser considerados como ataques a la soberanía de los Estados miembros, los cuales conservan el control de la extensión de la cobertura garantizada.

Sobre la distinción entre prestaciones hospitalarias y prestaciones no hospitalarias

70. A decir verdad, detrás de todo este debate se perfilan las dificultades a que se enfrentan los asegurados que dependen de un régimen de prestación en especie (o de un servicio nacional de salud) debido al establecimiento de listas de espera, en función de las prioridades médicas y de los recursos financieros disponibles. Para escapar al plazo de espera, que puede ser muy largo, un asegurado podría estar tentado a hacerse curar en otro Estado miembro y reclamar el reembolso del tratamiento al seguro de enfermedad competente, incluso aunque el régimen nacional garantice la gratuidad de la asistencia que se basa en un sistema concertado.

De forma general, lo que se plantea es el problema de los medios de control de los gastos de la asistencia sanitaria. Un sistema de centros concertados - que puede, por

otra parte, existir igualmente en un régimen llamado de reembolso- se basa, generalmente, en la negociación previa de las tarifas practicadas, de la naturaleza de los tratamientos y de las prescripciones (elección de las terapias, de los medicamentos, de los productos médicos, duración de la hospitalización) con el fin de no superar lo que es necesario y apropiado para la curación, la demanda de asistencia sanitaria es ampliamente inducida por el propio cuerpo médico. El sistema concertado constituye, por tanto, un medio eficaz para los Estados miembros para controlar y actuar sobre el equilibrio financiero de su régimen de seguro de enfermedad.

Existen evidentemente otros medios, sin duda más radicales, para limitar los gastos, como por ejemplo, la reducción de las tasas de reembolso o la disminución del volumen de tratamientos y prescripciones del que se hacen cargo. Sin embargo, el recurso a tales medios supone una transferencia de cargas suplementarias hacia los asegurados y tiene como efecto hacer el acceso a la asistencia sanitaria más difícil para las categorías de asegurados de ingresos más bajos y, por tanto, disminuir el nivel de protección de la salud.

De ello se deduce que la supresión de la condición de concertación para las prestaciones de servicios en el extranjero plantea un problema real en términos de control del volumen de los gastos. Pero, ¿podría comportar un perjuicio grave para el equilibrio financiero de los sistemas nacionales de seguro de enfermedad afectados y tener consecuencias sobre el nivel global de protección de la salud pública? Ahí reside toda la cuestión, sin olvidar que las consideraciones puramente económicas nunca pueden, en cuanto tales, justificar una traba al principio fundamental de la libre prestación de los servicios.

A este respecto, el enfoque prudente adoptado por la jurisprudencia del Tribunal, en último lugar en la sentencia Müller-Fauré (véanse los apartados 75 a 98) se basa en una distinción entre las prestaciones médicas suministradas en la consulta del médico y las que son dispensadas en un centro hospitalario..

Tratándose de las primeras, resulta forzoso constatar que, por naturaleza, no representan la parte esencial de los costes del seguro de enfermedad de los Estados miembros. En todo caso, no resulta, según el Tribunal, que la supresión de la exigencia de autorización previa para este tipo de asistencia pueda provocar, a pesar de las barreras lingüísticas y la distancia geográfica, de los gastos de estancia en el extranjero y de la falta de información sobre la naturaleza de la asistencia que allí se dispensa, desplazamientos transfronterizos de pacientes de tal entidad que se viera gravemente perturbado el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social de los Estados miembros y que, por ello, el nivel global de protección de la salud pública estuviera amenazado, única cosa que podría justificar válidamente una traba al principio fundamental de la libre prestación de los servicios (apartado 95).

Por lo que se refiere a las prestaciones dispensadas en un centro hospitalario, el Tribunal ya admitió, como hemos visto, en su sentencia Smits y Peerbooms, el principio de la autorización previa, que no podrá ser denegada salvo por razones objetivas, conocidas de antemano, sin ningún tipo de comportamiento arbitrario por parte de las autoridades nacionales.

Entre estas razones se encuentran, según el Tribunal, la posibilidad para el paciente de beneficiarse de un tratamiento idéntico o que presente el mismo nivel de eficacia “en un plazo oportuno” en el territorio del Estado competente (véase el apartado 103 de la sentencia). Esta expresión “en un plazo oportuno” ha de ser sin duda objeto de clarificación por el Tribunal: ¿tiene que basarse en elementos puramente objetivos de tipo médico, entre los que se halla incluida la evolución probable de la enfermedad, o se pueden tener en cuenta otros factores subjetivos, como el grado de dolor, la naturaleza de la discapacidad, la situación personal del interesado, o la duración del plazo de espera para beneficiarse de la asistencia en el territorio del Estado competente?

La sentencia Smits y Peerbooms daba ya una indicación a este respecto, en el apartado 104, dado que el Tribunal invitaba a las autoridades nacionales a «tomar en consideración el conjunto de las circunstancias que caracterizan cada caso concreto, teniendo en cuenta no sólo la situación médica del paciente en el momento en que se solicitó la autorización, sin también sus antecedentes». La sentencia Müller-Fauré aporta dos precisiones suplementarias e importantes:

– por una parte, entre las **circunstancias que caracterizan cada caso concreto**, que corresponde al seguro de enfermedad tener en cuenta, temenos “el grado de dolor” o “la naturaleza de la discapacidad del asegurado” que podría, por ejemplo, hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de una actividad profesional (apartado 90). El Tribunal considera también una interpretación particularmente amplia de la noción de “situación médica” del paciente;

– por otra parte, *“una denegación de la autorización previa que no esté motivada no por el temor de derroche o deterioro, como consecuencia del exceso de capacidad en los hospitales, sino exclusivamente por una razón basada en la existencia de **listas de espera** en el territorio nacional para recibir el tratamiento hospitalario de que se trata, sin tomar en consideración las circunstancias concretas que caracterizan la situación médica del paciente no puede constituir un obstáculo válidamente justificado a la libre prestación de los servicios”* Además, el Tribunal manifiesta a este respecto que *“un plazo de espera demasiado largo o anormal podría restringir la accesibilidad a un conjunto equilibrado de tratamientos hospitalarios de calidad»* (apartado 92, final).

b) Prestaciones de nacimiento

71. La letra u), i) del artículo 1 del Reglamento n° 1408/71 excluye de la noción de prestaciones familiares en el sentido de dicho Reglamento “los subsidios especiales de natalidad y adopción mencionados en el anexo II”, entre los que figuran “los subsidios prenatales” y los “subsidios de natalidad” luxemburgueses. Esta exclusión tiene también como efecto hacer estas prestaciones inexportables en el sentido del artículo 73 del Reglamento. Este artículo elimina precisamente la condición de residencia de los miembros de la familia a la que estaría subordinada la concesión de las

“prestaciones familiares”.

Cuanto tuvo que pronunciarse sobre la legalidad de esta exclusión, el Tribunal recordó, en su sentencia Leclerc y Deaconescu, antes citada, que

“Habida cuenta del amplio poder de apreciación de que dispone el Consejo para la aplicación de los artículos 48 y 51 del Tratado (véase la sentencia de 20 de abril de 1999, Nijhuis, C-360/97, Rec. p. I-1919, apartado 30), el hecho de que la coordinación llevada a cabo por el Reglamento n° 1408/71 no afecte a cierta categoría de prestaciones, no puede en cualquier caso privar de validez a las disposiciones pertinentes de dicho Reglamento. En efecto, esta limitación del campo de aplicación del Reglamento n° 1408/71 no puede, por sí sola, tener como efecto añadir disparidades suplementarias a las que resultan de la falta de armonización de las legislaciones nacionales ni violar el principio de la igualdad de trato (apartado 29).

Pero hay que asegurar, precisa el Tribunal, *“que ninguna otra regla de derecho comunitario, derivada en particular del Reglamento n° 1612/68, sea un obstáculo para la imposición de una condición de residencia”* (apartado 51). Se piensa evidentemente en el principio de igualdad de trato en materia de beneficios sociales, enunciado en el apartado 2 del artículo 7 de este Reglamento

Sin embargo, a este respecto, el interesado, para poder hacer uso de esta disposición, debe tener la condición de trabajador. Ahora bien, si en este caso concreto el señor Leclerc, residente en Bélgica, percibía una pensión de invalidez a cargo del Gran Ducado de Luxemburgo y estaba protegido, en virtud del artículo 48 del Tratado (convertido, tras la modificación, en artículo 39 CE) contra toda discriminación que pudiera afectar a los derechos adquiridos con motivo de su antigua relación de trabajo”, no podía *“adquirir nuevos derechos que no guardan relación con su actividad profesional anterior”*, al no ser en ese momento parte de ninguna relación de trabajo (apartado 59).

En este caso, había tenido un hijo **tras** el cese de su relación de trabajo y no podía basarse en el artículo 7 del Reglamento n° 1612/68 para reclamar el beneficio de prestaciones de natalidad luxemburguesas.

c) Prestaciones de desempleo

72. La conservación de los derechos adquiridos en materia de seguro de desempleo está asegurada por dos categorías de disposiciones del capítulo 6 del Título III del Reglamento n° 1408/71: la primera es la relativa al pago de las prestaciones de desempleo a los parados en busca de un puesto de trabajo en un Estado distinto del Estado competente; la segunda categoría se refiere a la adquisición del derecho a las prestaciones de desempleo en beneficio de desempleados que, cuando trabajaban, residían en un Estado diferente del Estado competente.

73. Pago de prestaciones a los desempleados en busca de un puesto de trabajo en un Estado diferente del Estado competente. El artículo 69 del Reglamento prevé, en las condiciones que en él se establecen, el mantenimiento del derecho a las

prestaciones de desempleo durante una duración máxima de tres meses (salvo prolongación excepcional) para el trabajador en situación de desempleo completo que se traslade a uno o varios Estados miembros para buscar allí un puesto de trabajo: el artículo 70 regula la concesión de prestaciones (a cargo de la institución de cada uno de los Estados a los que el parado va a buscar empleo) y el reembolso de esas prestaciones por la institución competente..

Se constata que el seguro de desempleo, a nivel comunitario, todavía está ampliamente dominado por el principio de la territorialidad. Difícilmente se puede discutir que la “no-exportación” de las prestaciones de desempleo no favorece la libertad de circulación de los trabajadores, especialmente en períodos de crisis de empleo, porque esto puede, en último término, disuadir al trabajador de volver a su país, o a dejar su país de origen por razón de su actividad profesional, si sabe que, una vez desempleado, se verá obligado a quedarse en el país de acogida si quiere mantener su derecho a las prestaciones de desempleo, salvo recurso limitado al artículo 69 del Reglamento. Sin embargo, estas consideraciones no impidieron al Tribunal de justicia reconocer, en los asuntos conjuntos 41, 121 y 796/79 (Testa e.a.)¹²⁵, la conformidad del régimen instituido por el artículo 69 del Reglamento con el ex artículo 51 del Tratado, dado que éste no prohíbe al legislador establecer condiciones para los beneficios que concede de cara a asegurar la libre circulación ni fijar sus límites¹²⁶.

74. Adquisición del derecho a las prestaciones de desempleo para los trabajadores fronterizos y temporeros. El artículo 71 del Reglamento regula la concesión de dichas prestaciones en beneficio de los trabajadores (por cuenta ajena) en situación de desempleo que durante su último trabajo residían en un Estado miembro diferente del Estado competente. Así, por lo que se refiere en concreto a los trabajadores fronterizos (letra a) del apartado 1 del artículo 71):

- en caso de desempleo parcial o accidental, el interesado se beneficia de las prestaciones según la legislación del país de empleo (i);
- en caso de desempleo completo, las prestaciones se otorgan en virtud de la legislación del país de residencia como si el interesado hubiera estado sometido a esta legislación durante su último empleo, las prestaciones serán abonadas por la institución del país de residencia¹²⁷ (ii).

¹²⁵ Sentencia de 19 de junio de 1980, Rec. p. 1979.

¹²⁶ Es verdad que el derecho comunitario no garantiza propiamente hablando la libre circulación de los trabajadores en paro, o más exactamente, el derecho para un trabajador en paro en un Estado miembro a trasladarse a otro Estado miembro para buscar un empleo durante una duración indeterminada: si no encuentra un empleo en un plazo de tiempo razonable desde su llegada, puede ser instado a abandonar el territorio nacional (véase sentencia de 26 de febrero de 1991, Antonissen, C-292/89, Rec. p. I-773).

¹²⁷ Por lo que se refiere al cálculo de las prestaciones de desempleo que depende del último salario recibido, de la sentencia de 28 de febrero de 1980, Fellingner, asunto 67/79, Rec. p. 535, se deriva que en el caso de un trabajador fronterizo en paro completo, la institución competente del Estado de residencia, cuya legislación nacional prevé que el cálculo de las prestaciones se base en la cuantía del salario anterior, debe calcular esas prestaciones teniendo cuenta el salario que ha recibido el trabajador por el último empleo que ha ejercido en el Estado miembro en el que trabajaba inmediatamente antes de encontrarse en situación de desempleo (por aplicación análoga del apartado 1 del artículo 68 del Reglamento n 1408/71, no

La disposición que establece la aplicación de la legislación del país de residencia, contenida en la letra a), ii) del apartado 1 del artículo 71 del Reglamento, debe ser aplicada plenamente: por consiguiente, excluye que la institución del Estado de residencia, encargada de pagar las prestaciones de desempleo a los trabajadores fronterizos en paro completo, pueda aplicar a la remuneración que sirve de base para el cálculo de dichas prestaciones las reglas del techo máximo previstas en la legislación del Estado de empleo.¹²⁸

75. Toma en consideración de los miembros de la familia. Según el apartado 2 del artículo 68 del Reglamento nº 1408/71, cuando la cuantía de las prestaciones varía en función de los miembros de la familia, se tendrán en cuenta también los miembros de la familia del interesado que residen en el territorio de otro Estado miembro distinto del del trabajador (salvo en el caso de que en su país de residencia, los miembros de la familia sean tomados en cuenta para la concesión de las prestaciones de desempleo a una persona distinta del trabajador).

d) Prestaciones familiares

76. Según el artículo 73, las prestaciones familiares¹²⁹ son otorgadas al trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia sometido a la legislación de un Estado miembro para los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro conforme a la legislación del primer Estado, como si residiesen en el territorio de éste, sin perjuicio de las disposiciones del anexo VI.

En este supuesto, las prestaciones son abonadas por la institución competente del Estado a cuya legislación el trabajador por cuenta ajena esté sometido conforme a las disposiciones que aplica, tanto si “la persona física o jurídica a la que se han de pagar las prestaciones reside o se halla en el territorio del Estado competente o en otro Estado miembro “ (apartado 1 del artículo 75).

Disposiciones similares rigen la concesión de las prestaciones familiares a los trabajadores en paro cuyos miembros de la familia residen en un Estado diferente del Estado competente (véanse los arts. 74 y 75 del Reglamento nº 1408/71 así como los artículos 88 y 89 del Reglamento nº 574/72).

En la sentencia Martínez de 5 de octubre de 1995 (C-321/93, Rec. p. I-2821), el Tribunal precisó el alcance del artículo 73.

habiendo sido tomado expresamente en consideración por el legislador en la formulación de este artículo el caso del trabajador fronterizo).

¹²⁸ Véase la sentencia de 1 de octubre de 1992, Grivard et Kreitz, C-201/91, Rec. p. I-5009.

¹²⁹ Según la letra u) del artículo 1 del Reglamento nº 1408/71, el término “prestaciones familiares” designa todas las prestaciones destinadas «a compensar las cargas familiares» con exclusión de los subsidios especiales de natalidad mencionados en el anexo II del Reglamento, mientras que el término “subsidios familiares” designa sólo las prestaciones “periódicas en metálico concedidas exclusivamente en función del número y, en su caso, de la edad de los miembros de la familia”. Hay que añadir que los subsidios especiales de adopción, dada su naturaleza y condiciones de concesión, que son similares a las de los subsidios de natalidad, no han de ser considerados, al igual que éstos últimos, prestaciones familiares (letra u).

El litigio versaba sobre el modo de cálculo de la cuantía de un subsidio familiar de derecho alemán («subsidio complementario»): dado que la legislación nacional hacía depender indirectamente¹³⁰ la cuantía del subsidio de una condición de residencia de los hijos y del cónyuge en el territorio nacional, ¿el seguro nacional estaba obligado a tomar en consideración, a este efecto, la residencia de los hijos y del cónyuge en el territorio de otro Estado miembro como si residieran en el territorio nacional?

El tribunal respondió afirmativamente. El hecho de que la condición de residencia no figure en la legislación relativa a los subsidios familiares propiamente dichos, sino en la legislación fiscal a la que la legislación social se remite a la hora de determinar a los beneficiarios y la cuantía de la prestación, no exime a la institución competente de su obligación, conforme al artículo 73, de tomar en consideración la residencia del hijo en el territorio de otro Estado miembro como si residiese en el territorio nacional a fin de calcular la cuantía del subsidio.

Además, según el Tribunal, el artículo 73 del Reglamento implica igualmente la toma en consideración de la residencia del cónyuge en el territorio de otro Estado miembro como si el cónyuge residiese en el Estado competente para conceder y calcular la prestación, teniendo en cuenta el objetivo de este artículo que es no disuadir al trabajador comunitario de ejercer su derecho a la libre circulación.¹³¹

77. Subsidio de educación a favor del cónyuge del trabajador. El artículo 73 es también aplicable al pago de un subsidio de educación a favor del cónyuge residente, con el trabajador y los hijos, en un Estado miembro distinto del Estado de empleo (sentencia de 10 de octubre de 1996, Hoever y Zachow, C-245 et 312/94, Rec. p. I-4895). Este artículo tiene precisamente por objeto impedir que un Estado miembro pueda hacer depender la concesión o la cuantía de las prestaciones familiares de la residencia de los miembros de la familia del trabajador en el territorio nacional, a fin de no disuadir al trabajador comunitario de ejercer su derecho de libre circulación (véase también la sentencia Martínez, antes citada, apartado 21). En este caso, la concesión del subsidio de educación alemán, considerado como una prestación familiar por el Tribunal estaba sometida a la condición de que el cónyuge del trabajador, que no residía en Alemania, ejerciese una actividad por cuenta ajena en Alemania.

¹³⁰ Por remisión a ciertas disposiciones fiscales en materia de desgravación por hijo a cargo y de imposición conjunta de los esposos. A veces esas disposiciones subordinan la concesión de determinadas ventajas fiscales (desgravaciones, «splitting» de los ingresos de los esposos) a una condición de residencia de los hijos y/o del cónyuge en el territorio nacional, a veces prorratean la cuantía de la desgravación fiscal en función de la duración de la sujeción a lo largo de un determinado ejercicio fiscal. En este caso, la cuantía del subsidio complementario recibido por el sr. Martínez era el resultado de una aplicación indirecta y combinada de esas disposiciones fiscales.

¹³¹ Véase también la sentencia de 10 de octubre de 1996, Hoever y Zachow, C-245/94 y C-312/94, Rec. p. I-4895, apartado 34. En el asunto Martínez, el Tribunal tomó, a este respecto, la precaución de remitirse a la directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua de las autoridades competentes de los Estados miembros en el campo de los impuestos indirectos (DOCE, L 326, p. 225) para regular los problemas administrativos que pudiera plantear la determinación de la situación personal y familiar de los no residentes.

78. Situación del cónyuge. Hay que observar que el artículo 73 no exige que el cónyuge del trabajador ejerza también una actividad en el Estado miembro cuya legislación es aplicable: contempla precisamente la situación en la que la familia del trabajador reside en otro Estado miembro. También importa poco por lo que se refiere a la concesión del derecho a las prestaciones familiares que el cónyuge del trabajador nunca haya residido ni trabajado por cuenta ajena en el Estado miembro cuya legislación resulta aplicable¹³².

79. Puesta a disposición de la oficina de empleo. Teniendo en cuenta el objetivo de los artículos 73 y 74 que es evitar que un Estado miembro pueda denegar prestaciones familiares debido a que los miembros de la familia residen en un Estado miembro diferente del Estado miembro otorgante, “una condición según la cual el hijo de un trabajador para adquirir el derecho a determinadas prestaciones familiares debe estar a disposición de la oficina de empleo del Estado miembro que concede la prestación, condición que sólo puede ser cumplida si el hijo reside en el territorio de este último Estado, debe ser considerada como cumplida cuando el hijo se encuentra a disposición de la oficina de empleo del Estado miembro de su residencia¹³³”.

d) Prestaciones para hijos a cargo de titulares de pensiones o de rentas o para huérfanos

80. Los artículos 77 y 78 del Reglamento nº 1408/71 tienen por objeto, con carácter general, designar la legislación aplicable a la concesión de prestaciones para hijos a cargo de titulares de pensiones o de rentas y para huérfanos, y cualquiera que sea el Estado miembro en cuyo territorio residan “el titular de pensiones o de rentas y los hijos” o, según el caso, “el huérfano o al persona física o jurídica que lo tenga de modo efectivo a su cargo” (véanse especialmente los artículos 77, apartado 2 y 78, apartado 2).

El régimen establecido por estas disposiciones, que elimina la cláusula de residencia a la cual podría estar subordinada la adquisición del derecho a las prestaciones, se puede sintetizar de la siguiente manera¹³⁴.

El apartado 2 del artículo 77 prevé un régimen diferente de pago de las **prestaciones para hijos a cargo de titulares de pensiones o de rentas** según que éstos perciban sus pensiones o rentas en virtud de la legislación de un solo Estado miembro o de varios Estados miembros;

- en el primer caso, las prestaciones son debidas en virtud de la legislación del Estado competente para la pensión o la renta (letra a) del apartado 2 del artículo 77);
- si el titular percibe una pensión a cargo de dos o más Estados miembros y reside en el territorio de uno de ellos , bajo cuya legislación existe un derecho a las

¹³² Sentencia de 16 de julio de 1992, Hughes, C-78/91, Rec. p. I-4839.

¹³³ Sentencias de 22 de febrero de 1990, Bronzino, 228/88, Rec. p. I-549; de 22 de febrero de 1990, Gatto, C-12/89, Rec. p. I-557.

¹³⁴ Sobre la jurisprudencia relativa al « complemento diferencial », véase el anterior apartado 49.

prestaciones por hijos a cargo, estas prestaciones se concederán de conformidad con la legislación de ese Estado (letra b), i) del apartado 2 del artículo 77).

En los demás casos, el titular percibe las prestaciones según la legislación del Estado miembro a la que ha estado sometido más tiempo si el derecho a dichas prestaciones se ha adquirido en virtud de esa legislación; si no, las "condiciones de adquisición del derecho serán examinadas a la luz de las legislaciones de los otros Estados miembros afectados en orden decreciente según la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos bajo la legislación de esos Estados miembros" (letra b), ii) del apartado 2 del artículo 77). En caso de que la aplicación de estas reglas tuviera como efecto hacer competentes a varios Estados miembros, por ser igual la duración de los períodos, las prestaciones se concederán de conformidad con la legislación de esos Estados a la que el titular haya estado sometido en último lugar (apartado 2 del artículo 79.)¹³⁵.

Por lo que se refiere a las **prestaciones para huérfanos**, si constituyen pensiones o rentas de huérfanos, hay que referirse a las reglas de cálculo del capítulo «Pensiones» del Reglamento (capítulo 3 del título III), desde la entrada en vigor del Reglamento nº 1399/1999, de 29 de abril de 1999 (DOCE n L 164, 30 de junio de 1999), que modifica el Reglamento nº 1408/71, a menos que el difunto, en cualquier momento, haya estado cubierto "por un régimen que sólo prevé para los huérfanos subsidios familiares o subsidios suplementarios o especiales" (nuevo art. 78bis)¹³⁶.

Cuando las prestaciones consideradas constituyen subsidios familiares o subsidios suplementarios o especiales previstos para los huérfanos dependen del campo de aplicación del capítulo 8 (apartado 1 del art. 78.). Las reglas relativas a la determinación de la legislación aplicable son similares a las que rigen las prestaciones para hijos a cargo de titulares de pensiones:

- si el difunto ha estado sometido a la legislación de un solo Estado miembro, el huérfano tiene derecho a las prestaciones con arreglo a la legislación de dicho Estado (letra a) del apartado 2 del artículo 78).
- si el difunto ha estado sometido a la legislación de dos o más Estados miembros y el huérfano reside en el territorio de uno de ellos, bajo cuya legislación tiene derecho a las prestaciones, las prestaciones se conceden con arreglo a la legislación de dicho Estado (letra b), i) del apartado 2 del artículo 78).

En los demás casos, las prestaciones se conceden con arreglo a la legislación del Estado miembro a la que ha estado sometido el difunto durante más tiempo si existe un derecho en virtud de dicha legislación. Si no "las condiciones de adquisición del derecho se examinan con arreglo a las legislaciones de los otros Estados miembros afectados, en orden decreciente según la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos bajo la legislación de dichos Estados miembros" (letra b), i) del apartado 2 del artículo 78). En el caso de que la aplicación de estas reglas tenga como

¹³⁵ Para una ilustración concreta de las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 77 véase la sentencia de 14 de marzo de 1989, Baldi, 1/88, Rec. p. 667, apartado 21.

¹³⁶ Estos regímenes se hallan enumerados en el anexo VIII del Reglamento.

efecto hacer competentes a varios Estados miembros, por ser la duración de los períodos igual, las prestaciones se concederán en virtud de la legislación de esos Estados miembros a la que el trabajador haya estado sometido en último lugar (apartado 2 del artículo 79).

Las prestaciones se conceden, conforme al artículo 79, según la legislación determinada en aplicación de los artículos 77 y 78, por la institución encargada de aplicarla y a su cargo, como si el titular o el difunto hubiera estado sometido sólo a la legislación del Estado competente.

81. Restricción a la exportación de las prestaciones familiares. Los artículos 77, apartado 1 y 78, apartado 1, del Reglamento contienen una restricción por lo que se refiere a la exportación de las prestaciones dado que reservan a los titulares de pensiones o de rentas o a los huérfanos que residen en el territorio de otro Estado miembro distinto del Estado competente sólo el beneficio del pago de los “subsídios familiares”, con exclusión de las “prestaciones familiares” en el sentido de la letra u) del artículo 1 del Reglamento.

En su sentencia Lenoir de 27 de septiembre de 1988 (313/86, Rec. 5391), relativa a la no exportabilidad de las prestaciones familiares sometidas a otras condiciones diferentes del número o la edad de los miembros de la familia, el Tribunal observó que las prestaciones de este tipo “están, en la mayor parte de los casos, estrechamente relacionadas con el entorno social y, por tanto, con la residencia de los interesados” (apartado 16). Es la aportación más importante de esta sentencia que indica también el alcance de la obligación del Consejo de asegurar la conservación de los derechos adquiridos en el campo de la seguridad social a favor de los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad y de los miembros de su familia.

CAPÍTULO 4: LA CONSERVACIÓN DE LOS DERECHOS EN CURSO DE ADQUISICIÓN

82. El beneficio de numerosas prestaciones de seguridad social está subordinado al cumplimiento de períodos de empleo, de seguro o de residencia. De ello resulta que el cambio de país de empleo o de residencia puede generar perjuicios serios para el trabajador o los miembros de su familia si el interesado no ha cubierto, bajo la legislación del Estado competente, el período de práctica necesario para la adquisición del derecho a las prestaciones o, si se trata en concreto de las prestaciones a largo plazo, si no ha cubierto, bajo las diferentes legislaciones de afiliación, los períodos mínimos requeridos o suficientes que le permitirían beneficiarse, en total, de una pensión comparable a la que hubiera disfrutado si hubiera desarrollado toda su carrera profesional en un solo Estado.

La importancia del principio de la conservación de los derechos en curso de adquisición, tomada del derecho internacional clásico, es evidente. Su aplicación exige la utilización de dos técnicas bien conocidas: la de la acumulación de los períodos y la del prorrateo de las prestaciones.

Sección 1: La acumulación de los períodos

83. La letra a) del artículo 42 del Tratado prevé expresamente, para establecimiento de la libre circulación de los trabajadores en el campo de la seguridad social «la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de estas».

La técnica de la acumulación deber ser tomada en cuenta tanto para la adquisición del derecho a las prestaciones (condición de práctica) cuando la legislación de un Estado miembro subordina la adquisición del derecho al cumplimiento de períodos de cualificación y el trabajador no los ha cumplido en ese Estado, como para el cálculo de las prestaciones cuya cuantía este en función de la duración de la carrera, especialmente para las prestaciones a largo plazo (vejez, supervivencia, invalidez). Esta técnica consiste para la institución de un Estado miembro en tomar en consideración, en la medida necesaria, los períodos cumplidos por el trabajador migrante en otro Estado miembro, “sin discriminación frente a los demás trabajadores, en función del ejercicio de su derecho de libre circulación¹³⁷”.

La regla de la acumulación de los períodos de seguro (o, en su caso, de los períodos de actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, o de residencia), cumplidos bajo la legislación de dos o más Estados miembros, cuyas modalidades de aplicación se encuentran recogidas en los artículos 15 y 46 del Reglamento n° 574/72, aparece enunciada en varias disposiciones del Reglamento n 1408/71 en relación a las diferentes ramas de la seguridad social¹³⁸.

Así, en el campo de las pensiones (vejez, supervivencia, invalidez¹³⁹), el apartado 1 del artículo 45 del Reglamento enuncia la regla general de la acumulación: La institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine al requisito de haber cubierto determinados períodos de seguro o de residencia, la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones, computará, en la medida necesaria, los períodos de seguro cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratase de períodos cubiertos bajo la legislación aplicada por ella.

Cuando la legislación de un Estado miembro subordine la concesión de determinadas prestaciones al requisito de que los períodos de seguro hayan sido cubiertos en una profesión sometida a algún régimen especial aplicable a los trabajadores por cuenta ajena (por ejemplo, los mineros) o, en su caso, en un empleo determinado, los períodos

¹³⁷ Sentencia de 13 de julio de 1966, Hagenbeek, 4/66, Rec. p. 625.

¹³⁸ Enfermedad, maternidad: artículo 18, invalidez : artículos 38 y 40, apartado 1 ; vejez y supervivencia : artículos 45 y 48 (para períodos de seguro o de residencia inferiores a un año) ; enfermedad profesional : artículo 57, apartado 4 ; defunción: artículo 64 ; desempleo : artículo 67 ; prestaciones familiares: artículo 72; prestaciones para hijos a cargo de titulares de pensiones o de rentas y para huérfanos: artículo 79, apartado 1.

¹³⁹ Cuando el interesado ha ejercido actividades a la vez bajo una legislación de tipo A (según la cual la cuantía de las prestaciones de invalidez es independiente de la duración de los períodos de seguro) y bajo una legislación de tipo B (que fija la cuantía de las prestaciones de invalidez en función de los períodos de seguro) Véase infra n° 94.

cubiertos bajo las legislaciones de otros Estados miembros no serán computables para la concesión de tales prestaciones más que en el supuesto de que hubieran sido cubiertos al amparo de un régimen de igual naturaleza o, a falta de éste, en la misma profesión o, dado el caso, en un empleo idéntico. Si, tras haberle computado los períodos así cubiertos, el interesado no reúne las condiciones requeridas para tener derecho a tales prestaciones, dichos períodos le serán computados para la concesión de las prestaciones del régimen general de la seguridad social o, a falta de ello, del régimen aplicable a los obreros o a los empleados, según el caso (apartado 2 del artículo 45).

Además, está previsto que si la legislación de un Estado miembro subordina la concesión de ciertas prestaciones a la condición de que los períodos de seguro hayan sido cumplidos únicamente en una profesión sometida a un régimen especial aplicable a los trabajadores por cuenta propia, los períodos cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros no serán computables, para la concesión de esas prestaciones, más que cuando hayan sido cumplidas bajo un régimen de igual naturaleza o, en su defecto, en la misma profesión. Si, tras haberle computado los períodos así cubiertos, el interesado no cumple las condiciones requeridas para beneficiarse de dichas prestaciones, estos períodos se computarán (con ciertas condiciones) para la concesión del régimen general o, en su defecto, del régimen aplicable a los obreros o a los empleados, según el caso.

84. Alcance de la regla de acumulación. Dos sentencias del Tribunal dieron a la regla de la acumulación de los períodos de seguro (o, en su caso, de los períodos de empleo o de residencia) cubiertos bajo la legislación de dos o más Estados miembros, un alcance que supera ampliamente las cuestiones de adquisición del derecho a las prestaciones y de cálculo de las prestaciones para las que había sido concebida inicialmente: se trata de las sentencias de 26 de octubre de 1995, Moscato, C-481/93 (Rec. p. I-3537), y Klaus, C-482/93 (Rec. p. I-3560).

El señor Moscato, de nacionalidad italiana, había trabajado en Bélgica, después en los Países Bajos, a continuación se había quedado en paro en Bélgica y finalmente había vuelto a trabajar en los Países Bajos. Pero dos meses más tarde se vio obligado a abandonar su actividad profesional debido a problemas psíquicos. Recibió prestaciones de enfermedad a cargo del régimen de los Países Bajos. Sin embargo, el organismo de este país, basándose en la legislación nacional en materia de invalidez, le denegó la concesión de las indemnizaciones de incapacidad laboral alegando que, al inicio de su última actividad profesional en los Países Bajos, su estado de salud hacía presagiar claramente la aparición de una incapacidad laboral menos de seis meses más tarde.

¿El organismo tenía derecho a tomar como punto de partida de la afiliación la fecha en la que el señor Moscato se había afiliado al régimen de los Países Bajos, sin considerar los períodos de afiliación anteriores, cubiertos por el interesado bajo la legislación de otro Estado miembro? La respuesta del Tribunal fue negativa: la regla de la acumulación, enunciada en la letra a) del artículo 42 del Tratado y tal como es aplicada por el apartado 1 del artículo 38 del Reglamento nº 1408/71 en el campo del seguro de invalidez, obliga a las instituciones competentes a razonar como si la totalidad de la carrera del trabajador se hubiera desarrollado en un único e idéntico territorio.

En la sentencia Klaus, el Tribunal reiteró esta interpretación de la regla de la acumulación, pero esta vez a propósito del seguro de enfermedad.

La señora Klaus, nacional neerlandesa, había trabajado en España, en los Países Bajos, de nuevo en España, después, a partir de octubre de 1989, en los Países Bajos. Apenas quince días después del inicio de su nueva actividad en los Países Bajos se vio incapacitada para trabajar debido a un dolor de espalda. Las indemnizaciones de enfermedad que reclamó entonces al organismo competente de los Países Bajos le fueron denegadas alegando que el 20 de octubre de 1989, fecha de inicio de su seguro de enfermedad en virtud del régimen de los Países Bajos, ya se encontraba en condiciones de no poder ejercer su trabajo.

A la luz del artículo 38 del Reglamento se interpretó como obligación de las instituciones competentes tomar en consideración también los períodos de afiliación cubiertos por el asegurado bajo la legislación de otro Estado miembro, como si se tratase de períodos cubiertos por el asegurado bajo la legislación que aplican, en particular, cuando la legislación del Estado competente somete la concesión de las prestaciones de enfermedad a la condición de que la incapacidad laboral no existiese ya en el momento de la afiliación.

85. Funcionarios. Existe una excepción al principio general de la acumulación por lo que se refiere a la liquidación de las pensiones de invalidez o de vejez en virtud de un régimen especial de funcionarios (véase art. 43 bis, apartado 2 y 51 bis, apartado 2): si la legislación de un Estado miembro subordina la adquisición de los derechos a dichas prestaciones a la condición de que todos los períodos de seguro hayan sido cubiertos en el marco del o de los regímenes especiales de funcionarios en ese Estado o hayan sido asimilados a tales períodos en virtud de la legislación de ese Estado, sólo se computarán los períodos que puedan ser reconocidos en virtud de dicha legislación. Sin embargo, para evitar la pérdida de esos períodos, en el caso de que fuesen insuficientes para adquirir un derecho a las prestaciones del régimen especial, podrán computarse para la concesión de las prestaciones del régimen general.

86. Condiciones de afiliación. Hay que recordar, en este contexto, que el Reglamento nº 1408/71 tiene fundamentalmente por objeto la coordinación de los regímenes nacionales de seguridad social con el fin de asegurar la libre circulación de las personas, pero en ningún caso tiene por objeto la armonización de las condiciones de afiliación, las cuales, como lo subrayó el Tribunal en el asunto 266/78, Brunori¹⁴⁰, dependen exclusivamente de las legislaciones nacionales¹⁴¹.

Además, las diferentes disposiciones del Reglamento relativas a la acumulación de los períodos de seguro por sí mismas no regulan la cuestión previa de la afiliación a un determinado régimen nacional de seguridad social, aparte del cómputo de los períodos para la adquisición del derecho.

¹⁴⁰ Sentencia de 12 de julio de 1979, Rec. p. 2705.

¹⁴¹ Véanse también las sentencias de 23 de septiembre de 1982, Koks, 275/81, Rec. p. 3013; de 24 de septiembre de 1987, De Rijke, 43/86, Rec. p. 3611; de 3 de mayo de 1990, Kits, C-2/89, Rec. p. I-1769.

El Tribunal consideró que el apartado 2 del artículo 9 del Reglamento n 1408/71¹⁴², "no regula las demás condiciones a las que la legislación de cada Estado miembro puede subordinar la adquisición de un derecho, como la de cotizar a un régimen nacional de seguro voluntario o facultativo continuado" (véase la sentencia Hartmann Troiani, antes citada, apartado 16).

En este sentido es a la legislación de cada Estado miembro a la que le corresponde determinar las condiciones legales de la obligación de afiliarse a un régimen de seguridad social o a una u otra rama de dicho régimen, siempre que a este respecto no se haga discriminación entre nacionales del Estado competente y nacionales de otros Estados miembros (véase en concreto la sentencia Hartmann Troiani, antes citada, apartado 21)"¹⁴³.

Sección 2: El prorrateo de las prestaciones

87. Cuando la acumulación de los períodos se ha efectuado a favor de un trabajador que ha estado sometido a la legislación de dos o más Estados miembros, es evidente que ese trabajador no recibe, en el Estado miembro correspondiente, una prestación completa como si hubiera cubierto en dicho Estado el conjunto de los períodos considerados: sólo recibe una parte de la prestación nacional, proporcional al período efectivamente cubierto en ese Estado. Es el prorrateo (o sistema de reparto).¹⁴⁴

El prorrateo sólo puede afectar a las prestaciones cuya cuantía varía en función de la carrera cumplida (vejez, invalidez, supervivencia, etc.) y no se aplica a la adquisición del derecho a las prestaciones, sino al cálculo de las mismas.

88. Principio de intangibilidad de los derechos adquiridos. La aplicación de las técnicas de acumulación de los períodos de cualificación y de prorrateo de las prestaciones para el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición ha dado lugar a una jurisprudencia importante, correctora, del Tribunal de Justicia basada, con carácter general, en el principio de la intangibilidad de los derechos adquiridos por los particulares en materia de seguridad social bajo una legislación nacional. En efecto, se considera que los artículos 39 y 42 del Tratado que, según la fórmula consagrada, constituyen el fundamento, el marco y los límites de los Reglamentos, tienen como

¹⁴² Este artículo contiene una regla de acumulación de cara a asegurar la equivalencia de los períodos de seguro cubiertos en diferentes Estados miembros, de modo que los interesados puedan cumplir la condición de una duración mínima de períodos de seguro, cuando una legislación nacional subordina la admisión al seguro voluntario o facultativo continuado a este tipo de condición (sentencia de 18 de mayo de 1989, Troiani, 368/87, Rec. p. 1333, apartado 15).

¹⁴³ Sentencia de 20 de octubre de 1993, Baglieri, C-297/92, Rec. p. I-5228, apartados 12 y 13.

¹⁴⁴ Este sistema a veces es sustituido, en el derecho convencional, por el llamado de integración que consisten en conceder las prestaciones completas en virtud de la legislación de una sola de las partes contratantes. Los reglamentos comunitarios aplican este último sistema en la rama de las prestaciones de invalidez cuando el interesado ha estado exclusivamente sometido a legislaciones de tipo A (véase nº 75 infra).

principal objetivo eliminar las barreras a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. Este objetivo no se alcanzaría si la aplicación de los Reglamentos produjera como resultado la supresión o reducción de las ventajas de seguridad social que un trabajador tendría en virtud de la legislación de un **solo** Estado miembro, colocando de este modo al trabajador migrante en una situación menos favorable que la que le garantizan las legislaciones nacionales¹⁴⁵.

De ello resulta que la operación de acumulación y su mecanismo correlativo, el prorrateo de las prestaciones, sólo se conciben con la finalidad de asegurar a una persona que ha trabajado en diferentes Estados miembros el beneficio de seguridad social que habría obtenido si hubiera trabajado siempre en el mismo Estado miembro. Por el contrario, no se puede proceder a la acumulación ni, por consiguiente, al prorrateo, so pena de violar el artículo 42 del Tratado, en el caso de un trabajador que, en base sólo a los períodos de empleo o de seguro cumplidos en un Estado miembro, pueda pretender la integridad de las prestaciones en virtud exclusivamente de la legislación de ese Estado sin hacer uso de la acumulación, incluso aunque fuera posible recurrir a ésta con el fin de concederle un derecho a las prestaciones en otro Estado miembro¹⁴⁶.

89. Liquidación de las pensiones. El artículo 46 del Reglamento nº 1408/71 constituye la pieza clave en materia de liquidación de las pensiones. Su aplicación ha dado lugar a una jurisprudencia abundante y «correctora» del Tribunal de Justicia, especialmente por lo que se refiere a las relaciones entre el derecho comunitario y las reglas antiacumulación nacionales, las cuales abundan en materia del seguro de vejez¹⁴⁷.

El legislador comunitario recogió las enseñanzas de esta jurisprudencia en el Reglamento nº 1248/92 de 30 de abril de 1992¹⁴⁸. Este Reglamento remodeló profundamente la fórmula de la liquidación de las pensiones, procediendo a una clarificación y a una simplificación del dispositivo cuya lectura la jurisprudencia del Tribunal había hecha muy difícil. Nosotros nos limitaremos a exponer las grandes líneas de la nueva reglamentación, que entró en vigor el 1 de junio de 1992.

¹⁴⁵ Véanse entre las sentencias recientes, las sentencias de 12 de julio de 1984, Patteri, 242/83, Rec. p. 3171; de 6 de octubre de 1987, Stefanutti, 197/85, Rec. p. 3874; de 21 de marzo de 1990, Cabras, C-199/88, Rec. p. I-1049; de 22 de febrero de 1990, Bronzino, 228/88, Rec. 1990, p. I-549; de 7 de marzo de 1991, Masgio, C-10/90, Rec. 1991, p. I-1134.

¹⁴⁶ Véanse por ejemplo, las sentencias de 15 de julio de 1964, Van der Veen, 100/63, antes citada; de 9 de junio de 1964, Nonnemacher, 92/63, antes citada; de 6 de diciembre de 1973, Mancuso, 140/73, Rec. p. 1449; de 28 de mayo de 1974, Niemann, 191/73, Rec. p. 571; de 6 de octubre de 1987, Stefanutti, 197/85, Rec. p. 3874; de 9 de julio de 1987, Burchell, 377/85, antes citada.

¹⁴⁷ Véanse p. e. las sentencias de 21 de octubre de 1975, Petroni, 24/75, Rec. p. 1149; de 3 de febrero de 1977, Strehl, 62/76, Rec. p. 211; de 13 de octubre de 1977, Manzoni, 112/76, Rec. p. 1656; de 25 de noviembre de 1975, Massonet, 50/75, Rec. p. 1473; de 20 de octubre de 1977, Giuliani, 32/77, Rec. p. 1857; de 13 de marzo de 1986, Sinatra, 296/84, Rec. p. 1056; de 17 de diciembre de 1987, Collini, 323/86, Rec. p. 5503; de 18 de abril de 1989, Felice, 128/88, Rec. p. 836; de 6 de junio de 1990, Spits, 342/88, Rec. p. I-2268; de 21 de marzo de 1990, Cabras, C-199/88, antes citada; de 5 de abril de 1990, Bianchin, C-109/89, Rec. p. I-1619.

¹⁴⁸ DOCE nE L 136.

90. Se ha de efectuar un doble cálculo:

1. Cuando el derecho a la prestación se ha adquirido en un Estado miembro sin que sea necesario recurrir a la acumulación de los períodos, el interesado recibe, de la institución competente de ese Estado, una pensión calculada según su propia legislación nacional, es decir, en función sólo de los períodos cubiertos bajo la legislación de ese Estado (método de cálculo directo) o sea, *una prestación autónoma* (artículo 46, apartado 1 a)). Sin embargo, la institución también calcula la cuantía de la prestación que se debería por aplicación de la regla del cálculo proporcional (punto 2 siguiente). El interesado se beneficia de la cuantía más elevada (artículo 46, apartado 1, a, ii, y apartado 3)¹⁴⁹.

Estos cálculos se han de efectuar teniendo en cuenta, en su caso, las cláusulas antiacumulación nacionales.

2. Cuando el derecho a la prestación sólo se obtiene en un Estado miembro recurriendo a la acumulación de los períodos de seguro o de residencia (o a través de la comparación prevista en el anterior punto 1), el interesado recibe de la institución competente de ese Estado y a su cargo una parte de pensión calculada según el método del cálculo proporcional:

- en primer lugar, la institución calcula la cuantía *«teórica»* de la prestación que se debería si todos los períodos hubieran sido cubiertos bajo su propia legislación, artículo 46, apartado 2, a);
- en base a esa cuantía, determina la cuantía efectiva prorrateada de la duración de los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación que aplica en relación a la duración total de los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo las legislaciones de los diferentes Estados miembros; es el procedimiento de prorrateo propiamente dicho (*prestación prorrateada*) artículo 46, apartado 2, b)¹⁵⁰.

3. El trabajador o el superviviente tiene derecho a la cuantía más elevada entre las cuantías de la prestación autónoma y de la prestación prorrateada. Pero cada una de las dos prestaciones tiene que ser objeto de un cálculo completo, comprendida la aplicación de las reglas antiacumulación nacionales, en los límites o salvo las excepciones previstas en los nuevos artículos 46bis, 46ter y 46quater.

Estos diferentes modos de cálculo (directo o proporcional) pueden aplicarse separadamente en cada Estado miembro en el que se haya adquirido un derecho, el

¹⁴⁹ Sin embargo, puede renunciar a este último cálculo si su resultado es idéntico o inferior al del cálculo efectuado conforme a su legislación nacional, a condición de que la legislación del Estado en cuestión no contenga ninguna cláusula antiacumulación que pueda afectar a la cuantía autónoma. El nuevo anexo IV, parte C, menciona para cada Estado miembro afectado el caso en que puede renunciar al cálculo de la prestación prorrateada (no se menciona ningún caso bajo la legislación belga, española, francesa, griega, luxemburguesa, austriaca y finlandesa) (artículo 46, apartado 1, b).

¹⁵⁰ Para la aplicación de las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 46, cuando la legislación aplicada prevé una duración máxima de períodos para el beneficio de una prestación completa y como consecuencia de la acumulación la duración de los períodos es superior a la duración máxima establecida, la institución competente computa ésta en lugar de la duración total de dichos períodos (artículo 47, apartado 1, a).

interesado recibirá una o varias pensiones autónomas y/o una o varias pensiones prorrateadas.

91. Reglas antiacumulación. El Reglamento nº 1408/71 rige la aplicación de las reglas antiacumulación nacionales (artículos 46bis, 46ter y 46quater).

De forma general:

- Se tendrá en consideración la cuantía de las prestaciones a pagar por otro Estado miembro antes de la deducción del impuesto, de las cotizaciones a la seguridad social y otras retenciones individuales (artículo 46bis, apartado 3, letra b);
- las reglas antiacumulación no pueden tomar en consideración las prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otro Estado miembro y que corresponden a períodos de seguro voluntario o facultativo continuado (Artículo 46bis, apartado 3, letra c);
- la prestación debida en virtud de una determinada legislación no puede ser reducida por aplicación de un cláusula antiacumulación más que con el límite de la cuantía de las prestaciones o ingresos adquiridos en otro Estado miembro (artículo 46bis, apartado 3, letra d).

Además, son aplicables disposiciones particulares en función de que la acumulación considerada se refiera a prestaciones de la misma naturaleza, debidas en virtud de la legislación de dos o más Estados miembros, o de prestaciones de naturaleza diferente¹⁵¹.

Si se trata de **prestaciones de la misma naturaleza**, las cláusulas antiacumulación no pueden ser aplicadas a una prestación prorrateada (art. 46, apartado 1) y únicamente pueden ser aplicadas a una prestación autónoma en las condiciones estrictas enunciadas en el apartado 2 del artículo 46 ter, (completado con el anexo IV, D), destinadas a evitar una acumulación abusiva.

Según el apartado 2 del artículo 46 ter del Reglamento, se ha de tratar:

- a) de una prestación cuya cuantía sea independiente de la duración de los períodos de seguro o de residencia cubiertos y que se encuentre contemplada en el anexo IV, parte D (legislación de tipo "A")

o

- b) de una prestación cuya cuantía esté determinada en función de un período ficticio que se supone cubierto entre la fecha en que se verifica el riesgo y una

¹⁵¹ El apartado 1 del artículo 46bis del Reglamento nº 1408/71, define, a este efecto, la acumulación de prestaciones de la misma naturaleza: comprende "toda acumulación de prestaciones de invalidez, vejez o supervivencia calculadas o concedidas en base a los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos por una misma persona". Por el contrario, por acumulación de prestaciones de naturaleza diferente se ha de entender "toda acumulación de prestaciones que no puedan ser consideradas de la misma naturaleza en el sentido del apartado 1" (artículo 46bis, apartado 2).

fecha ulterior. En este último caso, dichas cláusulas se aplican en caso de acumulación de una prestación de este tipo:

- o con una prestación del mismo tipo, salvo si se ha concluido un acuerdo entre dos o más Estados miembros para evitar tomar en consideración dos o más veces el mismo período ficticio;
- o con una prestación de las contempladas en la letra a).

Las prestaciones y los acuerdos contemplados en la letra b) aparecen recogidos en el anexo IV, parte D.

En presencia de **prestaciones de naturaleza diferente** hay que referirse al artículo 46 quater que tiende a paliar las consecuencias perjudiciales para el trabajador migrante o el superviviente de la aplicación conjunta de las disposiciones antiacumulación por parte de dos o más Estados miembros. Así, si varias prestaciones autónomas deben ser simultáneamente reducidas por aplicación de dichas reglas, la cuantía sobre la que se efectúa la reducción, la suspensión o la supresión debe ser dividida por el número de las prestaciones sometidas a reducción, suspensión o supresión. Igualmente, si se trata de prestaciones prorrateadas, las prestaciones de naturaleza diferente sólo se toman en cuenta para aplicar las reglas antiacumulación pertinentes por una fracción de su cuantía que se determina a prorrata de la duración de los períodos de seguro o de residencia considerados para el cálculo de la prestación prorrateada.

92. Pensión mínima. El beneficiario de las prestaciones, en el Estado de su residencia y en virtud de la legislación conforme a la cual le es debida una prestación, no puede percibir una cuantía de prestaciones inferior a la de la prestación mínima fijada por esta legislación para un período de seguro o de residencia igual al conjunto de los períodos cubiertos por él en el territorio de los Estados miembros. La institución competente de este Estado pagará eventualmente al interesado, durante toda la duración de su residencia en ese Estado, un complemento igual a la diferencia entre la cuantía de la prestación mínima y la suma de las prestaciones calculadas según las reglas comunitarias de acumulación y prorrateo anteriormente enunciadas (artículo 50 del Reglamento).¹⁵²

93. Revalorización y nuevo cálculo de las prestaciones. El artículo 51 del Reglamento nº 1408/71 fue introducido para reducir la carga administrativa que representaría un nuevo cálculo de las prestaciones liquidadas conforme al artículo 46, cuando las prestaciones son simplemente adaptadas en un Estado miembro debido a «eventos ajenos a la situación individual del asegurado» y ligados a «la evolución general de la situación económica y social» (aumento del coste de la vida, variación del nivel de los salarios, etc. (art.51, apartado 1)).¹⁵³

¹⁵² Véanse las sentencias de 30 de noviembre de 1977, Torri, 64/77, Rec. p. 2299; de 17 de diciembre de 1981, Browning, 22/81, Rec. p. 3357.

¹⁵³ Véanse las sentencias de 2 de febrero de 1982, Sinatra, 7/81, Rec. p. 137; de 1 de mayo de 1989, Jordan, 141/88, Rec. p. 2387; de 21 de marzo de 1990, Ravida, C-85/89, Rec. p. I-1063; de 20 de marzo de 1991, Cassamali, C-93/90, Rec. p. I-1401, apartados 15 y 16; de 18 de febrero de 1993, Bogana, C-192/92, Rec. p. I-755.

Por el contrario, según el apartado 2 del artículo 51 se efectuará un nuevo cálculo en caso de que se modifique la manera de determinación o las reglas de cálculo de las prestaciones, debido a un cambio en la situación personal del trabajador.

En el asunto C-65/92, Levatino¹⁵⁴, el Tribunal se pronunció sobre la cuestión de saber si el artículo 51 del Reglamento podía aplicarse plenamente a la adaptación de la cuantía de una prestación como los ingresos garantizados. Se estimó que éstos han de ser considerados como una «prestación de vejez» en el sentido del Reglamento y, por tanto, pueden entrar en el campo de aplicación del artículo 46.¹⁵⁵

Esto no impide que, ante las «características particulares» de los ingresos garantizados a los ancianos, la aplicación del *apartado 1* del artículo 51 “pueda representar, según el Tribunal, una conmoción de la legislación nacional” afectada, desnaturalizando el objeto de la prestación, que es compensar la escasez de recursos del interesado, de manera que se le permita alcanzar el mínimo garantizado por la ley. En efecto, si se impidiera tomar en consideración la revalorización de una pensión de vejez concedida por otro Estado miembro, cuya cuantía normalmente debe ser deducida de los ingresos mínimos garantizados, la aplicación del apartado 1 del artículo 51 «desvirtuaría el carácter complementario de una prestación cuya cuantía varía en función de los recursos del interesado, dado que tiene como función compensar la insuficiencia de recursos”.

Por el contrario, proseguía el Tribunal, el *apartado 2* del artículo 51 se debía aplicar en este caso concreto, dado que toda modificación de los recursos del beneficiario, cualquiera que sea su origen, afecta a la situación individual de éste de cara a la legislación aplicable y modifica el modo de determinación de la prestación que se le otorga (apartado 43).

Se trata de una sentencia fundamental en materia de «prestaciones no contributivas de tipo mixto» que a la luz de la sentencia Lenoir (que se refería a prestaciones familiares con fines especiales)¹⁵⁶, corrige las consecuencias extremas de una equiparación pura y simple de dichas prestaciones a aquéllas a las que están ligadas a título complementario o supletorio (pensiones de vejez, prestaciones familiares, prestaciones de desempleo, ...).

Por el contrario, se excluye un nuevo cálculo en caso de concesión en otro Estado miembro de un subsidio que tenga el carácter de una prestación familiar, como el subsidio italiano para el núcleo familiar (sentencia de 22 de septiembre de 1994, Bettaccini, C-301/93, Rec. p. I-4361). En efecto, según el apartado 2 del artículo 51 del Reglamento n.º 1408/71 sólo se puede efectuar un nuevo cálculo conforme al artículo 46 en caso de modificación del modo de determinación o de las reglas de

¹⁵⁴ Sentencia de 22 de abril de 1993, Rec. p. I-2027.

¹⁵⁵ Cfr. Sentencia de 22 de junio de 1972, Trilli, 1/72, Rec. p. 457, apartado 18.

¹⁵⁶ Sentencia de 27 de noviembre de 1988, 313/86, Rec. p. 5391.

cálculo de las prestaciones de vejez, de supervivencia o de invalidez. Nada en la redacción del artículo 51 sugiere que se refiera a otra cosa.

94. Liquidación de las prestaciones de invalidez. Por lo que se refiere a la determinación de la institución deudora en materia de invalidez, el Reglamento hace una distinción dependiendo de que el trabajador haya estado exclusivamente sometidos a legislaciones de tipo A¹⁵⁷, según las cuales la cuantía de las prestaciones de invalidez es independiente de la duración de los períodos de seguro (artículos 37 a 39) o que haya estado sometido a legislaciones de las cuales al menos una fija la cuantía de las prestaciones en función de los períodos de seguro (legislación de tipo B) (artículo 40)¹⁵⁸.

1. En el primer caso, la prestación se fija conforme a las disposiciones de la legislación que se aplica al interesado en el momento en que se produjo la incapacidad laboral seguida de invalidez; está enteramente a cargo de la institución competente en los términos de esa legislación.

2. En el segundo caso, la prestación se fija según las reglas previstas en materia de pensiones de jubilación o de supervivencia.

Observación: Cuando la legislación aplicable de un Estado miembro (Bélgica, en este caso concreto) hace depender la cuantía de la prestación de invalidez de la remuneración del trabajador en el momento en que se produjo la invalidez y del hecho de que el trabajador afectado no estaba sometido, en ese momento, al régimen de seguridad social de ese Estado porque trabajaba en otro Estado miembro, la institución competente, aplicando el apartado 2 del artículo 46 del Reglamento, debe calcular la cuantía teórica de la prestación en base a la última remuneración percibida por el trabajador en el otro Estado miembro (sentencia de 9 de agosto de 1994, Reichling, C-406/93, Rec. p. I-4073).

La obligación de la institución competente de tomar en consideración la remuneración percibida en otro Estado miembro, como si hubiese sido percibida en el Estado miembro competente, en el momento de producirse la contingencia responde plenamente, según el Tribunal, al objetivo perseguido por el Reglamento nº1408/71, que implica que los trabajadores no deben perder los derechos a las prestaciones de seguridad social ni sufrir una reducción de su cuantía debido a que han ejercido el derecho a la libre circulación que les confiere el tratado.

Sin embargo, se aplicará la regla enunciada en el anterior punto 1 cuando concurren las siguientes condiciones:

- en el momento de producirse la incapacidad laboral seguida de invalidez, el trabajador está sometido a una legislación de tipo A;

¹⁵⁷ Tal es el caso de Bélgica, Francia, Países Bajos, España y Finlandia (cuando se trata de pensiones nacionales para las personas nacidas con discapacidad o que la sufren a una edad temprana), Irlanda, Reino Unido, Grecia (cuando se trata de la legislación relativa al régimen de seguro agrícola).

¹⁵⁸ Tal es el caso en Alemania, Austria, Italia, Gran Ducado de Luxemburgo, Portugal, Dinamarca, Grecia (régimen distinto del agrícola), Francia (régimen especial minero), Finlandia (salvo discapacitados de nacimiento o a una temprana edad) y Suecia.

- el trabajador reúne las condiciones requeridas por esta legislación u otras legislaciones del mismo tipo, sin que tenga que recurrir a períodos de seguro cubiertos bajo legislaciones de tipo B;
- el trabajador no cumple las condiciones requeridas para la adquisición del derecho a las prestaciones con arreglo a una legislación de tipo B.
- El **control médico y administrativo** del beneficiario se efectúa, a petición de la institución deudora, por la institución del lugar de estancia o de residencia del beneficiario, según las modalidades previstas por la legislación que aplica ésta última. Sin embargo, la institución deudora conserva la facultad de disponer que un médico designado por ella controle al beneficiario (artículo 51 del Reglamento n° 574/72).

Según el Tribunal de Justicia, cuando la institución deudora hace uso de su facultad de disponer que un médico designado por ella controle al beneficiario que reside en otro Estado miembro, el interesado puede ser obligado a trasladarse al Estado miembro de la institución competente, a condición de que los gastos de desplazamiento, de estancia y consiguientes corran a cargo de la institución competente y que el interesado esté en condiciones de efectuar el desplazamiento sin que se resienta su salud. La limitación de los poderes de control de la institución deudora en materia de prestaciones de enfermedad y de maternidad no se admite en caso de invalidez (sentencia de 27 de junio de 1991, Martínez Vida, C-344/89, Rec. p. I-3245).

La regla del control previo del interesado por la institución del lugar de residencia también es de aplicación en el caso de ex trabajadores fronterizos y ello incluso si la residencia del interesado está más cerca de la institución del Estado competente que de la de su lugar de residencia (sentencia de 10 de diciembre de 1998, Voeten, C-279/97, Rec. p. I-8293). En efecto, según el Tribunal, "el beneficiario de prestaciones de invalidez en principio está interesado en que le examinen los servicios médicos con los que está más familiarizado y utilizará la lengua del Estado en el que reside". Aún así y a la luz de los objetivos perseguidos por el apartado 1 del art. 51 del Reglamento, que consisten en proteger los intereses del beneficiario de prestaciones de invalidez, éste debe tener la facultad de renunciar al control previo por la institución de su lugar de residencia, siempre que esta renuncia sea libre e inequívoca.

Se observa a este respecto que, a diferencia del artículo 18 del Reglamento 574/72, que prevé, en caso de enfermedad y maternidad, un control administrativo o médico efectuado por la institución del lugar de residencia por iniciativa del beneficiario, el apartado 1 del artículo 51, en materia de prestaciones de invalidez, sólo prevé dicho control por requerimiento de la institución competente. Esta diferencia de régimen se explica, según el Tribunal, por las diferencias particularmente pronunciadas en materia de invalidez entre las legislaciones de los Estados miembros (especialmente por lo que se refiere al grado de invalidez).

CAPÍTULO 5 : EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN LEAL

95. La sentencia pronunciada por el tribunal en el asunto C-165/91, Van Munster (sentencia de 5 de octubre de 1994, Rec. p. I-4686) y, sobre todo, la pronunciada en el asunto C-262/97, Engelbrecht (sentencia de 26 de septiembre de 2000, Rec. p. I-3721) ofrecen una nueva dimensión por lo que se refiere a la extensión de las obligaciones de las autoridades competentes de los Estados miembros cuando aplican a un trabajador migrante, en materia de seguro de vejez, sus disposiciones nacionales. Según el Tribunal, la aplicación de la legislación nacional al trabajador migrante, efectuada de la misma forma que al trabajador sedentario, puede tener repercusiones imprevistas y poco compatibles con el objetivo de los artículos 39 a 41 CE. Corresponde a las autoridades competentes eliminar esas consecuencias o atenuarlas en la medida de lo posible, utilizando para ello todos los medios de que disponen y especialmente con una interpretación de la ley interna que sea compatible con las «exigencias del derecho comunitario», de conformidad con el principio de cooperación leal enunciado en el artículo 10 CE.

Las circunstancias del asunto Van Munster se prestaban a este tipo de análisis. Así, en los Países Bajos, toda persona casada de 65 años tiene derecho a una pensión personal correspondiente al 50% del salario mínimo neto, incrementada en un 50% si tiene un cónyuge a cargo de menos de 65 años (es decir, el 100% del salario mínimo neto). En Bélgica, por el contrario, la pensión de jubilación se calcula en base a períodos de seguro hasta el 75% de la remuneración bruta para el trabajador cuyo cónyuge ha cesado toda actividad profesional y no disfruta de ninguna pensión (*taux ménage*) y del 60% para los demás trabajadores (*taux isolé*).

En este caso concreto, al señor Van Munster, después de haberse beneficiado de una pensión de jubilación belga de *taux ménage*, se le aplicó, bajo la legislación belga, la *taux isolé*, cuando su esposa, residente en los Países Bajos e inactiva, cumplió los 65 años y adquirió una pensión personal en virtud del derecho de los Países Bajos (50% del salario mínimo neto), incluso aunque la concesión de esta pensión no representó ningún aumento de los recursos globales del matrimonio (dado que se vio acompañada de una reducción de la misma amplitud de la pensión de su marido). Ante tales consecuencias, el Tribunal juzgó que la obligación de cooperación leal “implica que (las autoridades belgas) verifiquen si su legislación puede ser aplicada literalmente al trabajador migrante y de la misma manera al trabajador sedentario, sin que esta aplicación suponga la pérdida de un beneficio de seguridad social para el trabajador migrante y que, por tanto, le disuada de ejercer efectivamente su derecho a la libre circulación”. Por lo que se refiere a la jurisdicción nacional, le corresponde “dar a la ley interna que debe aplicar, en la medida de lo posible, una interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario”.

96. ¿Pero que ocurre cuando los modos de interpretación del ordenamiento jurídico interno no permiten precisamente una “interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario”? ¿El juez nacional debe descartar entonces las correspondientes disposiciones nacionales?

Según la **jurisprudencia Simmenthal**¹⁵⁹, las jurisdicciones nacionales tienen la obligación de asegurar la plena eficacia del derecho comunitario “dejando sin

¹⁵⁹ Sentencia de 9 de marzo de 1978, 106/77, Rec. p. 629.

aplicación, si es necesario, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior" (apartado 21). ¿Hay que extender este principio al caso en que la disposición nacional, sin ser contraria al derecho comunitario, crea, en determinadas circunstancias, un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores, en particular cuando se aplica a una situación que contiene elementos de extranjería que comportan la aplicación simultánea de la legislación de otro Estado miembro?

El Tribunal respondió sin ambages en su sentencia Engelbrecht:

"Si no es posible una aplicación conforme, la jurisdicción nacional tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando si es necesario sin aplicación las disposiciones nacionales en la medida en la que su aplicación en las circunstancias del caso concreto lleve a un resultado contrario al derecho comunitario (véase en un sentido análogo, la sentencia de 21 de mayo de 1987, Albako, 249/85, Rec. p. 2345, apartados 13 y siguientes)" (apartado 40; subrayado por nosotros).

Así es en este caso: la pérdida de un beneficio social en detrimento de un trabajador por el simple hecho de la concesión a su cónyuge de una prestación de la misma naturaleza, bajo la legislación de otro Estado miembro, cuando esta circunstancia no había representado ningún aumento de los recursos totales del matrimonio (puesto que fue acompañada de una reducción de la misma amplitud de la pensión personal del trabajador en ese mismo Estado) constituía un obstáculo al ejercicio del derecho a la libre circulación dentro de la comunidad", consagrado en el artículo 39 CE (apartados 41 y 42).

Esta sentencia se inscribe en una línea de jurisprudencia del Tribunal relativa al artículo 10 del Tratado. En efecto, de esta jurisprudencia resulta que el principio de cooperación leal comporta para los Estados miembros una obligación específica que que está relacionada con la obligación de no adoptar un comportamiento o un acto contrario al derecho comunitario; además, les corresponde asegurar, incluso en el ejercicio de sus competencias soberanas, la efectividad del derecho comunitario y garantizar la realización de los objetivos de la Comunidad, por el hecho de que pertenecen a la misma.

Ahora bien, la plena eficacia del derecho comunitario exige a veces al juez nacional, en virtud del principio de cooperación leal, que *descarte* una regla nacional cuya aplicación afecta o dificulta la realización de los objetivos del tratado. El Tribunal se ha pronunciado en este sentido en repetidas ocasiones; así, a propósito de la autonomía procedimental de los Estados miembros, tal regla nacional debió ser descartada por el juez nacional porque impedía la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 234 CE¹⁶⁰, teniendo en cuenta las características propias del asunto, tenía como efecto hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario¹⁶¹; en el asunto Factortame¹⁶², el juez nacional fue instado, a fin de garantizar la plena eficacia de la decisión

¹⁶⁰ Véase la sentencia de 16 de enero de 1974, Rheinmühlen, 166/73, Rec. p. 32, apartados 2 y 3.

¹⁶¹ Sentencia de 14 de diciembre de 1991, Peterbroeck, C-312/93, Rec. p. I-4599.

¹⁶² Sentencia de 19 de junio de 1990, C-213/89, Rec. p. I-2433.

jurisdiccional, a intervenir en relación a la existencia de derechos procedentes del ordenamiento jurídico comunitario y a descartar la aplicación de un principio de derecho inglés según el cual no se pueden tomar medidas provisionales contra la Corona.

En efecto, en el asunto Van Munster y Engelbrecht, el origen del obstáculo estaba representado por la aplicación de una norma nacional, en conexión con la de la legislación nacional de otro Estado miembro. Ahora bien, se trataba del mismo tipo de obstáculo a la libre circulación de los trabajadores derivada de la disparidad de los regímenes nacionales de seguridad social, que correspondía al Consejo eliminar conforme al artículo 42 CE por la vía de la coordinación. Además, el deber de lealtad que pesa sobre los Estados miembros comprende la obligación de éstos de hacer todo lo necesario para conseguir los objetivos del Tratado, incluso en caso de falta de medidas de ejecución de las instituciones comunitarias, en concreto cuando las circunstancias demuestran que dicha acción es necesaria en el interés de la Comunidad y que ésta no la ha llevado a cabo¹⁶³.

Esto es así sobre todo si consideramos que habida cuenta de la evolución constante de las legislaciones nacionales de seguridad social es inevitable que la reglamentación comunitaria no pueda garantizar, en todas las circunstancias, la ausencia total de obstáculos a la libre circulación de los trabajadores derivada de la disparidad de las legislaciones nacionales.

Compete, por tanto, a las autoridades del Estado miembro, cuando la aplicación íntegra de su legislación conlleva, en determinadas circunstancias, la pérdida de beneficios sociales por el simple hecho del ejercicio por parte del beneficiario de su derecho a la libre circulación, garantizado por el Tratado, y en particular a las instancias judiciales, dejar sin aplicación las disposiciones nacionales afectadas (como las reglas de no acumulación en materia de pensiones, en los asuntos van Munster y Engelbrecht).

Hay que añadir que, en todo caso, en presencia de una situación como la que afecta al trabajador migrante y a su familia y que depende al mismo tiempo de varias legislaciones nacionales de seguridad social, cuya aplicación concomitante es la causa de un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores, los Estados miembros afectados se han de poner de acuerdo para superar las dificultades derivadas de la disparidad de sus legislaciones¹⁶⁴. Así, cuando la pérdida anormal de los beneficios

¹⁶³ Véase en este sentido la sentencia de 10 de julio de 1980, Comisión/Reino Unido, Rec. p. 2403, apartados 10, 15 y 25, donde el tribunal consideró, en su sentencia de 10 de julio de 1980, que el Reino Unido estaba obligado, en virtud del ex-art. 5 (convertido en artículo 10) a tomar las medidas necesarias para garantizar la conservación de los recursos de pesca en la zona considerada, que constituye uno de los objetivos del Tratado, y ello antes de la expiración del período de transición previsto por el acta de adhesión (en particular cuando la Comunidad, debido a divergencias de puntos de vista persistentes en el seno del Consejo, no logra establecer una política determinada), por tanto, antes de que la competencia en la materia no perteneciese exclusivamente a la Comunidad. En efecto, el Tribunal determinó la adopción de medidas nacionales para establecer estrictos límites para preservar el ejercicio de las competencias comunitarias, pero el propio principio de una obligación a cargo del Estado miembro fue reconocido por el Tribunal en virtud del artículo 10 del Tratado.

¹⁶⁴ Véase en este sentido la sentencia de 27 de septiembre de 1988, Matteucci, 235/87, Rec. p. 5589, a propósito de la estipulación de un acuerdo cultural entre Alemania y Bélgica que corría el riesgo de dificultar la aplicación de una disposición de derecho comunitario.

Hay que añadir que el propio Reglamento n° 1408/71 prevé, en su artículo 84, una obligación de cooperación entre los Estados miembros para la correcta aplicación del Reglamento.

sociales deriva directamente de la aplicación de dicha disposición nacional, corresponde sobre todo a ese Estado miembro asumir las consecuencias del deber de lealtad frente a la comunidad a la que pertenece. Se trata evidentemente de una apreciación que se efectúa examinando las circunstancias concretas del caso.

ÍNDICE (*)

INTRODUCCIÓN	1
TÍTULO I: El campo de aplicación de los Reglamentos n ^{os} 1408/71 y 574/72	7
Capítulo 1: El campo de aplicación material	7
Capítulo 2: El campo de aplicación personal	9
Capítulo 3: El campo de aplicación territorial	19
Capítulo 4: Las relaciones entre la reglamentación Comunitaria y los convenios bilaterales de seguridad social	21
TÍTULO II: Los rasgos fundamentales del régimen de coordinación	26
Capítulo 1: La igualdad de trato	27
Capítulo 2: La determinación de la legislación aplicable	39
Capítulo 3: La conservación de los derechos adquiridos	50
Capítulo 4: La conservación de los derechos en curso de adquisición	82
Capítulo 5: El principio de cooperación leal	95

(*) Los números se refieren a los apartados en que está subdividido el texto.