

**TESIS:** *“LA COORDINACIÓN COMUNITARIA DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL: Determinación de la Ley nacional aplicable. Reconocimiento y cálculo del derecho a una pensión de vejez contributiva”*

**AUTOR:** Dolores Carrascosa Bermejo.

**BREVE RESUMEN:**

Esta tesis estudia el Derecho comunitario destinado a coordinar los sistemas nacionales de Seguridad Social, básicamente el Reglamento 1408/71. La tesis posee una estructura concéntrica de lo más general a lo más particular. El primer Capítulo aporta un análisis de la normativa de coordinación desde un punto de vista general y omnicomprendivo. En los capítulos siguientes se profundiza en algunos aspectos controvertidos de la norma derivada. En el capítulo II se estudian las normas de conflicto comunitarias destinadas a determinar la legislación nacional aplicable y su incidencia en la relación jurídica de afiliación-cotización del migrante. El capítulo III analiza la repercusión de la normativa comunitaria en el reconocimiento y cálculo de una pensión de vejez contributiva; así como los problemas prácticos que suscita su aplicación respecto del reconocimiento y cálculo de una pensión de jubilación española. En las Conclusiones se realizan numerosas propuestas de modificación, sistematización y simplificación que mejorarían la vigente normativa derivada. El Anexo I recoge un esquema del procedimiento comunitario de cálculo de una pensión de vejez, en los Anexos II y III se sistematiza, respectivamente, la jurisprudencia que sobre la normativa de coordinación ha dictado el Tribunal de Justicia de Luxemburgo y el Tribunal Supremo español.

**De acuerdo con las instrucciones que me enviaste te señalo que según los códigos de la Unesco mi tesis *“LA COORDINACIÓN COMUNITARIA DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL: Determinación de la Ley nacional aplicable. Reconocimiento y cálculo del derecho a una pensión de vejez contributiva”* podría encuadrarse desde un punto de vista muy general en:**

**5605 "Derecho y legislaciones nacionales" (07 Derecho Público)**

**Más específicamente se debería encuadrar en el epígrafe 5699 "Otras especialidades jurídicas" y dentro de ellas, como se señala que se especifique cuales, debería señalarse que versa sobre:**

**.- Derecho Social Comunitario**

**.- Derecho de la Seguridad Social**

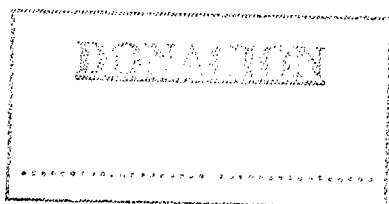
**Dolores Carrascosa**

La tesis corresponde al **Area de conocimiento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social** incluida en el Departamento de Derecho Social e Internacional Privado.



**UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO SOCIAL E INTERNACIONAL PRIVADO**

***LA COORDINACION COMUNITARIA DE LOS SISTEMAS  
NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL: Determinación de la Ley  
nacional aplicable. Reconocimiento y cálculo del derecho a una pensión  
de vejez contributiva***



**TESIS DOCTORAL ELABORADA POR:  
DOLORES CARRASCOSA BERMEJO**

**DIRECTOR: Prof. Dr. D. SANTIAGO GONZALEZ ORTEGA**  
**Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**  
**Universidad Carlos III de Madrid.**

**MADRID-2002**





**LA COORDINACION COMUNITARIA DE LOS SISTEMAS  
NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL: Determinación de la Ley  
nacional aplicable. Reconocimiento y cálculo del derecho a una pensión  
de vejez contributiva.**

**INTRODUCCION: Delimitación del objeto de estudio, estructura y metodología.....1**

**I CAPITULO**

**INTRODUCCION A LA COORDINACION COMUNITARIA DE LOS SISTEMAS  
DE SEGURIDAD SOCIAL**

**I.- PROBLEMAS JURIDICOS QUE ABORDA EL DERECHO COMUNITARIO  
DE COORDINACION..... 13**

A) El problema de la determinación de la ley nacional de SS aplicable; B) El problema de las disposiciones discriminatorias por razón de la nacionalidad establecidas en las normas nacionales. C) El problema de la conservación de derechos en curso de adquisición. D).- El problema de la conservación de derechos adquiridos

**II.- LA SOLUCION DEL DERECHO COMUNITARIO A LOS PROBLEMAS  
EXPUESTOS .....18**

**II-1.-COMPETENCIA COMUNITARIA EN MATERIA DE SS Y  
LIMITES A LA COMPETENCIA NACIONAL: prohibición de  
discriminación y libertad de circulación. ....19**

**II-2.- EL ARTICULO 42 TCE COMO PRINCIPAL FUNDAMENTO  
JURÍDICO DE LA NORMA DERIVADA DE COORDINACION.....25**

**II-2-1.- Carácter instrumental del artículo 42 TCE y opción por la  
técnica de la coordinación.....25**

<b>II-2-2.- Límites a la competencia otorgada en el marco del artículo 42 TCE:</b> .....	27
II-2-2-1.- Límites generales: los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.....	27
II-2-2-2.- El principio de intangibilidad de los derechos nacionales como límite específico.....	29
<b>II-2-3.- Medidas priorizadas en el artículo 42 TCE y su aplicación directa:</b> .....	31
<b>III.- LA NORMA DERIVADA DE COORDINACION</b> .....	35
<b>III-1.- ESTRUCTURA BASICA DE LA NORMA DERIVADA</b> .....	36
<b>III-2.-RELACIONES DEL R. 1408 CON OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE COORDINACIÓN DE LOS QUE FORMAN PARTE LOS ESTADOS MIEMBROS</b> .....	37
<b>III-2-1.- Norma general de sustitución de los Convenios internacionales preexistentes: el artículo 6 del R. 1408</b> .....	39
III-2-1-1.- Excepciones a la regla general: artículos 46.4 y 7 del R. 1408 .....	41
<b>III-2-2.- Convenios acordados por los Estados miembros con posterioridad a la entrada en vigor de los Reglamentos: el artículo 8 del R. 1408</b> .....	45
<b>IV.- AMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA DERIVADA (I)</b> .....	46
<b>IV-1.- AMBITO TERRITORIAL</b> .....	46
<b>IV-2.- AMBITO TEMPORAL</b> .....	48
<b>IV-3.- AMBITO OBJETIVO: el artículo 4 del R. 1408</b> .....	53
<b>IV-3-1.- Perspectiva positiva del ámbito objetivo del R. 1408</b> .....	57
IV-3-1-1.- Concepto de legislación: artículo 1.j) .....	57
IV-3-1-2.- Conexión con las contingencias mencionadas en el artículo 4.1 .....	61
IV-3-1-3.- Regímenes coordinados artículo 4.2 del R. 1408.....	68

IV-3-1-4.- Las prestaciones especiales no contributivas: artículo 4.2.bis.....	71
<b>IV-3-2.- Perspectiva negativa del ámbito objetivo del R. 1408: principales exclusiones.....</b>	<b>77</b>
IV-3-2-1.-El artículo 4.4: la Asistencia Social.....	77
IV-3-2-2.- La coordinación de la SS complementaria.....	81
<b>V.- AMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA DERIVADA (II).....</b>	<b>83</b>
<b>V-1.-AMBITO SUBJETIVO: el artículo 2 del R. 1408.....</b>	<b>83</b>
<b>V-1-1.-&lt;TRABAJADOR&gt;: concepto comunitario .....</b>	<b>84</b>
V-1-1-1.- Aseguramiento actual o previo a una legislación nacional : características.....	88
V-1-1-2.- Nacionalidad comunitaria. La protección convencional de los trabajadores extracomunitarios.....	96
<b>V-1-2.- &lt;ESTUDIANTES&gt;.....</b>	<b>100</b>
<b>V-1-3.- &lt;FAMILIARES Y SUPERVIVIENTES&gt; de los sujetos mencionados en los apartados V-1-1 y V-1-2.....</b>	<b>102</b>
<b>V-1-4.- &lt;SUPERVIVIENTES&gt; con nacionalidad comunitaria, de trabajadores y estudiantes extracomunitarios.....</b>	<b>108</b>
<b>V-1-5.-Propuestas de ampliación del ámbito subjetivo de aplicación del Reglamento.....</b>	<b>108</b>
<b>VI.- PRINCIPALES MEDIDAS DE COORDINACIÓN ADOPTADAS EN LA NORMA DERIVADA. ....</b>	<b>111</b>
<b>VI-1.- LA DETERMINACION DE LA LEY NACIONAL COMPETENTE.....</b>	<b>111</b>
<b>VI-2.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO: El artículo 3.1 del R. 1408.....</b>	<b>113</b>
<b>VI-3.- ASIMILACIONES DE CONDICIONES: la totalización. La técnica de prorratea temporis.....</b>	<b>117</b>
<b>VI-4.- LA NORMATIVA COMUNITARIA DE COORDINACION Y EL CUMULO DE PRESTACIONES .....</b>	<b>120</b>



<b>VI-4-1.- La norma anticúmulo comunitaria básica: artículo 12.1 del R. 1408 .....</b>	<b>123</b>
VI-4-1-1).- La acumulación prohibida por el artículo 12.1 del R. 1408.....	123
VI-4-1-2).- Las acumulaciones permitidas por el artículo 12.1 del R. 1408.....	125
VI-4-1-3).- Consecuencias jurídicas de la prohibición de cúmulo establecida en el artículo 12.1 del R. 1408 .....	127
<b>VI-4-2.- La aplicación de la normativa nacional anticúmulo: .....</b>	<b>134</b>
VI-4-2-1.- El apartado segundo del artículo 12 del R. 1408.....	134
VI-4-2-2.- El apartado tercero del artículo 12 del R. 1408 .....	138
<b>VI-5.- LA EXPORTACION DE PRESTACIONES. ....</b>	<b>139</b>
<b>VI-6.- COLABORACION ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>143</b>



**CAPITULO II**

**LA DETERMINACION DE LA LEGISLACION NACIONAL COMPETENTE. El**

**Título II del R. 1408 y su incidencia en la relación jurídica de afiliación-cotización.**

<b>I.- INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>147</b>
<b>II.-NATURALEZA DE LA NORMA DE CONFLICTO COMUNITARIA.....</b>	<b>150</b>
<b>III.-RASGOS BASICOS DE LAS NORMAS DE CONFLICTO COMUNITARIAS. ....</b>	<b>158</b>
<b>III-1.- IMPERATIVIDAD .....</b>	<b>158</b>
<b>III-2.- CARÁCTER INDIRECTO Y CONEXIONES PRIORIZADAS....</b>	<b>164</b>
<b>III-3.- UNICIDAD DE LEY APLICABLE .....</b>	<b>172</b>
<b>IV.- EL TITULO II DEL R. 1408: PERSPECTIVA GENERAL.....</b>	<b>184</b>
<b>IV-1.- AMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL TITULO II.....</b>	<b>184</b>
<b>IV-2.-AFILIACION VOLUNTARIA EN EL MARCO DE LA COORDINACIÓN. ....</b>	<b>188</b>
<b>IV-3.- EL ARTICULO 17 DEL R. 1408 COMO EXCEPCION A LAS NORMAS DE CONFLICTO DEL TITULO II.....</b>	<b>192</b>
<b>IV-4.-LA LEX LOCI LABORIS COMO PRINCIPAL CONEXIÓN DEL TITULO II DEL R.1408.....</b>	<b>195</b>
<b>V.-MATIZACIONES Y EXCEPCIONES A LA LEX LOCI LABORIS EN LAS NORMAS DE CONFLICTO DEL TITULO II.....</b>	<b>197</b>
<b>V-1.- NORMAS DE CONFLICTO DESTINADAS A TRABAJADORES DE ENTES PUBLICOS U ORGANISMOS INTERNACIONALES.....</b>	<b>198</b>
<b>V-1-1.- Funcionarios y personal asimilado.....</b>	<b>198</b>
<b>V-1-2.- Miembros del personal de servicio de las misiones diplomáticas u oficinas consulares.....</b>	<b>199</b>
<b>V-1-3.- Agentes auxiliares de las Comunidades Europeas.....</b>	<b>200</b>
<b>V-1-4.- Personas que realizan el servicio militar o civil .....</b>	<b>201</b>

<b>V-2.- NORMAS DE CONFLICTO DESTINADAS A TRABAJADORES QUE DESARROLLAN SU ACTIVIDAD PROFESIONAL EN LUGARES ESPECIALES.....</b>	<b>201</b>
<b>V-2-1.- Trabajadores del mar.....</b>	<b>201</b>
<b>V-2-2.- Trabajadores de una empresa atravesada por la frontera común a dos Estados miembros.....</b>	<b>203</b>
<b>V-3.- NORMAS DE CONFLICTO DESTINADAS A TRABAJADORES QUE REALIZAN SU ACTIVIDAD PROFESIONAL EN VARIOS ESTADOS MIEMBROS.....</b>	<b>204</b>
<b>V-3-1.- Actividad por cuenta ajena:.....</b>	<b>204</b>
<b>V-3-1-1.- Trabajadores dedicados al transporte internacional.....</b>	<b>205</b>
<b>V-3-1-2.- Trabajadores no dedicados al transporte internacional.....</b>	<b>206</b>
<b>V-3-2.- Actividad por cuenta propia.....</b>	<b>207</b>
<b>V-3-3.- Actividad por cuenta ajena y propia.....</b>	<b>210</b>
<b>V-3-3-1.- Artículo 14 quater.a).....</b>	<b>210</b>
<b>V-3-3-2.- Artículo 14 quater.b): excepción al principio de unicidad de ley aplicable.....</b>	<b>211</b>
<b>V-3-4.- Actividad por cuenta ajena o propia y aseguramiento en un régimen especial de funcionarios.....</b>	<b>216</b>
<b>V-3-4-1.- Artículo 14 sexies.....</b>	<b>216</b>
<b>V-3-4-2.- Artículo 14 septies: excepción al principio de unicidad de ley aplicable.....</b>	<b>217</b>
<b>V-4.- NORMAS DE CONFLICTO DESTINADA A TRABAJADORES INACTIVOS .....</b>	<b>218</b>
<b>V-4-1.- Post-activos.....</b>	<b>218</b>
<b>V-4-2.- Pensionistas.....</b>	<b>225</b>

<b>V-5.- NORMAS DE CONFLICTO DESTINADAS A LOS TRABAJADORES DESTACADOS.....</b>	<b>226</b>
<b>V-5-1.- Los trabajadores destacados por cuenta ajena.....</b>	<b>230</b>
<b>V-5-2.- Los trabajadores destacados por cuenta propia.....</b>	<b>236</b>
<b>V-5-3.- El carácter temporal del destacamento.....</b>	<b>240</b>
<b>VI.- LA RELACION JURIDICA DE COTIZACION EN EL REGLAMENTO DE COORDINACION.....</b>	<b>245</b>
<b>VI-1.- PROHIBICION DE DOBLE COTIZACION.....</b>	<b>248</b>
<b>VI-2.- DETERMINACION DE LA CUANTIA DE LAS COTIZACIONES: el artículo 14 quinquies.....</b>	<b>254</b>
<b>VI-2-1.- El apartado primero del artículo 14 quinquies: cotización de los trabajadores afiliados a un único sistema que realizan su actividad profesional en más de un Estado miembro.....</b>	<b>255</b>
<b>VI-2-2.- El apartado segundo del artículo 14 quinquies: cotización de los sujetos afiliados simultáneamente en dos Estados miembros. ...</b>	<b>256</b>
<b>VI-3.-RECAUDACION EN UN ESTADO MIEMBRO DISTINTO DEL COMPETENTE Y REEMBOLSO DE COTIZACIONES.....</b>	<b>260</b>

### III CAPITULO

## ADQUISICION Y CALCULO DE LA PENSION DE VEJEZ CONTRIBUTIVA EN EL MARCO DE LA COORDINACIÓN COMUNITARIA.

I.-INTRODUCCION.....	267
II.- LA PENSION DE VEJEZ CONTRIBUTIVA EN EL R. 1408.....	269
II-1.- CARACTERISTICAS DE LAS NORMAS NACIONALES REGULADORAS DE PENSIONES DE VEJEZ CONTRIBUTIVAS .....	269
II-2.- CLASIFICACION COMUNITARIA DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES REGULADORAS DE LAS PENSIONES. LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS.....	273
II-3.- REMISIONES AL CAPITULO III DEL TITULO III DEL R. 1408.....	277
III.- EL BENEFICIARIO DE UNA PENSION DE VEJEZ CONTRIBUTIVA EN EL MARCO DEL R. 1408.....	281
IV.- LEGISLACION NACIONAL COMPETENTE PARA LA COBERTURA DE LA CONTINGENCIA DE VEJEZ CONTRIBUTIVA.....	283
IV-1.-EL ARTICULO 44.2 DEL R. 1408 COMO NORMA DE CONFLICTO.....	283
IV-2.-EL ARTICULO 45.6 DEL R. 1408 COMO EXCEPCION A LA CONEXIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 44 DEL R. 1408.....	285
IV-3.- ARTICULOS 44.2 Y 49 DEL R. 1408: APLICACIÓN DIFERIDA DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES COMPETENTES.....	288
IV-4.- ARTICULO 48 DEL R. 1408: COMPETENCIA DE LAS LEGISLACIONES DONDE LA AFILIACION FUE INFERIOR A UN AÑO.....	290
V.- PROCEDIMIENTO COMUNITARIO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS NACIONALES DESIGNADAS COMPETENTES. ....	293

<b>V-1.- PRESENTACION DE SOLICITUD .....</b>	<b>294</b>
<b>V-2.- CONTENIDO DE LA SOLICITUD.....</b>	<b>296</b>
<b>V-3.- TRAMITACION DE LA SOLICITUD.....</b>	<b>299</b>
<b>V-4.- ANTICIPOS DE PRESTACIONES A TITULO PROVISIONAL .....</b>	<b>304</b>
<b>VI.- RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A UNA PENSION DE VEJEZ CONTRIBUTIVA EN EL MARCO DEL CAPITULO III. ....</b>	<b>307</b>
<b>VI-1.- ASEGURAMIENTO EN EL MOMENTO DE PRODUCIRSE EL HECHO CAUSANTE. ARTICULO 45.5 del R.1408.....</b>	<b>308</b>
<b>VI-2.- PERIODO DE CARENCIA: TOTALIZACION: ARTICULO 45 del R. 1408. ....</b>	<b>311</b>
<b>VI-2-1.- Normas generales sobre totalización: artículo 15 del R. 574.....</b>	<b>314</b>
<b>VI-2-1-1.- Totalización de períodos superpuestos.....</b>	<b>314</b>
A).- Superposición de períodos obligatorios y facultativos.....	315
B).- Superposición de períodos de seguro reales con períodos ficticios.....	316
C).- Superposición de períodos ficticios o asimilados.....	317
<b>VI-2-1-2.- Totalización de períodos de seguro cubiertos en régímenes especiales de SS.....</b>	<b>318</b>
A).- Regímenes especiales de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia: artículo 45.2 y 3 del R. 1408.....	318
B).- Regímenes especiales de funcionarios: artículo 51 bis del R. 1408 .....	322
<b>VI-2-1-3.- Totalización de períodos cubiertos en una legislación excluida del ámbito de aplicación objetivo del R. 1408.....</b>	<b>323</b>
<b>VI-2-1-4.-Totalización de períodos de seguro extracomunitarios.....</b>	<b>324</b>

VI-2-1-5.- Conversión de períodos .....	325
VI-2-2.- Período de carencia específico. Artículo 15.1.f) del R. 574 y Artículo 9 bis del R. 1408.....	327
VI-2-2-1.- Art. 15.1.f) del R. 574/72.....	327
VI-2-2-2.- El Artículo 9 bis del R.1408.....	328
VI-3.- ACREDITACION DE LA EDAD LEGAL DE VEJEZ.....	330
VI-4.- CESE TOTAL O PARCIAL DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL.....	332
VI-5.- TRANSFORMACION DE LA PENSION DE INVALIDEZ EN PENSION DE VEJEZ: ARTICULO 43 DEL R. 1408.....	334
VII.- PROCEDIMIENTO COMUNITARIO DE CALCULO DE LA PRESTACION DE VEJEZ CONTRIBUTIVA: ARTICULO 46 DEL R. 1408 .....	337
VII-1.- INTRODUCCION. Vías de cálculo. Doble cálculo y cálculo simple.....	337
VII-2.- EL PROCEDIMIENTO DE CALCULO DESCRITO EN EL ARTICULO 46.2 DEL R. 1408.....	343
VII-2-1.- Cálculo de la cuantía teórica: .....	345
VII-2-1-1.- Períodos computables en el marco del artículo 46.2.a) del R. 1408 .....	346
VII-2-1-2.- La cuantía teórica máxima: límite a la totalización, el artículo 47.1 a) del R. 1408 .....	348
VII-2-1-4.- La cuantía teórica mínima.....	350
VII-2-1-5.- Parámetros de cálculo de la cuantía teórica .....	354
A).- Revalorización y actualización de los parámetros de cálculo: artículo 47.2 del R. 1408.....	356
B).- Consideración de la familia del migrante en el cálculo de la prestación: el artículo 47.3 del R. 1408.....	357
C).- Las letras c), d), e), f) y g) del apartado primero del artículo 47, el artículo 51.bis.3. del R. 1408.....	358

D).- El apartado cuarto del artículo 47 del R. 1408.....	362
<b>VII-2-2.- Cálculo de la prorrata temporis de la cuantía teórica. ....</b>	<b>363</b>
VII-2-2-1.- Períodos computables en la prorrata.....	363
VII-2-2-2.- Incremento de la pensión prorrateada: artículos 15.1.b) y 46 del R. 574/72.....	366
<b>VII-3.- APLICACIÓN DE LA NORMA NACIONAL ANTICUMULO .....</b>	<b>368</b>
<b>VII-3-1.- Regulación previa al Reglamento 1248/92.....</b>	<b>368</b>
<b>VII-3-2.- La normativa introducida por el Reglamento 1248/92....</b>	<b>371</b>
IV-3-2-1.- Las normas nacionales anticúmulo en el marco del capítulo III del Título III del R. 1408.....	372
VII-3-2-2.- Los artículos 46 bis, 46 ter y 46 quater del R. 1408.....	375
<b>VII-4.- DETERMINACION DE LA PENSION REAL O EFECTIVA.....</b>	<b>386</b>
<b>VII-4-1.- Comparación con el resultado de aplicar otras normas internacionales. ....</b>	<b>387</b>
<b>VII-5.- COMPLEMENTO POR MINIMOS: el artículo 50 del R. 1408...388</b>	
<b>VII-6.- REVALORIZACION Y NUEVO CALCULO DE PENSIONES: artículo 51 del R. 1408.....</b>	<b>389</b>
<b>VIII.- RECONOCIMIENTO Y CALCULO DE UNA PENSION DE JUBILACIÓN CONTRIBUTIVA ESPAÑOLA EN EL MARCO DEL R. 1408.....</b>	<b>393</b>
<b>VIII-1.- LA LEGISLACION ESPAÑOLA COMPETENTE .....</b>	<b>394</b>
<b>VIII-2.- ANTICIPO DE PRESTACIONES.....</b>	<b>398</b>
<b>VIII-3.- RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PENSION DE JUBILACIÓN ESPAÑOLA. Jubilaciones anticipadas.....</b>	<b>399</b>
<b>VIII-4.- CALCULO DE LA PENSION DE JUBILACION.....</b>	<b>401</b>
<b>VIII-4-1.- Problemas en la determinación de la base reguladora de la cuantía teórica española.....</b>	<b>402</b>
<b>VIII-4-2.- El cálculo del porcentaje de la prorrata temporis.....</b>	<b>411</b>
VIII-4-2-1.- Períodos ficticios computables.....	411

VIII-4-2-2.- Efectos beneficiosos en la prorrata derivados de la  
totalización limitada en el cálculo de la cuantía teórica.  
.....417

**CONCLUSIONES.....419**  
**ANEXO I.....449**  
**ANEXO II.....451**  
**ANEXO III.....475**  
**BIBLIOGRAFIA.....485**  
**ABREVIATURAS.....535**



***LA COORDINACION COMUNITARIA DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL: Determinación de la ley nacional aplicable. Reconocimiento y cálculo del derecho a una pensión de vejez contributiva.***

**INTRODUCCIÓN: Delimitación del objeto de estudio, estructura y metodología.**

El objeto de este trabajo es el estudio de determinados aspectos de la normativa comunitaria de coordinación de las legislaciones nacionales de SS. Normativa establecida en el Reglamento (CE) n° 1408/71, de 14 de junio de 1971, “*relativo a la aplicación de los regímenes de SS a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad*”, y en el Reglamento (CE) 574/72, de 21 de marzo de 1972, “*por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) N° 1408/71.*”<sup>1</sup> Ambos Reglamentos coordinan las normas nacionales de SS sin sustituirlas, ni modificarlas, pues pretenden tan solo “... *establecer ciertas normas y principios comunes para garantizar que la aplicación de los diferentes sistemas nacionales no redunde en perjuicio de las personas que ejercen su derecho a la libre circulación de las personas.*”<sup>2</sup>

La consecución de este ambicioso objetivo desde la neutralidad de la coordinación respecto de los sistemas nacionales, generó una normativa comunitaria derivada muy compleja que confluía constantemente con tales normas nacionales de SS, tampoco caracterizadas por su simplicidad.<sup>3</sup> Entre las causas que originan la complejidad de los Reglamentos de coordinación se ha destacado, por un lado, el gran número de disposiciones que los componen, donde junto a escasas normas generales se encuentran múltiples excepciones. Por otro lado, su oscuro tenor literal parece derivar

---

<sup>1</sup> Aprobados respectivamente el 14 de junio de 1971 (DO N° L 149 de 5-7-1971) y el 21 de marzo de 1972 (DO N° L 74 de 27-3-1972). La última versión consolidada de ambos Reglamentos se encuentra recogida en cuerpos separados en el marco del Reglamento 118/97 DO n° L 30-1-1997. En este trabajo, en lo sucesivo, se aludirá a la primera de estas normas como <el Reglamento> o el R.1408; mientras que a la segunda se la mencionará como <el Reglamento de desarrollo> o el R.574.

<sup>2</sup> Propuesta de modificación general del actual texto derivado (Documento COM (1998) 779 final/3 p.1 de 18-1-199). Según **MONTOYA MELGAR, Alfredo (et alii)**. *Derecho Social Europeo*. Tecnos. Madrid. 1994. P. 195 para entender el alcance de la coordinación “*diríase que se tienden cables, pontones y pasarelas para facilitar el acceso de una a otra ribera, pero no se llega a rellenar el vacío intermedio: no hay unión mediante el surgimiento de un terreno nuevo pues se respeta la configuración del preexistente; se consigue la transitabilidad no por la unificación del ancho de la vía, sino mediante un cambio de ejes. Tales metáforas, en suma, vienen a indicar que el legislador comunitario ha optado por interaccionar bloques normativos en lugar de crear un nuevo sistema protector de carácter europeo...*”.

de las incontables modificaciones que han sufrido y que han debido aprobarse consensuadamente por unanimidad.<sup>4</sup> En este marco de complejidad no es de extrañar que el TJCE, haya dictado hasta septiembre de 2002, fecha en la que se cierra este trabajo, más de 500 sentencias a partir, principalmente, de cuestiones prejudiciales.<sup>5</sup> Circunstancia que denota importantes dificultades interpretativas en la mencionada norma derivada de coordinación que la jurisprudencia comunitaria, verdadera fuente del Derecho en este ámbito, ha solventado siempre desde un punto de vista social y promigrante favorecedor del ejercicio de la libre circulación.<sup>6</sup>

El estudio de la norma derivada de coordinación mencionada se ha articulado en tres capítulos cuyo contenido concreto, se expone a continuación:

El **primer capítulo** de este trabajo tiene como objeto el análisis de los principios fundamentales y la lógica que guían el funcionamiento de Derecho de coordinación desde un punto de vista global u omnicompreensivo. Un paso previo a dicho estudio, será, en primer lugar, la identificación de los principales problemas jurídicos que la coordinación pretende solventar, y a los que debe su origen. En segundo lugar, se analiza el artículo 42 del TCE,<sup>7</sup> como principal fundamento jurídico de la norma derivada de coordinación y su articulación con la competencia que, como se verá,

---

<sup>3</sup> **GOSSERIES, Ph.** “Sécurité Sociale des travailleurs migrants CEE. Ses principes fondamentaux”. *Journal des Tribunaux du travail*. 20-4-1988. N° 405.p. 172.

<sup>4</sup> Poniendo de manifiesto el gran número de disposiciones, **PRETOT, Xavier.** “La protection sociale des travailleurs qui se déplacent à l’interieur de la Communauté” *Droit Social* n° 7/8 juillet-août 1989. p.566. Respecto de la existencia de múltiples excepciones a las normas generales que se establecen en el R. 1408, **PENNINGS, Frans.** “The European Commission Proposal to Simplify Regulation 1408/71” *European Journal of Social Security*. Volume 3/1, 2001. P. 45 y 46. Haciendo hincapié en los cambios normativos sufridos que han dado lugar a “*unos textos oscuros, inexplicables, translúcidos, enmarañados.*” **GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, Carlos.** “El Derecho europeo y la SS de las personas de edad”. /en/ **VV.AA.** *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*. MTAS. Madrid. 2001. P. 550-1. Respecto a la exigencia de unanimidad que da lugar a “*redacciones transaccionales y de ahí sus complicadas formulaciones.*” **OJEDA AVILES, Antonio.** “*Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea.*”. Trotta. Madrid. 1994 p. 14 y ss

<sup>5</sup> Sentencias cuya referencia ha sido recogida en el Anexo II de este trabajo, donde se pone de manifiesto la preponderancia de las cuestiones prejudiciales sobre los procedimientos de infracción (menos de un 5% de todas ellas) lo que denota las graves dificultades interpretativas que presenta esta normativa.

<sup>6</sup> Destacando la participación del TJCE en la interpretación y evolución de la norma derivada de coordinación, véanse, por todos, **MERTENS, J.** “La Cour de Justice et la Sécurité Sociale des travailleurs migrants” *RBSS*. 1973 p. 333 y ss; o **SCHULTE, Bernd.** “Garantía de los Derechos Comunitarios de SS: la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades”. /en/ **VV.AA.** *La SS española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*. Instituto de Estudios de Sanidad y SS. Madrid. 1981. p. 491.

<sup>7</sup> Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en su versión consolidada tras las modificaciones realizadas por el Tratado de Amsterdam de 2-10-1997, al Tratado de la Unión firmado el 7-2-1992.

conserva el legislador nacional en la configuración de su sistema de SS. En tercer lugar, se define la estructura básica de los dos Reglamentos de coordinación, analizándose a continuación su relación con otras normas internacionales de coordinación, de las que forman parte los Estados miembros. En cuarto lugar, se estudia la delimitación del ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación desde las cuatro coordenadas que lo configuran: subjetiva, objetiva, territorial y temporal. Se trata de una materia clave sometida a frecuentes y recientes cambios normativos y que continúa siendo objeto de controversia, como pone de manifiesto la numerosa y constante jurisprudencia comunitaria que la aborda. Por último, en quinto lugar, se realiza un estudio de los principios inspiradores y técnicas coordinadoras que se contienen en los Reglamentos. En efecto, en este epígrafe se hace referencia, a las siguientes materias: la determinación de la ley nacional aplicable, el principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad; la protección de los derechos en curso de adquisición; la normativa comunitaria establecida respecto del cúmulo de prestaciones; la protección de los derechos adquiridos y, por último, la colaboración administrativa o cooperación entre autoridades competentes de los sistemas nacionales sujetos a coordinación. En el análisis de estos principios y técnicas, obviamente, se hace hincapié en aquellas materias que no serán objeto de estudio más profundo en los siguientes capítulos de este trabajo.

Considerando la complejidad y densidad de los Reglamentos de coordinación, puesta de manifiesto en el primer capítulo de este trabajo; en los dos capítulos siguientes se pretende acometer un estudio más detallado de algunas de sus disposiciones. Con tal objetivo, resulta imprescindible diseñar una estructura coherente, debiéndose acotar en su marco un objeto de análisis más concreto. Respecto de la estructura, hay que señalar que los dos siguientes capítulos se articulan en torno a la incidencia de la norma derivada sobre las legislaciones nacionales de SS, en cuyo marco se diferencia, a su vez, dos tipos de disposiciones. En efecto, siendo el objeto principal de tales legislaciones la relación jurídica de SS en el seno de ésta, de acuerdo con parte de la doctrina, se pueden distinguir dos relaciones jurídicas: la de afiliación-cotización y la de protección.<sup>8</sup> De manera que, por un lado, existen disposiciones nacionales

---

<sup>8</sup> “Las legislaciones de SS, bajo un punto de vista jurídico producen el nacimiento de obligaciones financieras o administrativas y el derecho al reconocimiento de prestaciones.” LAROQUE, Pierre. “Problemes internationaux de Sécurité Sociale: I y II. Revue Internationale du travail. 1952. Juillet- Aout. p. 3. Véase sobre tal distinción, como compendio actualizado de las distintas posturas mantenidas por la

reguladoras de la relación de afiliación que, básicamente, supondrá el nacimiento, por voluntad del interesado o por imperativo legal, de un vínculo administrativo con un sistema nacional de SS. Esto es, marca la “*pertenencia o entrada en la esfera de protección del sistema de SS,*”<sup>9</sup> llevando aparejada, en muchas ocasiones, la obligación de cotizar o contribuir a la financiación de dicho sistema. Por otro lado, mediante las disposiciones reguladoras de la relación de protección se materializa la verdadera acción tuitiva para la que fue creada la SS, es decir, el reconocimiento del derecho a prestaciones.<sup>10</sup> Partiendo de tal distinción como premisa, los dos siguientes capítulos de este trabajo abordan el estudio de los Reglamentos de coordinación atendiendo a su incidencia sobre las normas nacionales que regulan cada una de las relaciones jurídicas mencionadas. En otras palabras, en el capítulo segundo se estudian las medidas de coordinación que afectan a la regulación de la relación de afiliación-cotización, mientras que en el capítulo tercero, se hará lo propio respecto de la normativa nacional atinente a la relación de protección. Hay que señalar, que la doctrina ha estudiado principalmente las normas de coordinación que inciden sobre esta segunda relación, realizando tan sólo alguna referencia marginal a los problemas suscitados en la de afiliación-cotización,<sup>11</sup> siempre desde un punto de vista meramente instrumental, esto es, para la obtención de cobertura. Sin embargo, se puede advertir que el trabajador migrante cuando ejercita su derecho a la libre circulación encuentra problemas respecto de su propia relación de

---

doctrina previamente, **OLARTE ENCABO, Sofía** *El Derecho a Prestaciones de SS. Un estudio del régimen jurídico general de las prestaciones de la SS.* CES. Madrid. 1997. p. 6. Esta autora identifica las relaciones jurídicas que componen la de SS “*como un paso metodológico previo*”, pues la compleja relación jurídica de SS “*... se desenvuelve en una serie de relaciones unilaterales, una principal (la de prestación) y otras secundarias e instrumentales (las de afiliación y cotización) dotadas cada una de ellas de autonomía entre sí y respecto de la principal.*”

<sup>9</sup>**GARCIA RODRIGUEZ, Isabel.** *Aspectos internacionales de la SS.* MTSS. Centro de publicaciones. Madrid. 1991. p. 102. Hay que señalar que en el ámbito comunitario cuando se utilice el término afiliación o aseguramiento afiliativo, se está haciendo referencia a la denominada, en el marco de la SS española, <situación de alta> y no al acto jurídico, puntual y único, de la afiliación

<sup>10</sup> Por acción protectora se entiende, en términos generales, “*el conjunto de prestaciones que un sistema de SS ofrece al colectivo personal protegido por él*”. **ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón; GONZALEZ ORTEGA, Santiago.** *Compendio de Seguridad Social.* Tecnos. 4ª ed. Madrid. 1991. P. 104. En palabras de **OLARTE ENCABO, Sofía.** *El Derecho...* op. cit. p. 6, “*... se configura como aquella que se instaura entre las Entidades Gestoras y los beneficiarios, cuya finalidad es la distribución de prestaciones a los sujetos protegidos que están en condiciones de ser beneficiarios por haber caído en alguna de las situaciones de necesidad previstas por la Ley...*”

<sup>11</sup> Poniendo de manifiesto que la incidencia de la coordinación sobre la relación jurídica de afiliación-cotización pasa inadvertida en la mayoría de los estudios véase **MONTOYA MELGAR, Alfredo (et alii).** *Derecho...* op.cit. P. 252. En el mismo sentido, más recientemente, haciendo hincapié en el número creciente de STJCEs dictadas sobre esta materia **VERSCHUEREN, Herwig.** “Financing Social Security and Regulation 1408/71” *European Journal Social Security.* Vol 3/1. 2001. P. 7.

afiliación-cotización que deben ser solventados desde la normativa comunitaria. Efectivamente, será el legislador comunitario quien deba designar la legislación nacional donde debe nacer obligatoriamente una relación jurídica de afiliación, evitándose así muchos de los problemas de doble cotización. A este objetivo responden las disposiciones del Título II del R. 1408 consagrado, desde un punto de vista general, a la “*determinación de la legislación aplicable.*” Disposiciones que, como se verá, serán exceptuadas y matizadas, en muchas ocasiones, por normas de conflicto específicas contenidas en el Título III, en este caso dirigidas a designar la norma nacional competente de la cobertura de esos migrantes y sus derechohabientes. Efectivamente, como su propia rúbrica indica en el Título III se establecen “*disposiciones particulares para las diferentes categorías de prestaciones,*” que mantienen una relación de especialidad y aplicación preferente respecto de las normas contenidas en los Títulos precedentes.

**El capítulo segundo** de este trabajo comienza con el análisis de todas estas normas de conflicto comunitarias destinadas a designar la ley nacional competente desde un punto de vista general, estudiándose básicamente su naturaleza jurídica, y los principales rasgos identificadores comunes a todas ellas. A continuación se estudian específicamente las normas de conflicto establecidas en el Título II, que designan la ley nacional de afiliación obligatoria del migrante. Clasificándolas a tenor de la conexión priorizada en su seno y distinguiendo la considerada regla general, de las numerosas excepciones y matizaciones que a la misma se establecen en dicho Título. El capítulo segundo termina con el estudio de la incidencia, ciertamente escasa, de la normativa de coordinación sobre la obligación de cotizar. Efectivamente la norma comunitaria tan sólo establecerá ciertas disposiciones dirigidas a impedir la doble cotización, junto a otras que ayudan a determinar su cuantía o su recaudación en un Estado miembro distinto del designado comunitariamente como competente.

**El capítulo tercero** de este trabajo, como se señaló, está dedicado a la incidencia de la coordinación en la relación de protección del migrante, cuya regulación está concentrada en el Título III del R. 1408, formado por ocho capítulos consagrados, cada uno de ellos, a la protección de una contingencia o contingencias específicas. En su seno no sólo se establecen las mencionadas normas específicas para la designación de la legislación o legislaciones nacionales competentes de su cobertura, sino que además se establecen normas de coordinación que permiten que el migrante cumpla, en el marco

de la designada, los requisitos a los que se supedita el reconocimiento de una prestación, facilitándose, asimismo, su subsiguiente cálculo.

Considerando el objetivo de profundizar en el estudio de norma derivada y su incidencia en la regulación nacional de la relación de protección, resultaba imprescindible acometer la anunciada labor de acotación debiéndose seleccionar una contingencia concreta. La regulación comunitaria de la contingencia elegida debía cumplir varias premisas: en primer lugar, tenía que desarrollar y depurar los principios o técnicas de coordinación ya estudiados, desde un punto de vista general, en el primer capítulo de este trabajo. En segundo lugar, debía contener excepciones relevantes a tales principios y normas ad-hoc, atendiendo a la naturaleza de la contingencia, que hicieran su estudio más interesante. En tercer lugar, se tenía que tratar de normas del R. 1408 que planteasen problemas aplicativos en el marco de nuestra legislación interna, pues desde un punto de vista metodológico en este tercer capítulo se pretendía, a modo de cierre, abandonar el punto de vista netamente comunitario, empleado hasta el momento.

Las premisas mencionadas concurren, sin duda, en las normas de coordinación destinadas a las legislaciones nacionales consagradas, a su vez, a la cobertura de la contingencia de <vejez>, contenidas en el capítulo III del Título III del R. 1408.<sup>12</sup> Además la vejez, destinataria nata del capítulo III,<sup>13</sup> se estudia en su vertiente contributiva, poniéndose de manifiesto la incidencia de la relación de afiliación-cotización del migrante, ya analizada en el capítulo II de este trabajo, sobre el reconocimiento y cálculo de prestaciones. Desde esta manera, considerando la naturaleza de la contingencia elegida, se lograba que en este trabajo se contemplase la incidencia de la norma comunitaria en las legislaciones nacionales desde la migración inicial del trabajador hasta la liquidación a su favor de una prestación de largo plazo como la de vejez.

---

<sup>12</sup> Concurren en este capítulo III “*todos los principios de coordinación que inspiran los Reglamentos comunitarios en materia de SS.*” **FERRERAS ALONSO, Fidel.** “Las prestaciones por enfermedad, maternidad e invalidez según el Reglamento comunitario 1408/71” /en/ **VV.AA.** *La SS internacional: Convenios bilaterales y Derecho Comunitario.* CGPJ. 1994 p. 108. En un sentido similar, **CRISTOFANELLI, Luigi.** “Il Sistema comunitario delle penioni alla vigilia della revisione del Regolamento sulla Sicurezza Sociale”. *Affari Sociali internazionali.* N° 2/1988.p. 165.

<sup>13</sup> El capítulo III también se destina a las pensiones <de muerte>, expresión referida a la contingencia de viudedad. Sus prescripciones también serán aplicables, bajo ciertos requisitos, a las prestaciones vinculadas con las contingencias de invalidez y orfandad, por remisión expresa a la regulación del capítulo III realizada desde otros capítulos del Título III. Circunstancia que permite que muchas de las conclusiones que se extraigan de su estudio, sean extrapolables a las contingencias citadas.

Las normas de coordinación de esta contingencia ocupan un lugar preponderante en el R. 1408, pues el legislador comunitario ha hecho un esfuerzo coordinador atendiendo a las características específicas de las pensiones nacionales, asociadas a la cobertura de esta contingencia. En primer lugar, en el capítulo III del Título III del R. 1408, se designan, excepcionalmente, varias legislaciones nacionales competentes de forma simultánea. En segundo lugar, la aplicación concomitante de estas legislaciones obliga a su coordinación comunitaria mediante la creación de un procedimiento por el que discurra el reconocimiento de un derecho a una pensión de vejez y su subsiguiente cálculo. Como se verá, en el marco de este complejo procedimiento, por un lado, se respetan las expectativas de derechos que el migrante pudo generar en los distintos sistemas que conforman su carrera de seguro. Por otro lado, se propicia entre los sistemas nacionales un reparto económico equitativo, de la innegable carga económica que suponen las prestaciones de vejez de carácter vitalicio,<sup>14</sup> en función del tiempo de afiliación en cada sistema. En tercer lugar, debe señalarse que en el seno del procedimiento de cálculo, el legislador comunitario reguló y coordinó la aplicación de las normas nacionales anticúmulo que pretendiesen reducir o suprimir las pensiones reconocidas, protegiendo, en definitiva, los derechos adquiridos del migrante.

El análisis del complejo capítulo III del Título III del R.1408,<sup>15</sup> se realiza a lo largo de este tercer capítulo desde un punto de vista netamente comunitario. En efecto, tan sólo se hacen alusiones a los sistemas nacionales al analizar las numerosas cuestiones prejudiciales<sup>16</sup> relativas a los problemas que plantea en su seno la aplicación de las normas comunitarias sobre reconocimiento y cálculo de las pensiones de vejez.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Esta prestación posee un indiscutible peso económico en el marco del gasto social de todos los Estados miembros, detectándose un incremento progresivo de las cantidades destinadas a su cobertura, como consecuencia directa del carácter vitalicio de las pensiones de vejez y el incremento de la esperanza de vida. Véase, por todos, **COMISION EUROPEA**. *Protección social en Europa*. Luxemburgo. 1995, p. 10 y ss. **COMMISSION EUROPEENNE (Unit E.1)**. *La situation sociale dans l'Union européenne 2000*. Eurostat. Luxemburgo.2000. p. 28.

<sup>15</sup> Sobre la complejidad y dificultad estas normas concretas de coordinación, sobre pensiones, véase **RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel**. *La SS de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*. IELSS (Instituto de Estudios Laborales y de SS). Col (Monografías de SS). Madrid 1982. p. 332, reiterada por **MONTOYA MELGAR, Alfredo (et alii)**. *Derecho*.... op. cit. p. 281.

<sup>16</sup> De hecho, son las disposiciones del R. 1408 sobre la que más veces se ha pronunciado el TJCE **BOKELOH, A**. "Pensions: viewpoint of the EU-Member States". /en/ **VV.AA. JORENS, Yves; SCHULTE, Bernd (ed)**. *Coordination of Social Security Schemes in connection with the accession of Central and Eastern European States. The Riga Conference*. "La Charte. 1999. Bruxelles. P. 273.

<sup>17</sup> Esta jurisprudencia se ha incrementado al acceder a la prestación de vejez los participantes de las migraciones masivas que tuvieron lugar en Europa en los años 60 y 70, pues como es sabido, la migración

Sin embargo, considerando el carácter meramente coordinatorio de la norma comunitaria, parecía interesante, a modo de cierre, dedicar un último epígrafe a la incidencia práctica de tal normativa en la legislación española de SS destinada a la cobertura de la contingencia de vejez desde un punto de vista contributivo.<sup>18</sup> La elección se sustenta en los especiales problemas que ha venido planteando el reconocimiento y cálculo de una pensión de jubilación contributiva española en el marco del capítulo III del Título III del R. 1408. En efecto, la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia trata de mediar en el marco de una fuerte litigiosidad interna,<sup>19</sup> que denota la discrepancia de los <tribunales inferiores> respecto de las pautas interpretativas mantenidas por el TS, reticente al planteamiento de cuestiones prejudiciales.<sup>20</sup>

**Desde un punto de vista metodológico** el objeto de estudio descrito, esto es, algunos aspectos de la norma derivada de coordinación, se ha abordado desde una perspectiva irremediablemente jurídica y desde una óptica netamente comunitaria. En el sentido, que salvo el último epígrafe del tercer capítulo no se ha adoptado el punto de vista de ninguna de las normas nacionales coordinadas, sino el del Derecho comunitario de coordinación. Es cierto que se ha hecho referencia a aspectos puntuales de las legislaciones nacionales de forma muy esquemática para poner de manifiesto el objeto concreto sobre el que actuaba una disposición comunitaria de coordinación, pero en

---

en el ámbito europeo *“que se inicia en la década de los cincuenta se incrementa vertiginosamente en la época del <boom> económico, hasta la crisis de 1973”*. *“En 1970 según las estadísticas oficiales los inmigrantes en Alemania occidental, Francia, Suiza, Benelux y Reino Unido se cifraban en 5,6 millones, sin tener en cuenta la inmigración clandestina...”*. **ESTEBANEZ ALVAREZ, José**. “Movimientos migratorios en los años sesenta”. /en/ **VV.AA. La España del Desarrollo. Años de <boom> económico**. Col Siglo XX Historia Universal. Vol 29. Historia 16. Temas de Hoy. Madrid. 1998. P. 65 y ss (sobre la emigración española en Europa, véanse p.78-80.)

<sup>18</sup> Descartándose por pretencioso y necesariamente superficial el objetivo de realizar, en el corto espacio de un epígrafe, un análisis de la incidencia de la normativa comunitaria en la aplicación de las disposiciones de los 18 sistemas nacionales de SS, sujetos a coordinación, destinadas a la cobertura de la contingencia de vejez contributiva.

<sup>19</sup> Como pone de manifiesto el Anexo II de este trabajo donde se recoge la jurisprudencia nacional sobre la materia, el TS se ha pronunciado mayoritariamente sobre el capítulo III del Título III del R. 1408. Así lo señala también **IGLESIAS CABERO, Manuel**. “El impacto de la SS Europea en la jurisprudencia española” /en/ **VV.AA. Problemática española de la SS Europea**. Comares. Granada. 1999. p.262. O **GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDÁ, Carlos**. “La cotización extranjera en la pensión de jubilación española”. Tribuna Social. N° 95/Nov.1998, p.19, *“...de los 177.277 expedientes de jubilación iniciados en el año 1997 hasta 31 de julio, 42.858 correspondían a personas que acreditaban periodos de seguro en el extranjero, es decir, un 25%. Y este porcentaje sufrirá un incremento geométrico en los próximos años, dada la pirámide de edad de los componentes de la ola migratoria española a Europa en los años 60, hasta alcanzar su pico más elevado en la primera década del siglo XXI.”*



ningún caso se ha pretendido hacer un estudio comparado de las mismas. En efecto, las alusiones a las normas nacionales, especialmente las efectuadas al exponer los supuestos de hecho a los que se refieren las numerosas cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJCE, se realizan siempre desde un punto de vista instrumental o ejemplificante del verdadero objeto de estudio de este trabajo, la norma comunitaria.

El análisis de las fuentes jurídico-positivas se inicia con un estudio del TCE, que es contemplado como fundamento jurídico de la norma derivada de coordinación actual y desde un punto de vista más amplio como límite a la competencia del legislador nacional en materia de SS. En este sentido se expone la evolución del acervo comunitario que dota al legislador comunitario de nuevas posibilidades de intervención en materia de SS y se contempla su posible influencia sobre algunos aspectos de la propia regulación material de la norma derivada.

Para el estudio de la compleja normativa derivada compuesta de dos Reglamentos que integran un gran número de artículos y Anexos, todos ellos poseedores de un tenor literal sumamente oscuro o ambiguo, es preciso recurrir a la jurisprudencia comunitaria. Como ya se ha señalado, el TJCE en sus numerosas Sentencias que parten principalmente de cuestiones prejudiciales, facilita todas las pautas interpretativas sobre las distintas disposiciones de la norma derivada. Resultando especialmente interesantes algunas Conclusiones de los Abogados Generales, que profundizan en los problemas jurídicos planteados, aportando, en ocasiones, una visión alternativa a la postura finalmente asumida por el propio TJCE.

Junto a los pronunciamientos del TJCE, en esta labor interpretativa de los Reglamentos, también deben ser valoradas positivamente las Decisiones y Resoluciones dictadas por un órgano creado por el propio R.1408: la CASSTM. Estos instrumentos, a pesar de adolecer del efecto jurídico vinculante propio de la jurisprudencia del TJCE,<sup>21</sup> otorgan pautas interpretativas, consensuadas por todos los Estados miembros, de los aspectos más complejos de la norma derivada.

---

<sup>20</sup> **VALDES DAL-RE, Fernando.** "Los tribunales laborales en España y el Derecho Social comunitario: un diálogo emergente." Actualidad Laboral. N° 43. Noviembre 1998. P.826 y ss.

<sup>21</sup> Sobre el carácter no vinculante de las Decisiones, por todas, la STJCE de 14-5-81 Asunto Romano (98/80). Considerando que tales Decisiones y la jurisprudencia del TJCE dotan al Derecho comunitario de coordinación de un valor añadido respecto del resto de normas internacionales relativas a esta materia. **PERRIN, G.** "Introduction au droit international de la sécurité sociale. Coordination des législations nationales" RBSS. Janvier-Fevrier. p. 15 y **PERL, G.** "L'interpretation des instruments de coordination de sécurité sociale. Les procédures de réglements en cas de différents; la protection juridique des intéressés". RBSS. Aout-Septembre. 1991.p. 461 y ss.

En el marco de este análisis de la norma derivada de coordinación se pondrán de manifiesto sus deficiencias, tensiones y limitaciones, algunas de las cuales han tratado de ser eliminadas por la Comisión Europea, a través de sus numerosas propuestas de modificación parcial de los Reglamentos. Precisamente las Exposiciones de motivos de tales propuestas y los informes presentados por la Comisión Europea en su apoyo también se utilizarán, en ocasiones, para conocer el objetivo, al menos inicial, de algunas de las disposiciones más controvertidas de la normativa vigente. En la actualidad existe una propuesta simplificadora y racionalizadora de la totalidad del articulado del R.1408, recogida en el documento COM (1998) 779 final/3, a la que se hará referencia en lo sucesivo como <la Propuesta>.<sup>22</sup> Para este trabajo el interés de la misma no radica en la reducción del número de artículos que propiciaría su aprobación respecto del vigente R. 1408, ni en las modificaciones que introduce, por otro lado más numerosas de las que expresamente reconoce.<sup>23</sup> En efecto, <la Propuesta> resulta clave desde un punto de vista interpretativo, pues en su Exposición de Motivos manifiesta su respeto a los principios rectores y elementos esenciales del R.1408 que pretende sustituir. Declaración que permite conocer, a través sus disposiciones, el verdadero significado de muchos de los artículos de la norma derivada vigente, ocultos bajo su oscura técnica jurídica.

La interpretación de la norma derivada de coordinación realizada en este trabajo, también ha considerado el punto de vista doctrinal y fieles a la perspectiva comunitaria con la que se pretendía abordar su estudio, la búsqueda de tales fuentes se inició en la Biblioteca Central de la Comisión Europea en Bruselas. Como pone de manifiesto la

---

<sup>22</sup> La necesidad de simplificar la norma derivada de coordinación se reconoció en el Consejo de Edimburgo de 1992, reiterándose en el punto 3.1.6 del “*Plan de acción para la libre circulación de los trabajadores*” (Comunicación de la Comisión de 12.11.1997 documento COM (97) 586 final) y en el apartado III.3 del Programa de Acción Social 1998-2000 (Comunicación de la Comisión, Bruselas 29-4-1998, COM (1998) 259 final). El Consejo de Laeken aprobó los 12 Parámetros para la simplificación del R. 1408 consensuados previamente el 3-12-01 por el Consejo de Empleo y Política Social (15045/01 + COR 1). <La Propuesta> incorpora sugerencias realizadas en el marco del programa SLIM (“Simplificación de la legislación en el mercado único”) impulsado desde 1996 por la Comisión y actualmente en su tercera fase de desarrollo (SEC(98) 559 de 26-3-98, conclusiones en el Anexo I del Documento COM (1999) 88 final. Algunas propuestas doctrinales sobre las directrices que podía seguir la simplificación del R. 1408 en *VV.AA 25 années de Reglement (CEE) N° 1408 sur la sécurité sociale des travailleurs migrants (Rapport de Conference)*. Office National de la SS de Suède. Commission Européenne. Stockholm. 1997 (especialmente p. 139-242)

<sup>23</sup> Entre las modificaciones reconocidas en la Exposición de motivos de la Propuesta se encuentran algunas presentadas previamente y que habían sido reclamadas en el Anexo II del Programa de Acción social de la Comisión para el bienio 1998-2000, COM (1998) 259 final. Sobre las modificaciones realmente existentes en la Propuesta y su posible alcance **PENNINGS, Frans**. “The European...” op.cit. p.45 y ss.

bibliografía utilizada, existe sobre esta materia numerosa doctrina extranjera, advirtiéndose en ciertos Estados miembros una gran preocupación por el estudio e interpretación de la normativa de coordinación que, en algunos casos llevan aplicando desde finales de los años 50. El manejo de la doctrina extranjera pretendía dotar al estudio de una visión más amplia de los problemas que suscita la coordinación comunitaria y buscar otra perspectiva más allá del marco aplicativo de la legislación española. El estudio de las monografías existentes ha sido especialmente útil, no obstante, para contrarrestar los problemas de actualización de los que adolecen tales trabajos se ha recurrido a publicaciones periódicas que analizan algunos aspectos de la constante e importante evolución que ha sufrido el Derecho derivado sobre esta materia y las numerosas STJCEs recaídas sobre la misma. Llama la atención que el estudio de la norma de coordinación se ha abordado por la doctrina a través de numerosas obras colectivas que, en ocasiones, se recogen en números especiales de revistas y trabajos divulgativos promovidos por la Comisión. Debe señalarse, no obstante, que mayoritariamente tales estudios que adoptan un tono introductorio y generalista, de manera que resulta difícil encontrar reflexiones doctrinales sobre ciertas disposiciones concretas de los Reglamentos. Circunstancia que se hizo especialmente patente al analizar la determinación comunitaria de la ley nacional aplicable y la incidencia de la norma derivada de coordinación sobre la relación de afiliación-cotización de los trabajadores migrantes. Asimismo, debe destacarse la utilización de ciertos trabajos de Derecho comparado de los que ha quedado constancia en algunas puntualizaciones sobre los sistemas nacionales objeto de la coordinación. En este sentido, junto a obras colectivas de profesores de distintos Estados miembros, han resultado muy útiles y fiables los trabajos que con una periodicidad anual publica la Comisión con datos estadísticos y tablas comparativas de la evolución de las distintas legislaciones.

Como se ha señalado, al final del tercer capítulo se abandona, por un momento la perspectiva comunitaria, y se contemplan los problemas específicos que la aplicación del R.1408 presenta respecto del reconocimiento y cálculo de una pensión de jubilación española. En este nuevo contexto, se ha utilizado la jurisprudencia española como indicadora de los principales problemas que actualmente plantea la aplicación del R. 1408. En efecto, se han manejado las numerosas Sentencias del Tribunal Supremo sobre esta materia específica, cuyo estudio se ha combinado con las dictadas por el TJCE en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales. Asimismo, en este ámbito ha resultado especialmente provechosa la

perspectiva nacional que de forma mayoritaria adopta la doctrina nacional al abordar el estudio de las disposiciones del R. 1408.

El trabajo se completa con III Anexos que preceden a las referencias bibliográficas y la lista de abreviaturas con la que termina este trabajo. El Anexo I contiene un cuadro sobre el procedimiento de cálculo de pensiones establecido en el capítulo III del Título III del R. 1408 y que será objeto de estudio en el epígrafe VII del capítulo tercero de este trabajo. Considerando la complejidad de tal procedimiento y las diferentes alternativas que podría seguir la institución nacional competente, parece oportuno recoger todas ellas en tal cuadro que pretende dar una visión global de los procedimientos existentes hasta la determinación de la pensión efectivamente a percibir por el migrante. Los dos Anexos restantes están destinados a exponer de forma ordenada los materiales jurisprudenciales empleados en este trabajo. La jurisprudencia comunitaria se recoge en el Anexo II, en un listado donde se sistematizan todas las dictadas por el TJCE en materia de trabajadores migrantes hasta septiembre de 2002, fecha en la que se cierra este estudio. Su clasificación se ha realizado mediante una base de datos, que incorpora con algunas variaciones los campos utilizados tradicionalmente por la Comisión Europea para su sistematización actualizándola.<sup>24</sup> Efectivamente las sentencias se agrupan básicamente considerándose el artículo específico de la norma comunitaria relativa a los trabajadores migrantes que interpretan, incluyéndose, en primer lugar, el pronunciamiento más reciente. Las normas respecto de las que se recoge exhaustivamente la jurisprudencia comunitaria vertida son, por este orden, el R. 1408, el R.574, el R. N° 3/1958, el TCE, los Acuerdos de Cooperación con Marruecos y Argelia, así como el Acuerdo de Asociación con Turquía. En el Anexo III se encuentran básicamente las sentencias dictadas por el TS respecto del R. 1408 desde 1991 hasta septiembre de 2002, añadiéndose a los datos identificativos de cada pronunciamiento una breve referencia a la materia específica que aborda. Entre las Sentencias del TS se han intercalado las dictadas por el TJCE como respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles, con el objeto de que se pueda apreciar, cronológicamente, su influencia en la doctrina judicial nacional.

---

<sup>24</sup> Véase **EUROPEAN COMMISSION** *Judgments of the Court of Justice of the European Communities related to social security for migrants workers: a systematic survey*. OPOCE. Luxemburgo. 1995. Una traducción de este estudio tomando en consideración las STJCEs dictadas hasta octubre de 1996 en **COMISION EUROPEA** *Sentencias del TJCE en relación con la SS de los trabajadores migrantes: un estudio sistemático*. MTAS. 1 ed. Madrid. 1997.

## CAPITULO I

### INTRODUCCION A LA COORDINACION COMUNITARIA DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Como se señaló, el objetivo de este primer capítulo es aportar una visión conjunta del Derecho de coordinación, mediante el estudio de los principios y lógica que guían su funcionamiento. En concreto, se analizan brevemente los problemas jurídicos que la coordinación aborda, para a continuación centrar el análisis en las soluciones adoptadas por el Derecho comunitario. En el marco del TCE se estudian las normas que fundamentan la intervención comunitaria, siempre en el marco del reparto competencial que en materia de SS existe en este ámbito. Respecto de la norma derivada se analiza, básicamente, su ámbito de aplicación, estudiándose finalmente los más importantes principios e instrumentos de coordinación que su regulación contiene.

#### **I.- PROBLEMAS JURIDICOS QUE ABORDA EL DERECHO COMUNITARIO DE COORDINACIÓN.**

Los problemas jurídicos que pretende solventar el Derecho Comunitario no son novedosos, sino que coinciden con los detectados muy tempranamente por la doctrina en el seno del Derecho Internacional de la SS. Ambos ordenamientos poseen un objetivo coincidente paliar los efectos negativos que la aplicación de las normas nacionales de SS, por sus características, producen en aquéllos que se desplazaron internacionalmente. En efecto, *“la presencia en el territorio de un Estado de nacionales de otro, obliga a plantear el problema de la SS en el plano internacional.”*<sup>25</sup>

Las legislaciones nacionales de SS, configuradas soberana y unilateralmente, son normas de Derecho Público que poseen una marcada tendencia <territorialista>.<sup>26</sup> Esta se manifiesta en la imposibilidad de que sean aplicadas por otros órganos administrativos y jurisdiccionales distintos de los nacionales<sup>27</sup> y principalmente en la

---

<sup>25</sup> **DURAND, Paul.** *La política contemporánea de SS.* Col. SS. MTSS. Madrid. 1991 (traducción del francés realizada por **VIDA SORIA, I.** de la obra de este autor publicada en Francia en 1953), p. 487. En este mismo sentido **LAROQUE, Pierre.** “Problèmes internationaux...”. Op. cit. p. 4.

<sup>26</sup> **HANOTIAU, Bernard.** *Les problèmes de sécurité sociale des travailleurs migrants.* Maison Ferdinand Larcier. Bruxelles. 1973. P. 7. **DUPEYROUX, J.J.** “Sécurité Sociale et le Marché Commun”. Juris-Classeur Périodique. Vol.I/Nº1504.1959.p.28.

<sup>27</sup> *“...la territorialidad de la SS no significa que la aplicación de nuestra legislación coincida con el marco geográfico de nuestro país, sino que existe una coincidencia necesaria de la competencia legislativa, administrativa y judicial.”* **FREYRIA, Charles.** “Sécurité Sociale et Droit International Privé” *Revue Critique de Droit International Privé.* 1956.p.447. Insistiendo sobre esta idea: **HANOTIAU,**

utilización de “... *elementos territoriales para definir su ámbito de aplicación, los requisitos que configuran el hecho causante y las condiciones de pago de las prestaciones reconocidas.*”<sup>28</sup> En efecto, la normativa nacional de SS parte, generalmente, de la premisa de que sus destinatarios han nacido, residen y trabajan en su territorio nacional, supeditando el derecho a afiliarse o a las mismas prestaciones a la concurrencia de tales requisitos. La incapacidad del migrante para cumplir tales requisitos, como consecuencia de sus desplazamientos internacionales, origina los problemas de SS que se comentarán a continuación.

Excepcionalmente el legislador nacional extiende la protección de su sistema de SS a sujetos que son nacionales de otro Estado, o a sus propios nacionales cuando trabajan o residen fuera de su territorio. Exigiéndose en estos supuestos vínculos que denoten una conexión con el sistema nacional; tales como la nacionalidad del beneficiario, su afiliación previa al sistema o el mero desempeño de un empleo en una empresa nacional.<sup>29</sup> Pero incluso en el marco de estas medidas excepcionales de protección extraterritorial, de marcado talante <nacionalista>, el migrante puede sufrir perjuicios en sus derechos de SS. Efectivamente, el nuevo Estado donde reside o trabaja, ajeno a las medidas tuitivas y extra-territoriales establecidas por un Derecho extranjero, puede exigir al migrante la afiliación-cotización simultánea a su propio sistema. Desde este punto de vista, algunos autores, han señalado que el problema radica en la ausencia de coordinación entre los sistemas o en su aislamiento, que surgiría del hecho de que “... *el Derecho de la SS define el mismo los límites de su imperio.*”<sup>30</sup> Esto es, que la problemática en este caso:

---

**Bernard.** “La Sécurité Sociale des travailleurs migrants. Problemes et realisations”. Journal des Tribunaux du Travail. N° 51/ Nov. 1972 p. 258

<sup>28</sup> **CORNELISSEN, Rob.** “The principle of territoriality and the Community Regulations on Social Security (Regulations 1408/71 and 574/72)”. CMLReview. 1996. P. 441. Sobre este carácter territorialista de las normas nacionales de SS, véase también **GONZALO GONZALEZ, B.** “El Reglamento 1408/71. Principios de ordenación”. Noticias CEE. Enero/1988. P.11

<sup>29</sup>En este sentido **GARCIA RODRIGUEZ, Isabel.** *Aspectos...* op. cit. p. 62, que destaca la suscripción de Convenios especiales de SS que mantienen la vinculación con el sistema de SS español a trabajadores desplazados al extranjero. Normas similares a las existentes en Francia, en el marco de lo que **LYON CAEN, Gerard.** *Les Relations de travail internationales.* Liaisons. Paris. 1991.p. 171, 176 y ss, denomina <*extraterritorialité partielle de la protection sociale*>.

<sup>30</sup> **WIBAULT, Jean.** “Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois” Droit Social. n°5/mayo. 1965. p. 322. Pues conviene recordar que desde un punto de vista general, “*el Derecho de la SS (o más precisamente la legislación de la SS) es el elemento constitutivo de la realidad regulada por el mismo...*” **MARTIN VALVERDE, Antonio.** “La estructura del ordenamiento de la SS” /en/ **VV.AA.** *Pensiones sociales. Problemas y alternativas.* (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la SS. Parte II). MTAS. Madrid. 1999. p. 365.

*“... no se reduce a un criterio meramente geográfico, ya que el campo de aplicación de la normativa de SS no coincide necesariamente con el territorio nacional. El término <territorialidad> en cambio, significa que la normativa de SS- que son normas de Derecho Público- se limita a definir soberanamente el ámbito de su propia eficacia (poco importan los criterios) desinteresándose del modo más absoluto de considerar las condiciones de aplicación de la ley extranjera con el fin de coordinarlas con las establecidas en su norma nacional”.*<sup>31</sup>

No obstante, a mi modo de ver, resulta interesante diferenciar, por un lado, los requisitos <territorialistas>, incluida la nacionalidad, a los que el legislador nacional, supedita la afiliación o la adquisición de prestaciones, como origen típico de los problemas de SS que sufre el trabajador migrante incapaz de cumplirlos. Mientras que, por otro lado, se encuentra la solución jurídica a esos problemas mediante normas necesariamente internacionales que, desde el respeto a la configuración unilateral y soberana de los sistemas nacionales, propician su aplicación coordinada o articulada. Efectivamente, la norma de coordinación habrá de designar mediante criterios uniformes las normas nacionales competentes en cada caso; favoreciendo que en su seno el migrante cumpla los requisitos exigidos tanto para su afiliación, como para su cobertura prestacional; todo ello en un marco procedimental común de cooperación interestatal. En otras palabras, las normas de coordinación habrán de solventar, básicamente, los siguientes problemas jurídicos, cuyo contenido básico se aborda a continuación: la determinación de la legislación aplicable, las disposiciones discriminatorias por razón de la nacionalidad que pudieran encontrarse en las normas nacionales, la protección de los derechos en curso de adquisición y la conservación de los derechos adquiridos.<sup>32</sup>

**A).- El problema de la determinación de la legislación nacional de SS aplicable** deriva directamente de la determinación unilateral del ámbito de aplicación de

---

<sup>31</sup> **FIORENZA, Antonino.** *La giurisprudenza nazionale e comunitaria di fronte problemi d'applicazione dei Regolamenti N°3 y N° 4 sulla sicurezza sociale dei lavoratori migranti*. Roma. 1970.p. 19.

<sup>32</sup>En un sentido similar **HANOTIAU, Bernard.** “La sécurité sociale...” op. cit. P. 257 que enumera: “el problema del campo de aplicación espacial de las legislaciones de SS, el problema de la condición de extranjero en las leyes sociales, el de la conservación de los derechos adquiridos en el marco de una legislación de SS y el problema de la conservación de derechos adquiridos”. **O VAN RAEPENBUSCH, Sean.** *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo.* MTSS. Madrid 1992. p. 225, que distingue los siguientes problemas “A) El de la condición impuesta a los trabajadores migrantes y a los miembros de su familia con respecto a la legislación que les es aplicable. B).- El de la determinación de la legislación aplicable a los interesados. C).- El de la suerte que conviene reservar en un Estado Miembro a los derechos adquiridos en otro Estado Miembro en cuanto se refiere a la SS .D). El de la adquisición de derechos o del cálculo de prestaciones de la SS con respecto a los períodos de trabajo, de seguro o de residencia, cumplidos en un Estado Miembro distinto del Estado deudor”.

las distintas normas nacionales de SS. En efecto, la confluencia de criterios nacionales diferentes puede conducir a la existencia de lo que se han denominado <conflictos de leyes de carácter positivo o negativo>. Los primeros, se presentan cuando varias normas nacionales de SS pueden aplicarse a un mismo sujeto, mientras que los conflictos normativos de carácter negativo, se producen cuando ninguna norma nacional resulta competente para regular el supuesto concreto.<sup>33</sup> La ausencia de una intervención normativa internacional que incida sobre esta problemática puede derivar, en el marco de un conflicto negativo, tanto en la imposibilidad de afiliación a un sistema nacional, como en la existencia de un vacío de cobertura. Asimismo, un conflicto positivo de normas puede generar, por un lado, en la obligatoria afiliación a varios sistemas que, a su vez, exigirán simultáneamente al migrante el abono de cotizaciones, en ocasiones, inútiles respecto de su futura cobertura; por otra parte, en el marco de la relación jurídica de protección, pueden derivar en la acumulación de prestaciones destinadas a la cobertura de la misma contingencia. Este cúmulo de prestaciones se puede convertir en un problema para los sistemas de SS involucrados, cuando de ella se desprende una sobreprotección injustificada o abusiva del beneficiario respecto de la lógica prestacional que guía su acción protectora. En efecto, los sistemas de SS como servicios públicos, financiados con un presupuesto limitado, pueden tratar de eliminar o limitar el alcance del cúmulo mencionado cuando éste sobrepase la finalidad tuitiva para la que fueron concebidos. En el marco de este último supuesto el beneficiario puede ser objeto de una aplicación simultánea y descoordinada de las normas nacionales anticúmulo que anulen o reduzcan en exceso la cobertura que venía recibiendo; circunstancia que, obviamente, atentaría contra sus derechos adquiridos.

**B).- El problema de las disposiciones discriminatorias por razón de la nacionalidad establecidas en las normas nacionales surge cuando en el seno de la ley nacional designada competente se detecta la existencia de disposiciones discriminatorias por razón de la nacionalidad, que perjudican al migrante por su condición de extranjero. Efectivamente, como se pondrá de manifiesto al estudiar la abundante jurisprudencia comunitaria sobre esta materia, en la legislación nacional pueden hallarse discriminaciones directas o evidentes, cuando permiten únicamente a sus nacionales la**

---

<sup>33</sup>**BONNET, René.** “Conflits entre les droits nationaux et les instruments internationaux dans le domaine de la sécurité sociale” Ed. Techniques, Juris-Classeur. Droit international. 1993 . Fascicule 578. p. 2.



afiliación al sistema o el reconocimiento de prestaciones en su seno.<sup>34</sup> Asimismo existen las discriminaciones indirectas que producen el mismo efecto negativo de forma encubierta, exigiendo requisitos distintos al prohibido, a priori neutros, como por ejemplo la residencia en su territorio, que pueden generar una diferencia de trato peyorativo que incide especialmente sobre los no nacionales, o perjudica específicamente a los migrantes. Esta diferencia de trato será discriminatoria siempre que no exista, por un lado, una justificación objetiva que avale la disposición nacional controvertida y, por otro lado, su adopción resulte proporcionada respecto del objetivo que persigue; en el sentido que no existan otros medios menos gravosos que permitan su consecución.<sup>35</sup>

**C).- El problema de la conservación de derechos en curso de adquisición** parte de la premisa de que antes de la adquisición de un derecho subjetivo perfecto existe un derecho potencial o <eventual> que debe ser objeto de protección jurídica. La doctrina entendió, muy tempranamente, que en el marco de los derechos sometidos a una formación sucesiva existe una noción intermedia digna de cobertura que se sitúa entre la simple expectativa de derecho y el derecho futuro perfecto.<sup>36</sup> Obviamente estas teorías cobran gran interés en el marco de la compleja relación jurídica de SS, cuyos derechos se supeditan, en muchos casos, a requisitos de formación progresiva o maduración especialmente largos, que puede ser interrumpidos impidiendo su perfeccionamiento. En el ámbito específico de la SS internacional tal interrupción surge del ejercicio de la libre circulación,<sup>37</sup> pues antes del desplazamiento el migrante podía

---

<sup>34</sup> De acuerdo con **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. *L'égalité de traitement entre nationaux et non nationaux en matière de sécurité sociale. Le droit de la Communauté Economique Européenne*". RBSS/1991. P. 236, este tipo de discriminaciones son más comunes en el marco de los niveles no contributivos de los sistemas actuales de SS, basados en la solidaridad y financiados mediante impuestos que en los sistemas originarios más próximos al seguro privado, en cuyo marco las prestaciones guardaban una estrecha relación sinalagmática con las cotizaciones abonadas previamente.

<sup>35</sup> Véanse, por todas, desde un punto de vista general, el apartado 34 de la STJCE de 9-3-1999 sobre el Asunto Centros (C-212/97); aludiendo al Derecho de la SS, apartado 19 de la STJCE de 23-5-1996 sobre el Asunto O'Flynn (C-237/94).

<sup>36</sup> Véase, por todos, **VERDIER, Jean-Maurice**. *Les droits eventuels. Contribution a l'étude de la formation successive des droits*". Rousseau et Cia. Paris. 1955.p. 5 y ss. En la p. 184 y ss, Verdier señala que existen los que denomina <derechos eventuales> que a pesar de estar inacabados y, por supuesto, no perfeccionados, deben ser, en ocasiones, protegidos al aproximarse a los derechos futuros que se podrían obtener. En efecto, como señala este autor, en las p. 300 y ss, el legislador deberá brindar su protección a estos derechos eventuales, tomando en consideración el número de requisitos ya concurrentes o su nivel de perfeccionamiento respecto de los requisitos legales a los que se supedita el mismo.



ser titular de “*derechos en curso de adquisición, resultantes del cumplimiento parcial de los períodos de residencia, empleo o cotización exigidos para el reconocimiento de un derecho a prestaciones en los países que el ya ha abandonado*”.<sup>38</sup> En este contexto, “¿debe perder el beneficio de estos períodos o deben ser tenidos en cuenta para la determinación de los derechos eventuales del migrante a las prestaciones servidas por la legislación del país de inmigración?”.<sup>39</sup> En otras palabras, en el marco de esta relación de SS fragmentada, es decir, desarrollada parcialmente en distintos sistemas nacionales, como consecuencia de sus desplazamientos; existe el riesgo de que el interesado no perfeccione su derecho a prestaciones en ninguno de ellos, al no alcanzar los períodos mínimos de carencia exigidos en dichas normativas; resultando, por otro lado, vano el esfuerzo cotizador previo realizado en cada uno de ellos.<sup>40</sup>

**D).- El problema de la conservación de derechos adquiridos,** alude a la posibilidad de que el beneficiario de una prestación reconocida por un sistema nacional de SS pierda dicha cobertura como consecuencia del ejercicio de la libre circulación. En efecto, los sistemas nacionales pueden manifestar su tendencia más territorialista vinculando la continuidad de su acción protectora, a la residencia o al desempeño de una actividad profesional de los beneficiarios en el territorio nacional. Este tipo de disposiciones nacionales, a falta de normas internacionales que lo impidan, obstaculizan la libre circulación de beneficiarios de prestaciones, que permanecerán en el Estado miembro deudor ante la amenaza de pérdida de los derechos obtenidos.<sup>41</sup>

## **II.- LA SOLUCION DEL DERECHO COMUNITARIO A LOS PROBLEMAS EXPUESTOS.**

Siendo los problemas coincidentes, no es de extrañar que el Derecho Comunitario haya hecho suyas muchas de las soluciones preexistentes en el Derecho

---

<sup>37</sup>El problema de los derechos en curso de adquisición “*se limita a la hipótesis de que la legislación del país de inmigración establezca para el reconocimiento de derechos a prestaciones, requisitos de cumplimiento de períodos de empleo, residencia o cotización*”. LAROQUE, Pierre. “Problèmes...” op. cit. p. 135. En efecto, debe existir un derecho en formación que GARCIA RODRIGUEZ, Isabel. *Aspectos internacionales...* op. cit. p. 122, denomina <derecho en potencia>.

<sup>38</sup> HANOTIAU, Bernard. “La Sécurité Sociale ...” op. cit. p. 257.

<sup>39</sup> LAROQUE, Pierre. “Problèmes...” op. cit. p. 127

<sup>40</sup> FORDE, M. “The vertical conflict of social security laws in the European Court”. *Legal Issues of European Integration*. nº 1/1980. p.25 y ss

<sup>41</sup> Véase LAROQUE, Pierre. “Problèmes...” ibidem.

Internacional de la SS y que ya se venían utilizando en el ámbito europeo;<sup>42</sup> mejorando, no obstante, el nivel tuitivo alcanzado por tales instrumentos internacionales precedentes.<sup>43</sup> Sin embargo, la norma derivada de coordinación pese a estar inspirada en dichos convenios internacionales, se distancia positivamente de ellos por dos motivos básicos, que son el objeto de los epígrafes siguientes. En primer lugar, porque su regulación se enmarca en la protección de la libertad de circulación como derecho reconocido desde el acervo comunitario; y, en segundo lugar, porque en el marco del ejercicio de tal libertad está prohibida la existencia de cualquier discriminación por razón de la nacionalidad.<sup>44</sup>

## **II-1.- COMPETENCIA COMUNITARIA EN MATERIA DE SS Y LIMITES A LA COMPETENCIA NACIONAL: prohibición de discriminación y libertad de circulación.**

Para la solución de la problemática expuesta, el Tratado de Roma descartó otorgar competencia normativa al legislador comunitario para la creación de un sistema comunitario de SS, común a todos los Estados miembros. En sentido contrario, respetando la competencia nacional para la configuración de los sistemas de SS el artículo 51 del Tratado (actual artículo 42 TCE) establecería las bases de la normativa derivada de coordinación comunitaria.<sup>45</sup> La cuál se superpondrá a los sistemas

---

<sup>42</sup> En este sentido, por todos, **MOTTA, Antonio**. *“I diritti previdenziali dei Lavoratori migranti nei paesi della CEE. Guida pratica dei Regolamenti Comunitari”*. Roma. Inca/CGIL. 1976. P. 27; Una perspectiva general sobre el estado actual del Derecho Internacional de SS y sus orígenes históricos en **NAGEL et THALAMY**. *Le Droit International de la Sécurité Sociale*. Col. Que sais-je?. Presses Universitaires de France. Paris. 1994.. Desde una perspectiva menos jurídica que las anteriores, **CHOLEWINSKI, Ryszard**. *Migrant Workers in International Human Rights Law*. Clarendon Press. Oxford. 1997. Sobre el papel del Derecho Internacional de la SS en nuestro país véase **GONZALO GONZALEZ, Bernardo**. *Introducción al Derecho Internacional español de la SS*. Consejo Económico y Social. Madrid. 1995 y **ALVAREZ CORTES, J.C**. *La SS de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario”*. Tecnos. ACARL. Madrid. 2001

<sup>43</sup> **HANOTIAU, Bernard**. “La Sécurité...” op. cit. p. 258 y 262. Sobre la posible incidencia de las normas comunitarias más perfectas, sobre el Derecho Internacional de la SS **PERRIN, Guy**. “L’influence de la CJCE sur la coordination internationale des législations de sécurité sociale”. RBSS. 1979

<sup>44</sup> **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. “L’égalité...” Op. cit. p. 240

<sup>45</sup> Los términos <coordinación> y <armonización> no han sido definidos en el ámbito comunitario ni legal, ni jurisprudencialmente. El TJCE en algunas Sentencias, como la dictada el 27-9-1988 sobre el Asunto Lenoir (313/86), sólo ha destacado el carácter limitado de la coordinación en comparación con posibles medidas armonizadoras, que son las que inciden sobre el contenido sustantivo de las normas nacionales de SS. **WATSON, Philippa**. *Social Security Law of the European Communities*. Mansell. London.1980. p. 38-57. Véase, sobre las tendencias armonizadora y de coordinación, en el marco de la aprobación del Tratado de Roma, defendidas respectivamente por Francia y Alemania, **WATSON, Philippa**. “Harmonization of Social Security and Labor Law in the European Economic Community”. Comparative Labor Law. Fall. 1981. P.234 y ss.

nacionales de SS, sin incidir sobre su contenido material, imponiendo desde “*su carácter absolutamente vertical (...) reglas de conducta a los Estados para la aplicación de sus respectivos ordenamientos*”,<sup>46</sup> pues ante la inexistencia de un sistema de SS comunitario supranacional tan sólo podrán surgir derechos y obligaciones de SS en el marco de las legislaciones de origen nacional. En efecto, se descartó la opción armonizadora que, en los orígenes de la Comunidad Europea, no resultaba tan utópica teniendo en cuenta las similitudes de los sistemas de SS de los Estados miembros fundadores.<sup>47</sup> La doctrina los consideró sistemas profesionales o <bismarckianos>, en contraposición a los denominados sistemas de carácter <beveridgianos> de corte universal,<sup>48</sup> a pesar de que, como es sabido, ya desde sus orígenes todos los sistemas nacionales de SS de la órbita comunitaria poseen un carácter “híbrido”,<sup>49</sup> y están situados en una zona gris ubicada entre ambas tendencias teóricas.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> **FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda.** “Ambito...” op. cit. p.7 y **RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel.** op. cit. p.65. Véase la STJCE de 5-7-1967 sobre el asunto Ciecchelsky (1/67) donde se señala que: “*el alcance limitado a una coordinación de las legislaciones nacionales, siendo, por tanto, “nacional” la pretensión que corresponde al beneficiario...*”

<sup>47</sup> Sobre las similitudes de los sistemas de SS de los Estados miembros fundadores y las causas del abandono de las tesis armonizadoras, véase **CHASSARD, Yves.** “La construction européenne et la protection sociale a la veille de l’élargissement de l’Union”. *Droit Social* N° 3. Mars/1999.p. 268. **HEISE, Bernt.** “Les possibilités d’une <harmonisation sociale> des régimes d’assurance sociale dans les Etats membres de la Communauté économique européenne”. *Droit Social.* N° 11/Nov.1966. p. 585. **MERCADER UGUINA, Jesús R.** “Armonización en la SS comunitaria: historia de una utopía”. /en/ **VV.AA.** *La SS de los migrantes y el papel de las organizaciones sindicales en los Estados miembros de la Unión Europea.* Col Movimientos Sociales. Unión. (UGT.) Madrid.1997. p. 69

<sup>48</sup> Véase, sobre esta clasificación clásica, por todos, **VENTURI, Augusto.** *Los Fundamentos científicos de la SS.* MTSS. 1994. Madrid. p. 106 y ss; p.267 y ss; **DURAND, Paul.** *La política contemporánea de SS.* MTSS. Madrid 1991. p.102 y ss; y 157 y ss. **BEVERIDGE, William Henry.** *Seguro Social y Servicios Afines y Pleno Empleo en una Sociedad Libre.* Col. Clásicos. Madrid. MTSS. 1989.

<sup>49</sup> Por todos, **FERRERAS ALONSO.** “Panorámica de los sistemas de SS en los países comunitarios”. *Relaciones Laborales.* I/1993. p.1105 y ss; **PESSI, Roberto.** *Il Sistema Previdenziale Europeo.* Cedam. Milán. 1993. p. 32. **VOIRIN, Michel.** “Situación actual, problemas y perspectivas de la coordinación de los sistemas de SS en la CEE” /en/ **VV.AA.** *La SS española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación.* Instituto de Estudios de Sanidad y SS. Madrid. 1981. P.155.

<sup>50</sup> Debe insistirse sobre el carácter teórico de esta clasificación clásica, que en estado puro no existió ni tan siquiera en las originarias políticas sociales de los sistemas de SS alemán o británico a los que deben su nombre. De acuerdo con **DÖRING, Diether.** “Tipos de pensiones de vejez en la Unión Europea” /en/ **VV.AA (MORENO, Luis. Compilador)** *Unión Europea y Estado del Bienestar.* Consejo de Investigaciones Científicas. Instituto de Estudios Sociales Avanzados. Madrid 1997. P. 460; por un lado, en el marco del sistema bismarckiano, muy tempranamente, se introdujo una pensión básica uniforme financiada mediante impuestos. Por otro lado, las teorías de Beveridge asumían y se superponían a los seguros sociales ya existentes en el Reino Unido, cuya continuidad no fue cuestionada. Sobre la evolución de ambos modelos **CLASEN, Jochen; VAN OORSCHOT, Wim.** “Changing Principles in European Social Security”. *European Journal of Social Security.* N° 4(2)/2002.p. 89 y ss.

La situación descrita cambió, al menos desde un punto de vista teórico, al recibir el legislador comunitario una competencia normativa comunitaria directa en materia de SS, esto es, no instrumentalizada a la consecución de otro fin como la libre circulación. En efecto, el artículo 137 del Título XI del TCE<sup>51</sup> permite al Consejo, para la consecución de “*una protección social adecuada,*” la aprobación, por unanimidad, de normas que apoyen o complementen en materia de <SS y protección social de los trabajadores> la acción de los Estados miembros, siempre respetando los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. Sin embargo, la resistencia de los Estados miembros a la intervención comunitaria en este ámbito, mantiene inoperante esta competencia normativa comunitaria plenamente social.<sup>52</sup> Hasta el momento el legislador comunitario se ha limitado a sugerir, mediante meras Recomendaciones, no vinculantes jurídicamente, ciertos objetivos a los que debían tender las normas nacionales de SS y que conforman, la grandilocuentemente denominada, <política comunitaria de convergencia normativa de objetivos en materia de SS>.<sup>53</sup> De manera que actualmente perduran las divergencias existentes entre los sistemas nacionales,<sup>54</sup> sin haberse

---

<sup>51</sup> El Tratado de Amsterdam incorporó al artículo 137 TCE el contenido del artículo 2.3 del Acuerdo sobre Política Social (APS), incluido hasta entonces en el Protocolo decimocuarto sobre Política Social del Tratado de Maastricht. Señalando la doctrina que “*Las competencias otorgadas a la Comunidad por el Acuerdo abren el camino para el desarrollo de una política social en nombre de la política social.*” **VANSTEENKISTE, S.** “El futuro de la SS de los trabajadores migrantes a nivel europeo” /en/ **VV.AA. La SS de los Migrantes...** op. cit. p.97. En igual sentido, **COLINA ROBLEDO, M.** “La SS y la protección social en el proceso de configuración de la política social comunitaria” NUE N° 158/98. P. 7.

<sup>52</sup> Ningún cambio, respecto de la situación expuesta, prevé el Tratado de Niza (DOCE de 10-3-2001. C 80/01), pendiente de ratificación, que ubica esta competencia normativa en el artículo 137.1.c) TCE, insistiendo en el apartado cuarto de ese mismo artículo en el carácter subsidiario de tal intervención normativa comunitaria: “*las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo: no afectarán a la facultad reconocida en los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de SS, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste.*”

<sup>53</sup> Así se denominaba en el Programa de acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, presentado por la Comisión en 1989, **DUPEYROUX, J.J.** “Convergencia y prestaciones familiares” /en/ **VVAA Convergencia de políticas sociales.** Madrid. MTSS. 1993, p. 115. En su marco destaca la aprobación de sendas Recomendaciones, fundamentadas en el artículo 308 TCE (ex 235): la de 24-6-1992 “*Sobre criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social*”; y la aprobada el 27-7-1992, “*relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social*”. Comentando ambas Recomendaciones véase, entre otros, **PENNINGS, Frans.** *Introduction...* 2ª ed.1998. op. cit. p.220 y ss.

<sup>54</sup> Cada uno se ajusta a una realidad económica, social, política, e incluso religiosa diversa, véase una comparación de los sistemas nacionales objeto de coordinación en El Anexo a la Guía de la **COMISION** “*Sus derechos de SS cuando se desplaza en la Unión Europea*”. Bruselas 1997; **EUROSTAT** *La situation sociale dans l'Union européenne 2000.* Comunidades Europeas. Luxemburgo. 2000. **MISSOC** *Social protection in the EU Member States and the European Economic Area. Situation on 1 January 2000.* European Commission (Unit E.2). Sobre los sistemas de SS de los Estados Miembros véanse los distintos informes de la Comisión sobre la “*Protección Social en Europa*” de 1993, 1995, 1997, 1999,

establecido siquiera una terminología unívoca aceptada internacionalmente. No obstante, estos sistemas comparten su finalidad tuitiva respecto de un núcleo de contingencias comunes y los problemas atinentes a su adaptación y modernización.<sup>55</sup>

Hay que señalar, que aunque los legisladores nacionales conservan su competencia para configurar sus respectivos sistemas de SS,<sup>56</sup> el Derecho Comunitario limita tal libertad, prohibiendo la aprobación de normas discriminatorias por razón de la nacionalidad.<sup>57</sup> Debiéndose inaplicar todas las normas nacionales que impiden o dificultan, directa o indirectamente, a un nacional comunitario tanto la afiliación a su sistema, como el reconocimiento de un derecho a prestaciones en su seno.<sup>58</sup> Tal prohibición no se establece expresamente en el TCE respecto de las normas de SS, sino que se deriva de las disposiciones sobre el derecho a la libre circulación, especialmente de personas.<sup>59</sup> Libertad que aunque se contempla, desde un punto de vista general, a

---

2000 y 2001. **PIETERS, Danny. (ed.coord)** *Social Security Law in the Fifteen Member States of the European Union*. Maklu. 1997. Sobre sistemas de SS de la órbita OCDE en **BEDEE, Henk et alii.** *The International Guide to Social Security. A Country by Country Overview*. Kluwer. The Hague. 1995. P.3.

<sup>55</sup> Véase sobre estos problemas la Comunicación de la Comisión sobre “*Modernización y mejora de la protección social en la Unión Europea*” de 12-3-1997 (Documento COM (1997) 102 final). Sobre la influencia en la SS de los ajustes presupuestarios derivados de la implantación de la Unión Económica y Monetaria (UEM) **ORDOÑEZ SOLIS, David**. “SS y Unión Europea: las nuevas perspectivas de la protección social en Europa” *Actualidad Laboral*. N° 7. 12 al 18 de febrero de 2001. P. 157-58; o **VANHERCKE, Bart**. “Protection Sociale et Union Economique et Monetaire (1)” *RBSS*. Mars/1999. P. 5 y ss. **MICHELET, Karine**. “Protection sociale et contraintes économiques et monétaires européennes”. *Droit Social*. N° 3/Mars 2001. P. 293 y ss. Insistiendo sobre las <diferencias terminológicas> **PIETERS, Danny; NICKLESS, Jason Alan**. *Pathways for Social Protection in Europe*. Ministry of Social Affairs and Health. Helsinki. 1998. P. 54 y ss.

<sup>56</sup> En este sentido, apartado 16 de la STJCE de 7-2-1984 sobre el asunto Duphar y otros (238/82) y apartado 27 de la STJCE de 17-6-1997 sobre el asunto Sodemare y otros (C-70/95).

<sup>57</sup> **FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda**. “Ambito de aplicación de las normas sobre SS de los trabajadores migrantes” *Temas Laborales*. N° 35 /1995. p. 6

<sup>58</sup> Véase sobre la libertad del legislador nacional a la hora de establecer los requisitos de afiliación a un régimen nacional de SS, mientras no sean discriminatorios por razón de la nacionalidad, por todas: el apartado 6 de la STJCE de 12-7-1979 sobre el Asunto Brunori (266/78), el apartado 12 de la STJCE de 24-4-1980 sobre el Asunto Coonan (110/79) o más recientemente, el apartado 35 de la STJCE de 30-1-1997 sobre el Asunto De Jaeck (C-340/94). En el mismo sentido, sobre la competencia nacional para diseñar la acción protectora de su propio sistema, por todas: la STJCE de 4-10-1991 sobre el Asunto Paraschi (349/87); el apartado 27 de la STJCE de 20-9-1994 sobre el Asunto Drake (C-12/93); la STJCE de 20-2-1997 sobre el Asunto Martínez Losada y otros (C-88/95, C-102/95 y C-103/95) o el apartado 23 de la STJCE de 25-2-1999 sobre el Asunto Ferreiro Alvite (C-320/95).

<sup>59</sup> Aunque no solamente, pues las normas nacionales de SS no pueden obstaculizar la libre prestación de servicios o de mercancías, véanse, en este sentido las STJCEs de 28-4-1998 dictadas sobre el Asunto Kohl (C-158/96) y el asunto Decker (C-120/95), estudiadas por **PALM, W.; NICKLESS, J (et alii)** *Implications of recent jurisprudence on the co-ordination of health care protection system. (General report produced for the Directorate-General for Employment and Social Affairs of the European Commission)*. AIM Association Internationale de la Mutualité. Bruxelles. May 2000.169 p.

favor de todo ciudadano comunitario en el artículo 18 TCE, no obstante, debe abordarse “...todavía como una libertad limitada, de contenido prevalentemente económico, ejercida por personas de las que es esencial su condición de agentes económicos ya que usan dicha libertad de circulación para el desarrollo de una actividad igualmente económica.”<sup>60</sup> De manera, que mientras se consolida el concepto de ciudadanía,<sup>61</sup> habrá que acudir, normalmente, al Título III del TCE, donde se regula específicamente el derecho a la libre circulación de quienes desempeñan una actividad profesional. En efecto, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, contenido en las normas del TCE sobre libre circulación de trabajadores, libre prestación de servicios, o la libertad de establecimiento, es de aplicación directa y preferente, por su especialidad, a los artículos 12 o 18 TCE.<sup>62</sup> En definitiva, tales disposiciones se oponen a cualquier norma nacional de SS que obstaculice o disuada del ejercicio de la libre circulación, sin

---

<sup>60</sup> **GONZALEZ ORTEGA, Santiago.** “La libertad de circulación de trabajadores”. /en/ **VV.AA. (ILLESCAS ORTIZ, Rafael dir.) VV.AA. Derecho Comunitario Económico (Vol.I) Las libertades Fundamentales.** Colex. Madrid. 2000. P. 91. Véase sobre la bibliografía existente sobre esta materia **BURGOS GINER, M. A.** “Bibliografía sobre la libertad de circulación de trabajadores asalariados en la Unión Europea”. RMTAS. N°22/2000. P. 313 y ss. No se puede negar, no obstante, que existe una evolución de la libre circulación de personas hacia la cobertura de los propios ciudadanos comunitarios en calidad de tales, como pone de manifiesto la jurisprudencia comunitaria. En este sentido, véase **CASTRO OLIVEIRA, A.** “Workers and other persons: step-by-step from movement to citizenship- Case Law 1995-2001.” CMLReview N° 39/2002. P. 77 y ss. **NIC SHUIBHNE, Niamh.** “Free movement of persons and the wholly internal rule: time to move on?”. CMLReview N° 39/2002. P. 731 y ss.

<sup>61</sup> De acuerdo con **MOORE, Matthew.** “Freedom of movement and migrant workers’ social security: an overview of the Case Law of the Court of Justice, 1997-2001”. CMLReview N° 39/2002. P. 808 y ss. TJCE comienza a conectar la libre circulación de los ciudadanos con el Derecho a la protección social. En este sentido destaca la sentencia de 12-5-98 sobre el Asunto Martínez Sala (C-85/96), el apartado 34 de la STJCE de 23-11-2000 sobre el Asunto Elsen (C-135/99) o la Sentencia de 7-2-2002 sobre el Asunto Kauer (C-28/00). Especialmente clara resulta la STJCE de 20-9-2001 sobre el Asunto Grzelczyk (C-184/99), donde el TJCE, mediante la aplicación directa de los artículos 12 y 17 TCE, favorece la libre circulación de los ciudadanos, suavizando los límites conectados con la suficiencia de recursos, que la Directiva N° 93/96 de 29-10-1993 relativa al derecho de residencia de los estudiantes exige y permitiendo a un estudiante francés la percepción de una prestación social belga de ingresos mínimos. Esta STJCE que parece desvincular el acceso a las ventajas sociales de la cualidad de trabajador migrante, ampliándolo a todos los ciudadanos, ha sido comentada por **LHERNOULD, J.P.** “L’acces aux prestations sociales des citoyens de l’Union européenne. CJCE 20 septembre 2001, Grzelczyk aff C-184/99” Droit Social. N° 12/2001 p. 1103 y ss. **HIOPULOU, Anastasia; TONER, Helen.** “Case C-184/99, Rudy Grzelczyk v. Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve, judgment of the Full Court of 20 September 2001, (2001) ECR I-6193”. CMLReview N° 39/2002. P. 609 y ss.

<sup>62</sup> Sobre la aplicación directa **VAN RAEPENBUSCH, Sean.** “L’égalité...” op. cit. P. 241. Véanse también, por todas, las siguientes Sentencias: respecto del artículo 39 TCE: la STJCE de 4-12-1974 sobre el Asunto Van Duyn (41/74); respecto del artículo 43, la dictada el 15-7-1964 sobre los Asuntos Costa y Koch (6/64) y sobre el artículo 49: el apartado 11 de la STJCE de 3-6-1992, Asunto Comisión/Italia (C-360/89). Respecto de la aplicación preferente, por su especialidad, del Título III del TCE véase la STJCE de 21-6-1974 sobre el Asunto Reyners (2/74) y más recientemente los apartados 45 y siguientes de la STJCE de 3-10-2000 sobre el Asunto Ferlini (C-411/98).

justificación objetiva, máxime cuando sean calificadas de discriminatorias por razón de la nacionalidad.<sup>63</sup>

Considerando la igualdad de trato por razón de la nacionalidad en el marco de la libre circulación, el principal límite a la competencia del legislador nacional de SS; conviene advertir, no obstante, que existen tres Directivas fundamentadas en el artículo 141 TCE, esto es, en la igualdad por razón de sexo, que incidirán principalmente sobre los sistemas de protección social complementarios, provocando una cierta armonización de los sistemas nacionales.<sup>64</sup> Junto a ellas existen otras Directivas que se podría entender que armonizan las normas nacionales de SS indirectamente<sup>65</sup> destacando, entre ellas, la N° 2000/78/CE de 27-11-2000, *“relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”*.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Véase en este sentido, el apartado 25 de la STJCE de 25-2-1986 sobre el Asunto Spruyt (284/84) o la STJCE de 7-7-1988 sobre el Asunto Stanton (143/87) o más recientemente la STJCE de 10-3-1993 sobre el Asunto Comisión v. Luxemburgo (C-111/91). Sobre la normativa nacional de SS no discriminatoria, aunque contraria al artículo 39 TCE por obstaculizar la libre circulación de trabajadores véase los apartados 37-39 de la STJCE de 26-1-1999 sobre el Asunto Terhoeve (C-18/95).

<sup>64</sup> En primer lugar, la **Directiva del Consejo de 19 de diciembre de 1978 (79/7)** *“relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de SS”*; comentada por **LAURENT, André**. “La armonización de los sistemas de SS” /en/ **VV.AA. La SS española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación**. Instituto de Estudios de Sanidad y SS Madrid 1981. En segundo lugar, la **Directiva de 24 de julio de 1986 (86/378/CEE)** *“relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de SS”*, modificada por la **Directiva de 20 de diciembre de 1996**; comentadas ambas por **ROFES I PUJOL, M.I.** “Las vicisitudes de la Directiva 86/378 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de SS. La jurisprudencia sentada por la STJCE Barber y sus efectos en el tiempo.” NUE N° 158/1998. P. 49-60 y **WHITEFORD, Elaine**. “Lost in the mists of time. The ECJ and occupational pensions”. CMLReview. N° 32/1995 p. 801 y ss. Por último, la **Directiva de 11 de diciembre de 1986** *“relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas así como sobre la protección de la maternidad”*. Comentando todas ellas véase **NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena (et alii)** “El principio de igualdad de trato en las Directivas Comunitarias, en materia de SS” RMTAS N° 12, P. 133 y ss. **PENNINGS, Frans**. *Introduction...* (Ed. 1998) op. cit. p. 207 y ss.

<sup>65</sup> Véase, **VERDES LOPEZ-DIEGUEZ, P.** “Los aspectos de la SS de la Directiva del Consejo de 29 de octubre de 1985 para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la mujer embarazada de la Directiva de 3 de junio de 1996 relativa al acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES; y de la Directiva del Consejo de 14 de febrero de 1977 sobre la conservación de derechos en caso de traspaso de empresas”. NUE N° 158/ 1998. P. 61 y ss

<sup>66</sup> En el artículo 3.3 de esta Directiva (DOCE N° L 303 de 2-12-2000. P. 16 a 22) se excluye de su ámbito de aplicación a los regímenes de SS y de protección social. No obstante, el artículo 6.2 relativo a la justificación de diferencias de trato por motivos de edad, aborda la materia previamente excluida. Pudiéndose sostener, de acuerdo con **GONZALEZ ORTEGA, Santiago**. “La discriminación por razón de edad” *Temas Laborales* 59/2001 p. 113 y ss; que esta Directiva *“...aún prohibiendo las diferencias por edades según sexos, se remite a la regulación vigente en las Directivas 79/7 y 86/378, no habiendo alterado sus previsiones que aún permiten, con todas las restricciones pensables, la pervivencia, no la creación <ex novo>, de las diferencias mencionadas”*.



## **II-2.- EL ARTICULO 42 TCE COMO PRINCIPAL FUNDAMENTO JURIDICO DE LA NORMA DERIVADA DE COORDINACION.**

El legislador comunitario parte de la premisa de que un trabajador no estaría dispuesto a emigrar, si como consecuencia de ello se producen efectos negativos sobre sus derechos futuros a prestaciones de SS.<sup>67</sup> El artículo 42 TCE (ex artículo 51)<sup>68</sup> con el objetivo de evitar tales efectos, establece que:

*“El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, adoptará, las medidas necesarias en materia de SS, para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar 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 sociales, 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.*

*El Consejo se pronunciará por unanimidad durante todo el procedimiento previsto en el artículo 251.”*

### **II-2-1.- Carácter instrumental del artículo 42 TCE y opción por la técnica de la coordinación**

La propia ubicación del artículo 42 en el marco del Capítulo I “*Trabajadores*” del Título III sobre “*Libre circulación de personas, servicios y capitales,*” permite afirmar que la competencia comunitaria concedida en materia de SS se supedita a la consecución de otro fin: la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena, reconocida

---

<sup>67</sup>Esta premisa no está empíricamente comprobada, pues en realidad los migrantes tan sólo sopesaban la posibilidad de conseguir un empleo en un Estado miembro con niveles salariales elevados, sobre todo los que se desplazaron en los años 50 y 60 acuciados por la necesidad. En este sentido **CHRISTENSEN, A;** **MALMSTEDT, M.** “Lex Loci Laboris versus Lex loci domicilii- an Inquiry into the Normative Foundations of European Social Security Law”. EJSS. Vol. 2/1-2000. P. 90 y ss.; **MOTTA, A.** “Prime considerazioni sui nuovi Regolamenti C.E.E. in materia de Sicurezza Sociale”. L’assistenza sociale. N° 5/1972. P. 15 y ss. No obstante, de acuerdo con **PENNINGS, Frans.** *Introduction ...* 1ªed. 1994. op. cit. p.4; tal actitud no debía ser óbice para que se tomasen medidas preventivas, pues no se podía descartar que las siguientes generaciones conscientes de la pérdida de derechos de SS que sufrieron los migrantes que les antecedieron, comenzasen a tener en cuenta tales factores. De acuerdo con **BERGHMAN, Jos.** “Social Effects of Social Security Coordination in the European Union of Tomorrow” p. 38 O **GREVE, Bent.** “Economics of Migration”, ambos incluidos, /en/ **EICHENHOFER, Eberhard (ed).** *Social Security of Migrants in the European Union of Tomorrow.* IMIS. Osnabrück, 1997. P. 42. Actualmente, existe una mayor preocupación por esta materia, considerando la reducción de las diferencias salariales entre los Estados miembros y que la emigración intracomunitaria, está protagonizada, cada vez más, por “*un profesional altamente cualificado.*”

<sup>68</sup> El artículo 51 del Tratado de Roma estaba inspirado en el artículo 69.4 del Tratado del Carbón y el Acero firmado en París en 1951 (CECA), que constituye la primera referencia a la SS dentro del Derecho Europeo Comunitario. **DUPEYROUX, J.J.** “La Sécurité Sociale et...” op. cit. p. 26 y ss El actual artículo 42 TCE no ha variado respecto del artículo 51, sigue exigiendo la aprobación unánime de la norma derivada, esta vez, en el marco del procedimiento normativo comunitario de codecisión.

en el artículo 39 TCE. En efecto, el artículo 42 TCE mantiene una relación instrumental respecto de la libre circulación de trabajadores que, desde un punto de vista teleológico, se convierte en su principal criterio hermenéutico.<sup>69</sup> La estrecha conexión entre los artículos 39 y 42 TCE plantea problemas, pues presupone que el ámbito subjetivo del primero, circunscrito a los trabajadores por cuenta ajena, ha de coincidir con el del artículo 42 TCE, cuya limitación subjetiva aunque pudo ser congruente en el seno del Tratado de Roma, resulta actualmente desfasada. Así se desprende, no sólo del concepto comunitario de ciudadanía vinculado a la libre circulación, sino también de la propia expansión del ámbito subjetivo de los sistemas de SS de los Estados miembros, objeto de coordinación.<sup>70</sup> Pese a ello, el artículo 42 TCE no ha variado ni su tenor, ni su ubicación, por lo que continúa resultando insuficiente para fundamentar, al menos en solitario, la paulatina ampliación del ámbito subjetivo que ha sufrido la normativa derivada de coordinación donde, paradójicamente, sí se han reflejado los cambios mencionados.<sup>71</sup>

Como denota el propio tenor del artículo 42 TCE, el legislador comunitario al referirse a la pervivencia de los sistemas nacionales de SS, esta optando por la técnica de <la coordinación>, en detrimento de <la armonización> de los mismos.<sup>72</sup> Opción que se pone de manifiesto, de forma inconcusa, en la Exposición de Motivos de <la Propuesta>, donde se señala que:

---

<sup>69</sup> Sobre el carácter instrumental véase la STJCE de 13-10-1977 sobre el Asunto Manzoni (112/76), donde se señala que los “*reglamentos comunitarios tienen por fundamento, marco y límite los artículos 48 y 51 del Tratado*”; o más recientemente el apartado 27 de la STJCE de 12-6-97 sobre el Asunto Merino García (C-266/95. Sobre la libre circulación como criterio hermenéutico véase la STJCE de 9-6-1964 sobre el Asunto Nonnennacher (92/63), o la de 23-11-2000 sobre el Asunto Elsen (C-135/99).

<sup>70</sup> En la Comunicación de la Comisión sobre “*Modernización y mejora de la protección social en la Unión Europea*” 12-3-1997. Documento COM (97) 102 final, p. 31, se señala que: “*La dimensión original de la integración europea, es decir, un mercado común que permita y estimule la libre circulación de los trabajadores, se ha visto enriquecida por un nuevo concepto, el de la ciudadanía europea. El ámbito de aplicación personal del R.1408 debería adaptarse en consecuencia*”.

<sup>71</sup> Esta ampliación del ámbito subjetivo del R. 1408, que se estudiará más adelante, obligó a recurrir junto al artículo 42 al 308 TCE (ex 235) para incluir, por ejemplo, a trabajadores autónomos o estudiantes.

<sup>72</sup> En efecto, las dos medidas cuya adopción prioriza el artículo 42 TCE, carecen de sentido en el marco de un sistema de SS supranacional comunitario. También resulta sintomático el título de la norma derivada, pues “*el del R.1408 <relativo a la aplicación de los regímenes de SS> no deja ninguna duda en cuanto a su naturaleza jurídica como instrumento de coordinación.*” CASAS ALVAREZ, F. J. “*Ámbito personal del R.1408 de la CEE*” /en/ VV.AA. *La SS española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación.* Instituto de Estudios de Sanidad y SS Madrid 1981. P. 194. El TJCE consideró muy tempranamente que el Tratado se decantaba por la coordinación (Sentencias de 5-7-1967 sobre los asuntos Ciecchelsky (1/67) y de Moor (2/67). En este mismo sentido se

*“... el Derecho derivado existente en materia de SS no tiene por objeto, en ningún caso, sustituir a los distintos sistemas nacionales de SS; estos sistemas son el resultado de tradiciones que datan de hace mucho tiempo y que están hondamente afianzadas en las culturas y las preferencias nacionales. Esta legislación comunitaria no contiene, por tanto, medidas de armonización. En realidad, no se percibe la necesidad de dicha armonización; las garantías necesarias para la libre circulación pueden obtenerse de modo apropiado y eficaz por otros medios.”*

La técnica de la coordinación ha sido cuestionada como la elección más acertada y eficaz,<sup>73</sup> entre otros motivos, porque su carácter neutral respecto de las legislaciones nacionales de SS, le impide anular completamente toda desigualdad de trato derivada de la libre circulación. Estas limitaciones y la complejidad de la norma derivada han hecho que la doctrina realizara, paralelamente, algunas propuestas armonizadoras alternativas.<sup>74</sup>

## **II-2-2.- Límites a la competencia otorgada en el marco del artículo 42 TCE**

### **II-2-2-1.- Límites generales: los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.**

La norma derivada del artículo 42 TCE debe respetar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.<sup>75</sup> Respecto del primero, hay que señalar que se

---

pronuncia también la doctrina **WATSON, Philipa**. *Social Security Law*....op. cit. p.38. **RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel**. *La SS...* op. cit. p. 66.**VAN RAEPENBUSCH, Sean**. *SS...* op. cit. p.73

<sup>73</sup> El problema que subyace en la coordinación es la existencia de un objetivo excesivamente ambicioso para los instrumentos con los que cuenta **RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel**. “La Jurisprudencia Laboral del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 1991”. *Relaciones Laborales*. 1992. P.1019. De acuerdo con **FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda**. “Ambito...” op. cit. p.7-8; la norma de coordinación trata “...de combinar lo aparentemente incompatible: reglas nacionales de SS, con toda su carga de apego a la residencia continuada en su territorio como presupuesto de su aplicación, con reglas internacionales cuya aplicación presupone que se ignoren precisamente estos elementos, o al menos, que se atenúe su alcance reductor de derechos. Existe, entonces, una distorsión interna en la aplicación de la normativa comunitaria de SS que es difícil de salvar, y que se manifiesta constantemente, pese a la reforma sucesiva y al perfeccionamiento técnico.”

<sup>74</sup> Destacando, en primer lugar, la que se denominó “*el decimotercer Estado*” que proponía la creación de un sistema de SS supranacional destinado únicamente a los trabajadores migrantes. **PIETERS, D.; VANSTEENKISTE, S.** “Le treizième Etat” *RBSS*. 1990, nº 12 p. 856-886. Propuesta criticada como generadora de un sistema de privilegios y desigualdades por **CHASSARD, Y; VENTURINI, Patrick**. “La dimension européenne...”op.cit. P. 776 y 777. En segundo lugar, **DISPERSYN, M.; VAN DER VORST, P.** “La construction d’un serpent social européen. Etude de faisabilité”. *RBSS*. nº 4-5-6 /1992. plantearon una unificación de los sistemas a través de un mecanismo similar a las etapas iniciales del Sistema Monetario Europeo y la denominada <serpiente monetaria>; que flexibiliza la armonización considerando el nivel de protección vigente de cada Estado miembro.

<sup>75</sup> Véase sobre estos principios que, según el artículo 5 TCE y el Protocolo Nº 30 Anexo al Tratado de Amsterdam, deben concurrir en la actuación normativa comunitaria relativa a materias sobre las que comparte competencia con los legisladores nacionales, entre otros, **CHICHARRO LAZARO, A.** “Política social y principio de subsidiariedad en la Unión Europea”. *R.L.* Nº 18/2001. P. 91 y ss; **LYON-**

entenderá que concurre cuando, en primer lugar, la norma derivada fije medidas que salvaguarden la libre circulación y cuya virtualidad sería imposible en el marco de una intervención normativa unilateral de los Estados miembros. Condiciones que concurren claramente respecto de las disposiciones relativas a la determinación de la ley nacional aplicable, que precisan de una norma comunitaria que permita su aplicación uniforme en todos los Estados miembros.<sup>76</sup> En segundo lugar, el legislador comunitario debe circunscribirse a la técnica de coordinación, absteniéndose de armonizar los sistemas nacionales de SS, incidiendo sobre su contenido material.<sup>77</sup> En efecto, el Consejo no debe aumentar las disparidades que ya se derivan de la falta de armonización, esto es, debe abstenerse de incluir disposiciones ad-hoc aplicables en el marco de la legislación de un único Estado miembro, que exceptúan en detrimento de los migrantes normas comunitarias generales aplicables en el resto de legislaciones nacionales coordinadas. Este tipo de normas son fuente de restricciones a la libertad de circulación de las personas y han sido calificadas de discriminatorias cuando no concurre una justificación objetiva de interés general que las avale.<sup>78</sup> En tales supuestos, cuando el TJCE declara

---

**CAEN, Gérard.** “Susidiarité et droit social européen” *Droit Social*. Avril 1997. n° 4. p. 382-387.  
**OJEDA AVILES, Antonio.** “Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social comunitario” *R. L.* 1994/n°10. p.81-97.

<sup>76</sup> El TJCE ha manifestado que el legislador comunitario debía intervenir “...*especialmente a través de la adopción de normas relativas a la determinación de la legislación aplicable, (que) suponía necesariamente una acción de envergadura comunitaria*”. Auto de 20-10-2000 sobre el Asunto Vogler (C-242/99) que versaba sobre la adecuación, respecto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del Título II del R.1408, consagrado a la determinación de la ley nacional aplicable.

<sup>77</sup> Véase p.6 de <la Propuesta> “...*es necesaria una acción comunitaria en forma de medidas de coordinación para garantizar que el derecho a la libre circulación previsto por el TCE pueda ser ejercido eficaz e íntegramente...que el Reglamento propuesto no es una medida de armonización y que no excede de lo necesario para lograr una coordinación eficaz.*”

<sup>78</sup> En este sentido resulta paradigmática la STJCE del TJCE de 15-1-1986 sobre el Asunto Pinna I (41/84), donde se declaró la nulidad del artículo 73.2 del R. 1408 que contenía una discriminación indirecta. Dicha disposición exceptuaba la norma general establecida en el artículo 73.1, a favor de Francia permitiendo que este Estado la cuantía de la prestación familiar a favor de un trabajador migrante cuyos familiares residiesen en otro Estado miembro, considerando el monto de las existentes en dicho Estado de residencia de los familiares que normalmente tenían una cuantía inferior. El TJCE en lo que calificó un atentado contra la igualdad de trato del artículo 39 TCE por la norma comunitaria derivada declaró el artículo 73.2 <nulo ab initio>, reiterando, que desde el ámbito comunitario no se podían establecer nuevas diferencias innecesarias entre sistemas nacionales, que se sumasen a las diferencias consustanciales propias de un sistema de coordinación. Sobre esta STJCE véanse, por todos, **BONNET, René.** “L’affaire Pinna: vers une remise en ordre des règles d’attribution des prestations familiales au sein de la Communauté économique européenne”.; **VAN RAEPENBUSCH, Sean.** “Le service des prestations familiales aux travailleurs migrants soumis á la législation française après l’arrêt Pinna” *Semaine Juridique. Cahiers de l’Entreprise*. Paris. 1988/N° 11. Una crítica a la postura adoptada por el TCJE en **CORAL, P.** “l’Europe se suicide-t-elle? (ou les arrêts Pinna)” *Droit Social*. N° 6/1989; y en **LAROQUE, Michel.** “L’impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française”. *Droit Social* N°11/1997. P. 964.

nula la norma comunitaria discriminatoria, no existe un vacío normativo sino tan sólo un retorno a la regla general exceptuada que se aplicará de modo generalizado, pues tal declaración surge de exceptuar discriminatoriamente, respecto de un Estado miembro, la aplicación de una norma general comunitaria.<sup>79</sup>

Respecto del control de la proporcionalidad en las normas de coordinación adoptadas por el Consejo en el marco del artículo 42 TCE, hay que señalar, que el TJCE “...debe limitarse a examinar si adolece de un error manifiesto o de desviación de poder o si la referida Institución se ha extralimitado claramente en su facultad de apreciación”.<sup>80</sup> De acuerdo con el Alto Tribunal, el Consejo goza de una amplia libertad para elegir las medidas con las que pretenda cumplir el mandato del artículo 42 TCE, incluso cuando las medidas de coordinación que adopte no consigan eliminar totalmente el riesgo de trato desigual. En efecto, considerando las disparidades entre los diferentes regímenes nacionales SS y los límites operativos consustanciales a la técnica de coordinación, resultarán válidas medidas comunitarias de coordinación que no garanticen completamente la igualdad de trato.<sup>81</sup>

#### **II-2-2-2.- El principio de intangibilidad de los derechos nacionales como límite específico al Derecho comunitario de coordinación.**

La norma derivada del artículo 42 TCE ha de tener necesariamente carácter tuitivo, no pudiendo producir un efecto peyorativo en los derechos de SS de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación. Para apreciar tal circunstancia deben tomarse como referencia los derechos que hubiera obtenido el migrante en el estricto marco del

---

<sup>79</sup> En el marco de la STJCE Pinna, citada en la nota anterior, la nulidad del artículo 73.2 supuso la aplicación generalizada del 73.1, véanse: la STJCE de 2-3-1989 Asunto Pinna II (359/87); la dictada el 5-12-1989 sobre el Asunto Delbar (114/89), la de 4-7-1990 sobre el Asunto Kracht (C-117/89) y la de 13-11-1990 sobre el Asunto Yáñez Campoy (C-99/89). Comentando algunas de las sentencias mencionadas **NEBOT LOZANO, M<sup>a</sup> Lidón**. “La nueva regulación de las prestaciones familiares en el R.1408. Los asuntos Pinna y Yáñez Campoy” NUE. 1998/Nº 157. p. 79-89.

<sup>80</sup> Véase el punto 24 del Auto sobre el Asunto Vogler (C-242/99), que extrapola los criterios generales que rigen el control judicial del TJCE sobre las decisiones políticas del Consejo, en el marco de su propia responsabilidad y que sólo imponen un mero control respecto al objetivo perseguido.

<sup>81</sup>“Las medidas adoptadas por el Consejo de conformidad con el artículo 51 (actual 42 TCE) no deben tener por efecto privar a un trabajador migrante de un derecho adquirido según la sola legislación de un Estado miembro donde trabaja; ninguna de las disposiciones del Tratado precitado coarta la libertad reconocida al Consejo por el artículo 51 para elegir a tales efectos toda modalidad objetivamente justificada, aunque las disposiciones adoptadas no conduzcan a la eliminación de todo riesgo de desigualdad entre trabajadores debidas a las disparidades entre los regímenes nacionales” Apartado 18 de la STJCE de 13-7-1976 sobre el Asunto Triches (19/76). En un sentido similar, véanse, apartado 35 de la STJCE de 22-11-1995 sobre el Asunto Vougioukas (C-443/93), el apartado 30 de la STJCE de 20-4-

Derecho nacional. *“En consecuencia, toda disposición reglamentaria que comporte una disminución de los derechos que los interesados tienen ya en un Estado miembro por la aplicación pura y simple de la legislación nacional, es susceptible de ser invalidada por la Corte de Justicia como incompatible con al finalidad de los objetivos del Tratado”*.<sup>82</sup> Esta importante limitación a la intervención comunitaria, constituye el denominado <principio de intangibilidad> de los derechos de SS adquiridos en el marco exclusivo de una norma nacional, que no pueden ser limitados a través del Derecho comunitario de coordinación. El TJCE utiliza constantemente este principio hermenéutico, que fue expuesto por primera vez, en el marco del R.1408,<sup>83</sup> en su STJCE de 21-10-1975 sobre el asunto Petroni (24/75); motivo por el cual, en ocasiones, también se ha denominado <el principio Petroni>. En dicho pronunciamiento el TJCE señaló que *“el objetivo de los artículos 48 a 51 del Tratado no se alcanza cuando el ejercicio de la libre circulación supone que los trabajadores deben perder las ventajas de SS que una sola legislación nacional de SS les asegura en todo caso”*. La normativa derivada que avala este tipo de situaciones peyorativas para los intereses del migrante es contraria al TCE y se constituye, en sí misma, en un obstáculo al ejercicio de la libre circulación.<sup>84</sup> En sentido contrario, las normas de coordinación que, aun produciendo efectos negativos en los intereses del migrante, incidan peyorativamente sobre un derecho nacido gracias a la aplicación de los Reglamentos, pueden considerarse válidamente adoptadas. En efecto, como se verá al estudiar la normativa comunitaria general anticúmulo, tales disposiciones serán acordes al Derecho comunitario, pues limitan derechos adquiridos mediante técnicas de coordinación, configurándose en una contrapartida o limitación a los beneficios que los propios Reglamentos, previamente, hubiesen generado a su favor.

El principio <de intangibilidad de los derechos nacionales de SS> goza de plena vigencia y se constituye en uno de los principios hermenéuticos principales para

---

1999 sobre el Asunto Nijhuis (C-360/97) y el apartado 32 de la STJCE de 7-11-2000 sobre el Asunto Luxemburgo contra el Parlamento y el Consejo (C-168/98).

<sup>82</sup> **PERL, G.** “L’interprétation des instruments de coordination de sécurité sociale”. RBSS. Aout-Septembre. 1991. P. 468.

<sup>83</sup> Previamente apuntando la existencia de este principio limitativo en el marco del Reglamento N° 3/1958 la STJCE de 15-7-1964 sobre el Asunto Van der Veen (100/63)

<sup>84</sup> En este sentido, véanse: la STJCE de 3-2-1977 sobre el Asunto Strehl (62/76), la STJCE de 13-10-1977 sobre el asunto Manzoni (112/76), STJCE de 10-1-1980 sobre el Asunto Jordens-Vosters (69/79), apartado 7 de la STJCE de 9-7-1980 sobre el Asunto Gravina (807/79) o la STJCE de 12-6-1980 sobre el Asunto Laterza (733/79).

delimitar el alcance de la norma derivada de coordinación.<sup>85</sup> No obstante, hay que señalar que parte de la doctrina criticó este principio, considerando que sus efectos limitativos sobre la competencia del legislador comunitario, le colocaban en un papel subsidiario respecto del legislador nacional, repercutiendo negativamente sobre la aplicación uniforme del sistema de coordinación comunitario.<sup>86</sup> Sin embargo, en el marco de la aplicación reforzada del principio de subsidiariedad que supuso la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, se puede afirmar que estas críticas carecen de fundamento, pues ha quedado plenamente ratificado el carácter subsidiario de la intervención comunitaria, respecto de los ordenamientos nacionales de SS.

### **II-2-3.- Medidas priorizadas en el artículo 42 TCE y su aplicación directa.**

El artículo 42 TCE impone al Consejo que adopte, en el marco de la norma derivada de coordinación, dos medidas tuitivas de los derechos en curso de adquisición y ya adquiridos, que se constituyen en contenido mínimo dada su concurrencia inexcusable. La primera medida, contenida en la letra a) de dicho artículo es <la totalización>, técnica ya empleada en el ámbito del Derecho internacional,<sup>87</sup> con la que se pretende contribuir a la adquisición, conservación y cálculo de prestaciones, mediante la asimilación de los períodos de seguro, residencia o empleo cumplidos en los distintos sistemas de SS de los Estados miembros. La totalización crea la ficción<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> Véanse aplicando este principio, por todas, el apartado 15 de la STJCE de 23-2-1986 sobre el Asunto De Jong (254/84); el apartado 21 de la STJCE de 14-12-1989 sobre el Asunto Dammer (168/88); el apartado 12 de las STJCEs dictadas el 22-2-1990 sobre el asunto Bronzino (C-228/88) y el asunto Gatto (C-12/89); apartado 22 de la STJCE de 4-10-1991 sobre el Asunto Paraschi (C-349/87). Más recientemente el apartado 27 de la STJCE de 5-10-1994 sobre el Asunto Van Muster (C-165/91); el apartado 39 de la STJCE de 22-11-1995 sobre el Asunto Vougioukas (C-443/93) o el apartado 37 de la STJCE de 26-9-00 sobre el Asunto Engelbrecht (C-262/97).

<sup>86</sup> Véase en este sentido, por todos, **PERRIN, Guy**. “L’influence...” op.cit. p. 1 y 15, quien critica esta doctrina jurisprudencial que concede un papel subsidiario a la competencia comunitaria respecto de la nacional en este ámbito, concediendo ventajas al migrante en tal marco normativo, a su modo de ver, cuestionables. Opinión que hace suya **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. “La jurisprudence communautaire en matière de règles anticumul de Sécurité Sociale”. Cahiers de Droit Européen. 1985.Nº21/ 3.p. 284.

<sup>87</sup> Esta técnica en el marco del Derecho internacional de coordinación multilateral, por primera vez en el Convenio de la OIT Nº 48 de 1935 respecto de las prestaciones de invalidez de vejez y de muerte. **PERRIN, Guy**. “Los principios de la SS Internacional” /en/ **VV.AA. La SS española y la adhesión...** op. cit. P.186 y ss; En el ámbito de los Convenios bilaterales se empleó por primera vez en el convenio Italo-francés firmado el 30-9-1919 **BORRAJO DACRUZ, Efrén**. “La conservación de los derechos en curso de adquisición en el Seguro de Vejez, según los Convenios Internacionales de SS ratificados por España”. Revista de Derecho del Trabajo. Sept. Oct. 1959. Nº 35. P. 75. Nota 16.

<sup>88</sup> Insistiendo sobre el carácter ficticio de la técnica totalizadora, en el sentido de que no supone ningún traspaso efectivo o real de cotizaciones entre instituciones competentes, **CUZZOCREA, Leonardo**. “Normativa interna ed internazionale di sicurezza sociale: ricongiunzione, totalizzazione e trasferimento di contributi ai fini pensionistici”. Affari Sociali internazionali. Nº 2/1985. p.154. **CUZZOCREA,**

de que los distintos períodos se hubieran cumplido en su totalidad en el seno de la legislación nacional designada competente, dotando “*de un efecto jurídico y práctico a los períodos pasados en el país (o países) de emigración.*”<sup>89</sup> Esta medida debe considerarse una <asimilación de condiciones>,<sup>90</sup> técnica jurídica que impone, para el cumplimiento de las condiciones establecidas en una norma nacional, la asimilación de aquellas condiciones análogas que hayan sucedido en el marco de un sistema legal o territorio foráneo. Este instrumento jurídico rompe el carácter estanco de las normas nacionales de SS, tendiendo puentes entre los requisitos análogos que existan entre ellos y creando la ficción jurídica de que todos ellos tuvieron lugar en el territorio del Estado, cuya legislación resulta aplicable. A diferencia del principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad, el TCE no impone al Consejo un principio general de asimilación de situaciones, si no tan sólo una concreta: la totalización.

El apartado b) del artículo 42 TCE prioriza una segunda medida consistente en garantizar el “*pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.*” El tenor de esta medida, como se pondrá de manifiesto al estudiar su plasmación en la norma derivada, posee dos vertientes: la primera, consiste en considerar que la residencia en un Estado miembro distinto del Estado donde se solicita una prestación no puede ser óbice para la adquisición del derecho a la misma. Una segunda vertiente, más obvia, será la que de lugar a la denominada <exportación de prestaciones> o conservación de los derechos adquiridos, que se han de mantener indemnes pese a un cambio de residencia del beneficiario, favoreciendo la libre circulación de beneficiarios e impidiendo que el disfrute quede restringido al territorio del Estado deudor. En ambos casos se trata de eliminar la condición de residencia exigida en la norma nacional de SS aplicable para la adquisición de un derecho a prestación o su propia conservación.

---

**Leonardo.** “Totalizzazione dei periodi assicurativi ai fini pensionistici nella normativa internazionale di sicurezza sociale. Tendenza evolutive”. *Affari Sociali internazionali*. N° 1/1985 p.149.

<sup>89</sup> **LAROQUE, Pierre.** “Problèmes internationaux ...” *op.cit.* p.135.

<sup>90</sup> Véase sobre la totalización como asimilación de condiciones **SECHE, Jean-Claude.** “Bilan de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes relative aux règlements n° 3 et 4 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants” *Revue trimestrelle de Droit Européen*. N°3/1968. P.480. Se han empleado otras expresiones para referirse a la asimilación de condiciones como asimilación <de situaciones>, <de hechos> o <territorios> empleados respectivamente por **VAN RAEPENBUSCH, Sean.** *Seguridad...* *op. cit.* p. 242 y p. 279; **NOVAK, Meinhard.** “Basic Principles in European Social Law derived from the Case-Law of the European Court of Justice.” *Rivista di Diritto Europeo*. 1998. N° 2/ Abril-Junio. P. 272 y ss. **CRISTOFANELLI BROGLIO REINALDI, Luigi; GRILLI, Caterina.** *Libera circolazione dei lavoratori nell’Unione Europea*. Eca Italia Editore. Roma. 1995. P. 49.



La inclusión en el artículo 42 TCE de estas dos medidas concretas, resultaba polémica, llegándose a considerar que el legislador comunitario había incurrido en un “*vicio de método*”, pues su correcta ubicación debía haber sido la propia norma derivada.<sup>91</sup> En este contexto, cabría preguntarse si su mención no responde al deseo del legislador comunitario de dotarlas de una existencia autónoma o <eficacia directa>, si se considerara que establecen una obligación suficientemente precisa, que no deja margen a las Instituciones comunitarias o a los Estados miembros respecto de su ejecución. Una respuesta afirmativa supondría que el artículo 42 TCE dota a trabajadores migrantes y derechohabientes de un derecho subjetivo individual a la totalización de períodos o a la exportación de prestaciones, que podría oponerse ante las administraciones y tribunales nacionales de SS. En efecto, la eficacia directa protegería a tales sujetos tanto de la inactividad normativa del Consejo como de la regulación excesivamente restrictiva que éste pudiera realizar sin respetar su contenido mínimo e incidiendo negativamente en el principio de libre circulación que se pretende proteger.

Sin embargo, esta interpretación debe ser rechazada si se atiende al ya mencionado carácter <vertical> del artículo 42 TCE que no atribuye tales derechos subjetivos a trabajadores y derechohabientes, dirigiendo sus prescripciones, tan sólo, al Consejo para que intervenga normativamente y los concrete. Será éste el obligado a configurar un sistema que garantice las medidas expuestas y que permita, a los sujetos mencionados, el reconocimiento y conservación de derechos a prestaciones de SS en los sistemas nacionales objeto de coordinación. En esta labor normativa, el Consejo goza de una gran libertad respecto de las medidas a adoptar, así lo confirma el TJCE al convalidar disposiciones de los Reglamentos que, como se pondrá de manifiesto, restringían o impedían el derecho a la exportación de determinadas prestaciones,<sup>92</sup> y que permiten afirmar que el artículo 42 TCE carece de eficacia directa.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> En este sentido **VOIRIN, Michel** “El futuro de la SS de los trabajadores migrantes a nivel europeo”/en/ **VV.AA. La SS de los migrantes y el papel de las organizaciones sindicales en los Estados miembros de la Unión Europea.** Unión. Madrid. 1997. p. 62.

<sup>92</sup> En efecto, en términos generales, el Alto Tribunal ha defendido que “...*el principio de la exportabilidad de las prestaciones de SS se aplica mientras el legislador comunitario no adopte disposiciones que introduzcan excepciones al mismo.*” Véase punto 41 de la STJCE de 4-11-1997 sobre el Asunto Snares (C-20/96) o previamente las de 31-3-1977 sobre el Asunto Bozzone (87/76); de 5-5-1983 sobre el Asunto Piscitello (139/82); de 24-2-1987 sobre el Asunto Giletti (379/85, 380/85, 381/85 y 93/86)

<sup>93</sup> “...*las disposiciones del TCE en materia de libre circulación de las personas y de no discriminación por razón de la nacionalidad son de aplicación directa. Esto no significa que se haya dotado al artículo 51 del propio Tratado CEE (actual artículo 42 TCE) de un efecto semejante (si hubiera sido preciso*

Tal conclusión no puede cuestionarse por la STJCE de 22-11-1995 sobre el Asunto Vougioukas (C-443/93), en cuyo marco algunos autores señalaron que el TJCE había admitido que la técnica de la totalización, reconocida en la letra a) del artículo 42 TCE, poseía efecto directo.<sup>94</sup> En efecto, una lectura detenida de esta STJCE y de la jurisprudencia posterior sólo permite ratificar, una vez más, el efecto directo del principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad reconocido en el artículo 39 TCE. En otras palabras, la totalización que impone esta STJCE no deriva de la aplicación directa del artículo 42 TCE, sino de la interpretación a la luz del TCE de una norma nacional que preveía el cómputo recíproco de cotizaciones, en cuyo marco se totalizaron los períodos foráneos con el fin de impedir una discriminación de los trabajadores migrantes respecto de los sedentarios.<sup>95</sup> Considerando la amplia capacidad de apreciación de la que goza el Consejo al adoptar la normativa de coordinación, hay que señalar que las medidas del artículo 42 TCE carecen de eficacia directa y no otorgan derechos subjetivos, por ejemplo, a colectivos excluidos de la norma derivada de coordinación. A éstos sólo les asiste el derecho a que el Consejo adopte las medidas oportunas, no pudiendo recurrir en el interín a la aplicación analógica de la norma derivada vigente,<sup>96</sup> aunque sí a la interpretación de la normativa nacional a la luz de los

---

*reconocer ese efecto, éste sólo sería potencial, en espera de la adopción de medidas concretas por parte del Consejo), sino que los particulares pueden invocar directamente los principios de libre circulación o de igualdad de trato ante las jurisdicciones nacionales para proteger los derechos individuales que de ahí se derivan en materia de SS con respecto a los Estados Miembros, o contra algunas disposiciones normativas del Consejo, cuya compatibilidad con el artículo 51 del TCE fuera discutible". VAN RAEPENBUSCH, Sean. La SS de... op. cit. p.674*

<sup>94</sup> CORNELISSEN, Rob. "The Principle..." op. cit. P. 447; MOORE, Mathew. "Freedom of movement and migrant workers social security: an overview of the Court Jurisprudence 1992-97." CMLReview. N° 35. P.414 y 415; PIETERS, Danny; VANDEN BOGAERT, Stefaan. "The Co-ordination of Social Security Schemes for Civil Servants" /en/ VV.AA. *Prospects of Social Security Co-ordination*. Acco. Leuven. 1997. p. 144 y ss;

<sup>95</sup> Este Asunto versaba sobre un médico griego, afiliado a un régimen especial para funcionarios en el sistema de SS griego, en cuyo marco pretendía adquirir una pensión de jubilación totalizando los períodos cumplidos en establecimientos hospitalarios públicos alemanes. Sin embargo, la totalización fue denegada basándose en la versión entonces vigente del artículo 4.4 del R. 1408 que excluía expresamente los regímenes especiales de funcionarios del ámbito objetivo de la coordinación. El TJCE que consideró anacrónica tal exclusión, no obstante, no la invalidó y abogó por interpretar a la luz del TCE, la normativa de SS griega que permitía el cómputo recíproco interno de períodos de seguro, en el marco de tal régimen especial de funcionarios. Señalando que los artículos 39 y 42 TCE "*deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, para la adquisición del derecho a pensión, no sean tenidos en cuenta los períodos de empleo que una persona sujeta a un régimen especial de funcionarios o del personal asimilado haya cubierto en establecimientos de otro Estado miembro, cuando la legislación nacional permita tener en cuenta los períodos de empleo cubiertos en el territorio nacional en establecimientos análogos.*"

<sup>96</sup> Reseñando estas consecuencias jurídicas y aclarando el alcance limitado de la STJCE Vougioukas, véase el apartado 31 de la STJCE de 20-4-1999 sobre el Asunto Nijhuis (C-360/97).

artículos 39 y 42 TCE.<sup>97</sup> Es la norma derivada de coordinación donde se especifica como ha de ser la aplicación de las normas nacionales de SS, de manera que si los migrantes y sus derechohabientes sufren daños en sus derechos de SS por violación de los Reglamentos comunitarios imputable a una autoridad pública, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden imponer, en algunos casos, que los Estados miembros indemnicen a los perjudicados.<sup>98</sup>

### III.- LA NORMA DERIVADA DE COORDINACION

La primera normativa derivada de coordinación que se aprobó fueron los Reglamentos N° 3/58 y N° 4/58, que surgieron tras la asunción, y leve adaptación, de un convenio preexistente.<sup>99</sup> Los Reglamentos en su calidad de normas comunes y uniformes, de aplicación preferente y directa en los ordenamientos nacionales, se distancian positivamente, en su eficacia jurídica, de experiencias coordinadoras previas plasmadas en convenios internacionales. La creciente complejidad de dichos Reglamentos, sometidos a constantes modificaciones y objeto de abundante jurisprudencia del TJCE, motivaron su sustitución por los Reglamentos 1408/71 y 574/72.<sup>100</sup> Normas de coordinación que a pesar de su rango coincidente, siguiendo el

---

<sup>97</sup> Sobre la obligación de interpretar la norma nacional de forma acorde al Derecho Comunitario antes de proceder a su inaplicación, véase el apartado 34 de la STJCE de 5-10-1994 sobre el Asunto Van Muster (C-165/91) y la STJCE de 26-9-2000 sobre el Asunto Engelbrecht (C-267/97). Un comentario combinado de ambas en **PENNINGS, Frans**. "The Engelbrecht Judgement". *European Journal of Social Security*, Vol 2/3, 2000. P. 282 y ss

<sup>98</sup> Véase sobre esta obligación reparadora, consecuencia del efecto directo del Derecho comunitario. Con carácter general, el apartado 35 de la STJCE de 19-11-1991 sobre el Asunto Francovich (C-6/90 y C-9/90), en el marco de un incumplimiento del R. 1408 por la administración belga: los apartados 33 y siguientes de la STJCE de 28-6-01 sobre el Asunto Larys (C-118/00).

<sup>99</sup> El convenio multilateral sobre los trabajadores migrantes firmado el 9-12-1957 por los seis Estados miembros de la CECA y redactado en colaboración con la OIT, se convirtió tras leves modificaciones, tal y como se preveía en un Protocolo anexo, en la norma derivada comunitaria. **MOTTA, Antonio**. *I diritti previdenziali*. Op. cit. P. 22 y ss. **WATSON, Philippa**. *Social Security*. Op. cit. p. 53 y **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. *SS...* p. 674. Sobre los rastros de dicho origen convencional que permanecen en la norma derivada, véase **RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel**. *La SS...* op. cit. p.66-67.

<sup>100</sup> Sobre la jurisprudencia dictada sobre los primeros Reglamentos que fueron objeto de 9 modificaciones y de 70 Decisiones de la CASSTM, véase **SECHE, Jean-Claude**. "Bilan de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes relative aux règlements N° 3 et 4 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants". *Revue Trimestrelle de Droit Européen*. 1968. P.475-511. Del mismo autor "The revision of Regulations, num.3 and 4 in the light of the interpretation by the Court of Justice" *CMLReview*. 1968-69. p. 170 y **FIORENZA, Antonino**. *La Giurisprudenza nazionale e comunitaria di fronte ai problemi d'applicazione dei regolamenti n° 3 e n° 4 sulla sicurezza sociale dei lavoratori migranti*. Roma 1970. Sobre el proceso de sustitución véase. **WATSON, Philippa**. *Social Security...* op. cit. p.56. Comparando los nuevos Reglamentos con el régimen jurídico previo **RODRIGUEZ PIÑERO**,

esquema de sus predecesores, mantendrían, al menos teóricamente, sus respectivos roles de norma principal y de norma de desarrollo.<sup>101</sup> Los nuevos Reglamentos también sufrirían numerosos cambios motivados, básicamente, por la adhesión de nuevos Estados al sistema de coordinación, por la evolución de las legislaciones nacionales de SS coordinadas y por la respuesta del legislador comunitario a la jurisprudencia del TJCE. En este último sentido, hay que señalar que aunque tales modificaciones tienden a acomodar la norma derivada a los pronunciamientos del Alto Tribunal, a veces con una gran lentitud;<sup>102</sup> en ocasiones, la modificación de los Reglamentos ha buscado el efecto contrario, es decir, la inaplicación de una determinada interpretación jurisprudencial que, por ejemplo, provocaba consecuencias económicas no deseadas por los Estados miembros.<sup>103</sup>

Actualmente, como se ha señalado, existe una versión consolidada de las normas de coordinación en el Reglamento (CE) N° 118/97 de 2-12-1996, que recogió en dos cuerpos separados las versiones actualizadas de los R. 1408 y 574, que no han cesado de sufrir modificaciones tras su aprobación.<sup>104</sup>

---

**Miguel.** *la SS...* p.61 y ss; y **MOTTA, Antonio.** “Prime considerazioni sui nuovi Regolamenti C.E.E. in materia de Sicurezza Sociale”. *L’assistenza Sociale.* N° 5/1972

<sup>101</sup> Ratificando sus diversos roles véase la STJCE de 24-10-1996 sobre el Asunto Picard (C-335/95) donde se señala que “*al formar parte de un Reglamento de aplicación, las disposiciones del artículo 36 del R. 572 deben interpretarse a la luz del Reglamento de base. No pueden, en efecto, constituir un obstáculo para el disfrute pleno de los derechos reconocidos por el Reglamento N° 1408/71*”. Ante la confusión que produce este reparto competencial, no siempre respetado, propone la aprobación de un único Reglamento que contenga la totalidad de la normativa coordinadora comunitaria **OJEDA AVILES, A.** “Comment serait-il possible de simplifier des dispositions actuelles du Règlement (CEE) n° 1408/71” /en/ *VV.AA 25 années ...* Op. cit. p. 139 y ss.

<sup>102</sup> Entre las reacciones acordes a la jurisprudencia del TJCE, se puede destacar la introducida en 1989 en el capítulo séptimo del Reglamento a raíz de los asuntos Pinna I y II, ya comentados en este trabajo, o la aprobación del Reglamento 1606/98 tras la STJCE Vougioukas. Especialmente lenta fue la derogación del artículo 46.3 del R.1408 considerado contrario al Tratado en la STJCE de 21-10-1975 sobre el Asunto Petroni (24/75) y que no fue suprimida hasta la aprobación del Reglamento 1248/92.

<sup>103</sup> En este sentido destaca la aprobación del Reglamento 1247/92 que, como se verá, incorpora expresamente al ámbito objetivo de aplicación las denominadas prestaciones especiales no contributivas estableciendo su carácter inexportable, frente a las tesis defendidas por el TJCE. **CORNELISSEN, Rob.** “The principle of...” op. cit..p. 439 y ss. **SANCHEZ RODAS, Cristina.** *La aplicación del Derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas.* Comares. Granada. 1997. p. 31, señaló que “*la finalidad última de la reforma no es – a nuestro entender- sino la de suprimir a conveniencia de los Estados miembros el abono fuera del territorio nacional de determinadas prestaciones no contributivas que, en general, garantizan unos recursos mínimos ante concretas situaciones de necesidad....*”

<sup>104</sup> El Reglamento 118/97 ha sido modificado a través de los siguientes Reglamentos del Consejo: por el R.1290/97 de 27-6-97 (rectificación en el DOCE de 9-10-97); el R. 1223/98 de 4-6-98; el R.1606/98 de 29-6-1998; por el R. 307/1999 de 8-2-1999; por el R.1399/99 de 29-4-1999 y el R.1386/01 de 5-6-01. Modificando algunos de los Anexos del R. 574 deben señalarse los siguientes Reglamentos de la Comisión: el R. 89/2001 de 17-1-2001 y el R. 410/2002 de 27-2-2002.

### III-1.- ESTRUCTURA BASICA DE LA NORMA DERIVADA.

En la Exposición de Motivos del R.1408 se enuncian los principios generales de la coordinación, que se desarrollan, a continuación, en 98<sup>105</sup> artículos, distribuidos en siete Títulos, completados con ocho Anexos, y cuyo contenido básico es el siguiente:

El Título I bajo la rúbrica “*Disposiciones generales,*” comienza con un glosario de términos que se reiteran a lo largo de su articulado y que son, en muchos casos, adopción legal de conceptos acuñados previamente por el TJCE.<sup>106</sup> En este mismo título se delimita el ámbito de aplicación subjetivo y material de la norma derivada y se recogen principios intrínsecos a la coordinación, como el de igualdad de trato por razón de la nacionalidad (artículo 3), la exportación de prestaciones (artículo 10) o la normativa general anticúmulo (artículo 12). El Título II aborda, desde un punto de vista general, la “*determinación de la legislación aplicable*”. El Título III, el más extenso, establece a lo largo de sus ocho capítulos “*las disposiciones particulares para las diferentes categorías de prestaciones*”, es decir, las normas específicas de coordinación asociadas a las diferentes contingencias. Este Título exceptúa algunas de las disposiciones generales previamente estudiadas, entre ellas, las relativas a la designación de ley aplicable, normativa anticúmulo o exportación de prestaciones, adaptándolas a las contingencias específicas a las que van destinadas. Los Títulos IV y V crean y establecen, respectivamente, el marco jurídico de la ya mencionada CASSTM y del Comité Consultivo sobre la SS de los Trabajadores Migrantes (CCSSTM), órganos que articulan, desde un punto de vista institucional, la cooperación administrativa entre los Estados miembros. El Título VI funciona como cajón de sastre recogiendo “*Disposiciones diversas*” sobre cooperación interadministrativa en materias tan variadas como: cotización o responsabilidad de terceros. Por último, el Título VII sobre “*Disposiciones transitorias y finales*” como su nombre indica, regula principalmente el ámbito de aplicación temporal de la normativa derivada y su derecho transitorio.

---

<sup>105</sup> En la práctica bastantes más, pues muchos cardinales se multiplican al añadirse nuevos artículos que manteniendo el cardinal del artículo preexistente, constan de un ordinal que los distingue del mismo. Véase en este sentido el artículo 14 del R.1408 al que el R. 1606/98 añadió el artículo 14 septies.

<sup>106</sup> El concepto comunitario reflejado en tales glosarios sólo rige para la aplicación de la norma derivada de coordinación. LYON-CAEN, Gérard. “Subsidiarité... op. cit. p. 385. Sobre la dificultad terminológica que entraña la existencia de un <lenguaje conceptual> propio de la coordinación, que no ha de coincidir con el que se maneja a nivel interno en cada Estado miembro véase, NUÑO RUBIO, J.L. “SS de emigrantes españoles a países CEE: resoluciones anteriores en materia de pensiones y su revisión al amparo del Reglamento 1408/1971”. Revista de SS. N° 30/1986. p. 10

Por su parte, los ocho Anexos del R. 1408 abordan la interpretación correcta de normas de coordinación en el seno de los distintos sistemas nacionales, atendiendo a las peculiaridades de sus legislaciones internas. Dicha finalidad no supone que los Anexos contengan declaraciones unilaterales de los Estados miembros, pues su contenido se ha de aprobar unánimemente por el Consejo, sin poseer una posición jerárquica inferior al propio articulado. Afirmación que no es óbice para que, considerando su función clarificadora, su contenido deba someterse a una interpretación teleológica, no sólo respecto del TCE, sino también de los propios artículos del R. 1408 cuya aplicación explicitan o desarrollan.<sup>107</sup>

El R.574 distribuye su articulado en siete Títulos que preceden a once Anexos, su normativa establece, una vez identificadas las autoridades e instituciones competentes de cada Estado miembro, las normas procedimentales que éstas deberán seguir para aplicar la normativa de coordinación y para comunicarse tanto entre ellas, como con los propios beneficiarios de esta normativa.

En el Título I se establecen <*Disposiciones Generales*>, comenzando las referencias a las disposiciones concretas del R.1408 que pretende desarrollar. Los Títulos II, III y IV se refieren respectivamente a los Títulos I, II y III del R.1408. El Título V bajo el epígrafe <*disposiciones financieras*> regula, básicamente, el reembolso de prestaciones, las funciones de la Comisión de Cuentas creada en el seno de la CASSTM y los pagos de prestaciones en metálico. El Título VI hace las funciones de cajón de sastre recogiendo “*disposiciones diversas*”, habiéndose creado en su seno en virtud del Reglamento 1290/97 un nuevo Título VI bis dedicado a “*disposiciones relativas al tratamiento telemático de la información*”. Por último, el Título VII, al igual que en el R. 1408, se consagra a “*disposiciones transitorias y finales*”. Respecto de los Anexos del R. 574 cuyo contenido se desglosa en el artículo 4 de esa misma norma, hay que señalar que, a tenor del artículo 122 del R. 574, los Anexos N° I, IV, V, VI, VII y VIII “... *podrán ser modificados por un Reglamento de la Comisión de las*

---

<sup>107</sup> Véase en este sentido la STJCE de 17-10-1995 sobre el asunto Olivieri-Coenen (C-227/94) o el apartado 20 de la STJCE de 20-9-94 sobre el asunto Drake (C-12/93) donde se señala que: “...no existe una relación jerárquica entre las disposiciones del R. 1408/71... y las de su Anexo VI. En efecto, todas estas disposiciones fueron adoptadas en aplicación del artículo 51 del Tratado y, por consiguiente, deben ser interpretadas conjuntamente a la luz del objetivo de este artículo, que es el de contribuir al establecimiento de la más amplia libertad posible en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores migrantes, principio que se inscribe en los fundamentos de la Comunidad”.

*Comunidades Europeas a petición del Estado o de los Estados miembros interesados o de sus autoridades competentes y previo dictamen de la Comisión administrativa”.*<sup>108</sup>

### **III-2.- RELACIONES DEL R. 1408 CON OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE COORDINACION DE LOS QUE FORMAN PARTE LOS ESTADOS MIEMBROS.**

Antes de analizar el ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios, conviene abordar en este epígrafe las relaciones que mantiene la norma derivada comunitaria con otras normas internacionales de SS que incluyen en su ámbito de aplicación a Estados miembros. Su estudio se abordará distinguiendo, como hace el propio legislador comunitario, entre las normas internacionales posteriores y las preexistentes al R. 1408. Respecto de estas últimas, conviene señalar que el legislador comunitario establece como norma general que el R. 1408 goza de una prevalencia aplicativa, sustituyéndolas. Sin embargo, considerando la interpretación jurisprudencial de la citada norma general y las numerosas excepciones que el propio R. 1408 prevé, se puede afirmar que las relaciones entre ambas normas internacionales tienen, en la práctica, como principio rector el de <norma más favorable>.<sup>109</sup>

#### **III-2-1.- Norma general de sustitución de los Convenios Internacionales preexistentes. Interpretación jurisprudencial y excepciones.**

El artículo 6 del R.1408 establece el principio general de sustitución del Reglamento respecto de los que denomina Convenios de SS y que se definen en el artículo 1.k) del propio R. 1408<sup>110</sup>:

*“En el marco del campo de aplicación personal y del campo de aplicación material, el presente Reglamento, (...), sustituye a cualquier convenio de SS que vincule:*

*a) ya sea exclusivamente a dos o varios Estados miembros;*

---

<sup>108</sup> Esta potestad de la Comisión para modificar algunos Anexos del R. 572, reconocida en el propio artículo 144 TCE, de acuerdo con <la Propuesta> debería aplicarse a todos los Anexos, que a su modo de ver, “...no tienen ninguna influencia directa en la determinación de los derechos de los individuos.”

<sup>109</sup> **SEMPERE NAVARRO, Antonio V.** “Problemas aplicativos de los reglamentos comunitarios: perspectiva doctrinal” /en/ *VVAA Cuadernos de Derecho Judicial. La SS internacional*. CGPJ. Madrid. 1998.p.197. “... la doctrina del Tribunal de Luxemburgo ha evolucionado hasta defender la clara primacía del principio de norma más favorable, postergando la regla sobre sucesión normativa”.

<sup>110</sup> Entendiéndose por convenio: “...todo instrumento bilateral o multilateral que vincule o pueda vincular exclusivamente a dos o varios Estados miembros, así como todo instrumento multilateral que vincule o pueda vincular al menos a dos Estados miembros y a uno o varios otros Estados en el campo de la SS, para el conjunto o parte de las ramas y regímenes mencionados en los apartados 1 y 2 del artículo 4, así como los acuerdos de cualquier naturaleza concluidos en el marco de dichos instrumentos.”

*b) ya sea al menos a dos Estados miembros y a uno o varios otros Estados, siempre que se trate de casos en cuya resolución no haya de intervenir ninguna institución de uno de estos últimos Estados.”*

Esta normativa permite afirmar, en primer lugar, que la entrada en vigor del R.1408 determina su <prevalencia aplicativa> respecto de los Convenios de SS, bilaterales o multilaterales, preexistentes y vigentes, al no haber sido denunciados por los Estados miembros firmantes. No obstante, si terceros Estados forman parte de tales Convenios, el artículo 6 sólo operará cuando en su resolución, no haya de intervenir una institución foránea extracomunitaria.

En segundo lugar, conectando la definición contenida en el artículo 1.k) del R.1408 con el propio tenor del artículo 6, se puede entender que, de forma implícita, quedan excluidos de este proceso de sustitución por parte del R. 1408, las disposiciones de los Convenios internacionales de SS suscritos entre un único Estado miembro y un tercer Estado. En efecto, el R. 1408 no goza de prevalencia aplicativa respecto de este tipo de Convenios bilaterales que, como se verá, no forman parte de su ámbito objetivo de aplicación.<sup>111</sup> Por esta causa, como señaló el TJCE, estos Convenios sólo afectan al Estado firmante, sin poder tener consecuencia jurídica alguna respecto del resto de Estados miembros involucrados en el reconocimiento y cálculo de una prestación a favor del mismo migrante.<sup>112</sup>

En tercer lugar, como señalaría la STJCE de 2-8-1993 sobre el Asunto Grana Novoa (C-23/92), solamente los trabajadores migrantes nacionales del Estado miembro firmante de tales convenios podían prevalerse de sus disposiciones.<sup>113</sup> Sin embargo, esta

---

<sup>111</sup> No forman parte del concepto de <legislación> coordinada recogida en el artículo 1.j) del R. 1408, véase en este sentido, la STJCE de 10-3-1977 sobre el Asunto Kaucic (75/76).

<sup>112</sup> Véase, por todas, el apartado 26 de la STJCE de 5-7-1988 sobre el Asunto Borowitz (21/87) “...por el mero hecho de que, con arreglo a un convenio bilateral celebrado por Alemania, la institución alemana los haya computado, estos períodos cotizados al amparo de la legislación de un tercer país no se convierten en períodos cubiertos bajo las diversas legislaciones de los Estados miembros (...) por consiguiente ninguna disposición obliga a las instituciones de los restantes Estados miembros a incluir estos períodos en los cálculos que deban efectuar (...) de manera que su cómputo por la institución alemana no supone incremento alguno del nivel de sus obligaciones”.

<sup>113</sup> Asunto donde se consideró acorde al Derecho comunitario la negativa de la institución alemana a aplicar a favor de una trabajadora española las ventajas que derivaban de un convenio bilateral suizo-alemán que la habrían permitido, vía totalización de los períodos suizos, obtener una pensión de invalidez alemana. El TJCE entendió que las disposiciones de los convenios internacionales celebrados entre un Estado miembro y un tercer Estado que integran el ordenamiento jurídico interno, no se consideraban legislación a los efectos del R.1408; motivo por el cual no procedía aplicar el artículo 3 del mismo sobre prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad.



conclusión ha sido cuestionada por el TJCE en su Sentencia de 15-1-2002 sobre el Asunto Gottardo (C-55/00), donde se señaló en sentido contrario a lo mantenido previamente que:

*“Las autoridades de SS competentes de un primer Estado miembro deben, con arreglo a las obligaciones comunitarias que les incumben en virtud del artículo 39 CE, computar a efectos del derecho a prestaciones de vejez los períodos de seguro cubiertos en un país tercero por un nacional de un segundo Estado miembro cuando, en las mismas condiciones de cotización, dichas autoridades competentes reconocen de conformidad con un convenio internacional bilateral celebrado entre el primer Estado miembro y el país tercero, el cómputo de dichos períodos cubiertos por sus propios nacionales”*

Este último pronunciamiento impide oponer un requisito de nacionalidad en la aplicación de los beneficios derivados de convenios bilaterales celebrados entre un Estado miembro y un tercer Estado. La negativa del Estado miembro firmante del Convenio a proteger en su marco a otros ciudadanos comunitarios, constituye una discriminación por razón de la nacionalidad, tan sólo justificable mediante la prueba de la ruptura del equilibrio y la reciprocidad del Convenio. En sentido contrario, no se consideran justificaciones válidas a la inaplicación del Convenio: ni el eventual aumento de la carga financiera nacional, ni las dificultades administrativas ligadas a la colaboración con las autoridades competentes del tercer Estado.

### **III-2-1-1.- Excepciones a la regla general: artículo 46.4 y 7 del R. 1408**

El propio artículo 6 exceptúa la regla general de sustitución de normas internacionales de forma expresa; remitiéndose a los artículos 7, 8 y 46.4 del R.1408;<sup>114</sup> por otro lado, el TJCE avalará la aplicación prevalente de ciertos convenios bilaterales basándose en el ya mencionado principio de norma más favorable.

En primer lugar, respecto del artículo 46.4, ubicado en el Capítulo III del Título III, hay que señalar que en él se establece el último paso con el que culmina el procedimiento de cálculo comunitario de las pensiones, cuyo contenido se estudiará con detenimiento en la tercera parte de este trabajo. En el marco de tal proceso, este artículo establece la aplicación preferente de los Convenios multilaterales mencionados en la letra b) del artículo 6 del R.1408, cuando se consideren <norma más favorable> que la propia norma comunitaria. La necesidad de constatar este hecho, obliga a realizar un

---

<sup>114</sup> Estas excepciones expresas al principio de sustitución, no se recogen en el artículo 6 de <la Propuesta de simplificación>, relativo a “*relaciones entre el presente Reglamento y otros instrumentos de coordinación,*” donde se señala sucintamente que: “*en su campo de aplicación, el presente Reglamento sustituirá a cualquier otro convenio de SS*”.

doble cálculo que permita realizar la comparación exigida, complicando aun más la determinación del monto de las pensiones en el marco comunitario.

En segundo lugar, el artículo 7 del R. 1408 alude a “*disposiciones internacionales no afectadas por el presente Reglamento,*” necesariamente preexistentes al texto reglamentario, cuya aplicación preferente se salvaguarda:

*“1.- (...) a) de un convenio cualquiera adoptado por la Conferencia internacional del trabajo y que, después de la ratificación por uno o varios Estados miembros haya entrado en vigor; b) de los acuerdos provisionales europeos de 11 de diciembre de 1953 relativos a la SS, concluidos entre los Estados miembros del Consejo de Europa. 2.- a) Las disposiciones de los Acuerdos de 27 de julio de 1950 y de 30 de noviembre de 1979 relativos a la SS de los bateleros del Rhin; b) Las disposiciones del Convenio europeo de 9 de julio de 1956 relativo a la SS de los trabajadores de los transportes internacionales; c) Las disposiciones de convenios de SS mencionados en el Anexo III.”*

En cualquier caso, como ha puesto de manifiesto el TJCE, la virtualidad del artículo 7 y la aplicación preferente de estos Convenios, se supedita, de nuevo, a que sea más favorable que la de la propia norma derivada de coordinación que, en caso contrario, prevalecería.<sup>115</sup> Respecto de las disposiciones de Convenios bilaterales firmados entre Estados miembros a los que alude la letra c) del artículo 7.2 y se mencionan en el Anexo III, hay que señalar que son aquéllos a los que hace referencia también el artículo 3.3 del R.1408, que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad en este ámbito; señalándose que en el marco de su aplicación:

*“ las disposiciones de convenios de SS que sigan siendo aplicables en virtud de la letra c) del apartado 2 del artículo 7 (...) beneficiarán a todas las personas a las cuales se aplique el presente Reglamento, a menos que se disponga otra cosa en el Anexo III”*.

Tal coincidencia supone, como ha señalado la doctrina, que un trabajador comunitario puede invocar la igualdad de trato para la obtención de una prestación de SS, al amparo de un convenio bilateral firmado entre dos Estados miembros, pese a que estas disposiciones tuvieran, en principio, su ámbito de aplicación limitado a los nacionales de los Estados firmantes.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> Véase la STJCE de 28-5-1979 sobre el Asunto Callemeyn (187/73) sobre la aplicación preferente del Acuerdo Provisional Europeo y la STJCE de 6-6-1985 sobre el Asunto Frascogna (157/84). Véase sobre la protección de la contingencia de vejez en estas normas internacionales **CAMOS VICTORIA, Ignacio**. *La configuración de la prestación de jubilación en el régimen contributivo de la Seguridad Social*. Tesis Doctoral leída en la Universidad de Gerona (2000). Texto completo en (<http://www.tdcat.cesca.es/TDCat-0307102-132025/>.) especialmente p. 216-256. Del mismo autor “La protección de la vejez en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo.” *Relaciones Laborales* N° 18/2001. P. 277 y ss.

Por último, como se adelantaba, el TJCE amplió las posibilidades de aplicación de los Convenios bilaterales preexistentes, más allá de la excepción prevista en el artículo 7.2 respecto del artículo 6.a) del R. 1408. En efecto, a partir de la STJCE de 7-2-1991 sobre el Asunto Rönfeldt (C-227/89), el Alto Tribunal cambió sustancialmente su jurisprudencia inicial fijada en la STJCE Walder (82/72),<sup>117</sup> donde abogaba por la aplicación preferente del texto reglamentario frente a los convenios preexistentes. En sentido contrario, consideró en la STJCE Rönfeldt, obviando el artículo 6.a) del R.1408, que tales Convenios se debían aplicar de forma preferente a los Reglamentos cuando fueran más beneficiosas y reconociesen derechos superiores a los surgidos en el marco comunitario. Según el Alto Tribunal las normas convencionales, una vez ratificadas, formaban parte de la legislación de los Estados miembros firmantes, por lo que los derechos que de ellas se derivaran, de acuerdo con el principio de intangibilidad de los derechos nacionales, no podían ser vulnerados por el R. 1408.<sup>118</sup> La doctrina criticó esta nueva aplicación del <principio de norma más favorable> al considerar que suponía una ruptura del principio de primacía del Derecho comunitario y del imprescindible carácter uniforme de su aplicación en todos los Estados miembros.<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> VAN RAEPENBUSCH, Sean. “Les rapports entre le Règlement (CEE) ...” op. cit. P. 465

<sup>117</sup> Sobre tal cambio jurisprudencial véase OTTEVAERE, A “Nouvelle insécurité juridique l’Arrêt Rönfeldt”. RBSS. 1993 p.979 y ss; LOPEZ CUMBRE, Lourdes. “La polémica sustitución de los convenios internacionales de SS entre países miembros de la Comunidad por el R.1408” RMTAS. Abril-junio/1996. Sobre la postura jurisprudencial inicial véanse apartados 6 y 7 de la STJCE de 7-6-1973 sobre el Asunto Walder (82/72), donde se señalaba que: “conforme a lo dispuesto en los artículos 5 y 6 del Reglamento N° 3 ese Reglamento sustituía a los convenios de SS celebrados entre Estados miembros. Esta norma es obligatoria y no admite excepciones, salvo en los casos que estipule el Reglamento de forma expresa. El hecho de que la aplicación de estos convenios sea más beneficiosa para las personas cubiertas por el Reglamento N° 3, que las que se derivan del propio Reglamento, no es suficiente para justificar una excepción a esta norma. Los artículos 6 y 7 del R.1408, en virtud de su contenido y propósito, son análogos en alcance y efectos a los artículos 5 y 6 del Reglamento N° 3.”

<sup>118</sup> Como se señaló en el fallo de la STJCE Rönfeldt: “El apartado 2 del artículo 48 y el artículo 51 del Tratado CEE deben interpretarse en el sentido de que impiden la pérdida de las ventajas que, en materia de SS y para los trabajadores que han ejercido su derecho a la libre circulación, podría derivarse de la inaplicabilidad, tras la entrada en vigor del R.1408 de los convenios existentes entre dos o más Estados miembros, y que forman parte integrante de su Derecho nacional. Aunque la sustitución de los Convenios en materia de SS entre Estados miembros por el R.1408 tiene carácter obligatorio, ello no puede suponer una desviación del objetivo de los artículos 48 a 51 del Tratado CEE; ése sería el caso si los trabajadores que hubiesen hecho uso de su derecho a la libre circulación perdiesen las ventajas que en materia de SS, les confería la legislación nacional, ya sea por sí sola o en conjunción con los convenios internacionales de SS en vigor entre dos o más Estados miembros.”

<sup>119</sup> Véase VAN RAEPENBUSCH, Sean. “Les rapports...” op. cit. P. 457 y ss. EICHENHOFER, Eberhard. “Co-ordination of social security and equal treatment of men and women in employment: recent social security judgments of the Court of Justice”. CMLReview. N° 30/1993. P. 1027,.

El alcance de la polémica STJCE Rönfeldt, fue matizado en la STJCE de 9-11-1995 sobre el asunto Thévenon (C-475/93), que estableció que la comparación entre los resultados dimanantes de aplicar la norma comunitaria y los convenios, en busca de la norma más favorable, no se había de realizar en todo caso. Efectivamente, sólo procedía cuando el trabajador migrante hubiese cumplido períodos de seguro en el ámbito de aplicación del Convenio en un momento anterior a la entrada en vigor de la normativa comunitaria de coordinación.<sup>120</sup> En otras palabras, cuando el migrante hubiese generado en el seno del Convenio internacional del que desea prevalerse una <expectativa de derecho> en un momento previo a la entrada en vigor del R. 1408.<sup>121</sup> Considerando las fechas de entrada en vigor del Reglamento en los distintos Estados miembros, hay que señalar, que esta excepción a la prevalencia aplicativa del Reglamento se irá extinguiendo, y la posibilidad de aplicar los Convenios preexistentes será cada vez menos frecuente, hasta desaparecer; salvo adhesiones de nuevos Estados miembros a la Comunidad Europea.

La doctrina establecida en la STJCE Thévenon fue ratificada por el TJCE en sentencias posteriores,<sup>122</sup> puntualizándose en la dictada el 7-5-1998 sobre el Asunto Gómez Rodríguez (C-113/96), que la comparación entre Reglamentos y Convenios, sólo había de realizarse una vez “...con ocasión de la primera fijación de las prestaciones en virtud del Reglamento,” para evitar dificultades de gestión.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> En el Fallo de dicha STJCE se señaló que: “*el apartado 2 del artículo 48 y el artículo 51 del Tratado CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el R.1408, de conformidad con su artículo 6, sustituya a cualquier Convenio que vincule exclusivamente a dos Estados miembros, cuando un asegurado sólo haya cubierto antes de la entrada en vigor de dicho Reglamento, períodos de seguro en uno de los Estados contratantes, ni siquiera cuando la aplicación del Convenio bilateral de SS hubiera sido más favorable para el asegurado*”.

<sup>121</sup> En este sentido véase: **OTTEVAERE, A** “Le Règlement 1408/71 et les conventions de sécurité sociale: suite et fin des incertitudes, l’Arrêt Thévenon” Revista Belga de SS nº 4/1996. O como se señala en el apartado 27 de la STJCE de 5-2-2002 sobre el Asunto Kaske (C-277/99), siempre que exista un “*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. Como afirma por otra parte la Comisión, tal solución se basa en la idea de que el interesado podía confiar legítimamente en que podría ampararse en las disposiciones del Convenio bilateral.*”

<sup>122</sup> Sobre la aplicación preferente del Convenio Hispano-Alemán frente al R. 1408 véanse la STJCE de 9-10-1997 Naranjo Arjona y otros (C-31/96, C-32/96 y C-33/96) y la dictada el 17-12-1998 sobre el Asunto Grajera Rodríguez (C-153/97). Comentando la aplicación de esta última STJCE por el TS **GUTIERREZ-SOLAR CALVO, Beatriz**. “Cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación en supuestos de prestación de servicios en distintos países comunitarios y derecho aplicable. Comentario a la STS 4 de 16 de marzo de 1999.” Relaciones Laborales. Tomo II/1999. P. 851 y ss

<sup>123</sup> El TJCE señaló que no se podía “*en cualquier momento solicitar la aplicación, bien del régimen del Reglamento, bien del Convenio, en función del resultado más ventajoso para ellos en ese momento...* Tal

Asimismo, como se deduce de la última STJCE mencionada, que versaba sobre pensiones de orfandad, y lo confirman las dictadas el 9-11-2000 sobre el asunto Thelen (C-75/99) y de 5-2-2002 sobre el Asunto Kaske (C-277/99), relativas al reconocimiento y liquidación de una prestación por desempleo; esta excepción jurisprudencial al artículo 6.a) del R.1408, resulta aplicable a todo tipo de contingencias.

### **III-2-2.- Convenios acordados por los Estados miembros con posterioridad a la entrada en vigor de los Reglamentos: el artículo 8 del R.1408.**

El artículo 8 establece los límites a la potestad estatal para celebrar convenios entre dos o más Estados miembros con posterioridad a la entrada en vigor, en tales Estados, de la norma derivada comunitaria de coordinación, señalando que: *“dos o varios Estados miembros podrán celebrar entre ellos, en caso necesario, convenios basados en los principios y el espíritu del presente Reglamento.”* El tenor de esta disposición permite afirmar, en primer lugar, que la norma derivada de coordinación se presenta como un Derecho necesario relativo de coordinación, estableciendo unos *“principios”* y un *“espíritu”* que deben ser respetados por los Convenios internacionales, que únicamente podrán mejorar sus prescripciones. En otras palabras, la norma comunitaria se constituye en norma mínima respecto del Derecho nacional del que forman parte los Convenios internacionales, manteniendo una relación jurídica de suplementariedad.<sup>124</sup>

En segundo lugar, el artículo 8 admite *“...de forma implícita un cierto tipo de control de oportunidad de esta actividad de contratación de los Estados, midiéndose dicha oportunidad por su <necesidad> para la mejor aplicación de las reglas*

---

*comparación continuada de las ventajas hecha cada vez que se produce una modificación en la situación personal de los interesados mientras duraran las prestaciones, causaría a las autoridades competentes de los Estados miembros dificultades de gestión considerables y no tiene base alguna en el Reglamento”.* Este asunto versaba sobre el reconocimiento de sendas pensiones de orfandad a favor de los hermanos Gómez, cuyo padre había cubierto períodos de seguro en Alemania y España antes de su adhesión a la Comunidad Europea. Tras disfrutar de las pensiones de orfandad españolas hasta el límite de edad establecido, solicitaron el reconocimiento de pensiones de orfandad alemanas al amparo del Convenio Hispano-Alemán que consideraban en este punto más favorable que el R. 1408. El TJCE señaló que la aplicación del Convenio no procedía, pues la institución competente española cuando liquidó las pensiones de orfandad ya había optado por la aplicación de la norma comunitaria como más favorable.

<sup>124</sup> Como se señala en el apartado 37 de la STJCE de 5-2-2002 sobre el Asunto Kaske (C-277/99) y es jurisprudencia reiterada, *“el Derecho comunitario no se opone a que un Derecho nacional establezca normas más favorables que el propio Derecho comunitario si las normas así impuestas resultan compatibles con éste (véanse, en este sentido, las STJCEs de 10-12-1969, Duffy (34/69) Rec. P. 597, apartado 9; de 6-3-1979, Rossi (100/78), Rec. P. 831, apartado 14; de 12-6-1980, Laterza (733/79), Rec.p. 1915, apartado 8; de 9-7-1980, Gravina y otros (807/79), Rec. P. 2205, apartado 7; de 7-2-1991, Rönfeldt (C-227/89) apartado 26; y de 7-7-1992, Singh, (C-370/90), Rec. P. 1-4265, apartado 23.)”*

comunitarias.”<sup>125</sup> Desde este punto de vista, se debe entender que tal oportunidad concurre en los supuestos en que la propia norma derivada de coordinación hace una llamada a la celebración de tales Convenios entre los Estados miembros respecto de ciertas materias concretas.<sup>126</sup> El artículo 8.2 exige la notificación de la celebración de los mismos siguiendo las pautas, del artículo 97.1 del R. 1408, estipulándose finalmente que, a tenor del artículo 3.3 del R.1408, las disposiciones de tales convenios de SS concluidos al amparo del artículo 8.1 “... *beneficiarán a todas las personas a las cuales se aplique el presente Reglamento, a menos que se disponga otra cosa en el Anexo III.*” Considerando los requisitos a los que supedita el artículo 8 la firma de Convenios, se puede concluir que esta disposición trata de preservar el <principio de no injerencia> del Derecho internacional sobre materias ya cubiertas por el Derecho comunitario, pues no es aconsejable que los Estados contraigan obligaciones, aunque sea entre ellos, al margen de las adoptadas por las instituciones comunitarias.<sup>127</sup>

#### **IV.- AMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA DERIVADA DE COORDINACIÓN (I).**

Antes de analizar las medidas concretas de coordinación adoptadas por el legislador comunitario en la norma derivada resulta imprescindible delimitar el ámbito de aplicación de la misma, desde las cuatro coordenadas que lo definen: la personal, material, temporal y territorial; sobre cuya delimitación existe numerosa jurisprudencia.

##### **IV-1.- AMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL.**

La vigente norma derivada no alude a su ámbito territorial de aplicación por lo que habrá que acudir al artículo 299 TCE para su correcta delimitación, en principio, circunscrita a los actuales 15 Estados miembros, donde se desarrolla el ejercicio del derecho a la libre circulación.<sup>128</sup> No obstante, este derecho se extiende a los tres Estados

---

<sup>125</sup> **FERNANDEZ LOPEZ, M.F.** “Ambito...” op.cit. p. 11

<sup>126</sup> En este sentido en el marco del R.1408 se pueden destacar dos llamadas a la posibilidad de celebrar Convenios: la establecida en el artículo 17 con el objeto de exceptuar las normas de conflicto generales sobre determinación de la Ley nacional aplicable establecidas en el Título II y el artículo 40.4 que, ante la inexistencia de una disposición comunitaria uniforme sobre concordancia de los grados de invalidez entre los distintos sistemas nacionales, apela a la suscripción de convenios entre los Estados miembros.

<sup>127</sup> Sobre la relación entre el sistema normativo de la Unión Europea y la adopción posterior de una norma internacional sobre la misma materia véase **CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> Emilia.** “El sistema normativo de la Organización Internacional del Trabajo y la Unión Europea”. R. L. Editorial nº 8/1996. año 12.p. 6

de la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC, o EFTA en sus siglas inglesas): Liechtenstein, Noruega e Islandia; con los que la Comunidad conforma el denominado Espacio Económico Europeo (EEE) y en cuyo marco también se aplica el R. 1408.<sup>129</sup>

Como se pondrá de manifiesto en este trabajo, el objeto de la coordinación son las legislaciones nacionales de SS de los Estados miembros, esta circunstancia supone, por un lado, que habrá que respetar los derechos en curso de adquisición y adquiridos en sistemas de SS de Estados miembros, que originariamente se aplicaban en Estados actualmente independientes, pero que, en su día, formaban parte del territorio de Estados miembros o mantenían relaciones especiales con los mismos.<sup>130</sup> Por otro lado, procederá la aplicación del R.1408 siempre que exista una relación de afiliación con un sistema de SS de un Estado miembro, con independencia de que la actividad profesional del sujeto asegurado se desarrolle en un tercer Estado.<sup>131</sup> Estas afirmaciones no suponen que la descripción del ámbito territorial de aplicación resulte completamente irrelevante, pues será en el marco de sus estrictos límites donde se podrá exportar una prestación reconocida por el sistema de SS de un Estado miembro.

---

<sup>128</sup> Como es sabido, la Unión Europea carece de carácter territorial, por lo que habrá que referirse en su lugar a los Estados miembros que la componen. De acuerdo con el Tratado, las respectivas Actas de Adhesión y las Decisiones del Consejo 68/359 y 71/238 esta normativa habría de aplicarse respecto de Francia en Guyana, Guadalupe, Martinica o Reunión; en el caso del Reino Unido en Gibraltar; o en el de Finlandia a las Islas Atlánticas, mientras que en el caso de España y Portugal, sin lugar a dudas, se aplicaría respectivamente a Las Canarias, Ceuta y Melilla; y a las islas Azores y Madeira. **SEMPERE NAVARRO, Antonio**. "Problemas aplicativos op. cit.p. 171-173.

<sup>129</sup> **PENNINGS, Frans**. *Introduction...* ed. 1998. Op. Cit. P. 25. Sobre la inclusión de esta normativa de coordinación en el seno del Acuerdo EEE, firmado el 14-4-1992 por la Comisión, véase el Anexo VI al Acuerdo publicado en el BOE de 25-1-1994. En este contexto, destaca la firma de Acuerdo de 21-6-99 sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y Suiza (BOE 21-6-02), que entrará en vigor en el 2003 poniendo fin al aislamiento de Suiza, único Estado parte de la AELC que se había mantenido al margen del EEE. Sobre las negociaciones previas, véase **VIVES CABALLERO, Marta**. "La extensión territorial del R.1408/71. Nuevas adhesiones. Espacio Económico Europeo. Las negociaciones con otros Estados no miembros de la Unión Europea: Suiza". NUE. N° 157/1998.p.47-56.

<sup>130</sup> **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. *La Seguridad...* Op. cit. p. 419-20. Véanse también las siguientes STJCEs sobre trabajos desarrollados en antiguas colonias consideradas actualmente terceros Estados. STJCE de 22-3-1972 sobre el Asunto Merluzzi (80/71); de 10-10-1973 sobre el Asunto Flege (110/73) de 31-3-1977 sobre el Asunto Bozzone (87/76), 9-7-1987 sobre los Asuntos acumulados Laborero y Sabato (82 y 103/86) o la de 23-10-1986 sobre el asunto Van Roosmalen (300/84) donde se señala que "*Dado que el criterio decisivo para la aplicación del Reglamento es el hecho de que el asegurado esté afiliado a un régimen de SS en un Estado miembro, no es importante que desempeñase sus actividades total o parcialmente fuera del territorio de los Estados miembros de la Comunidad*".

<sup>131</sup> Véase la STJCE de 24-6-1994 sobre el asunto Aldewereld (C-60/93) que avala la aplicación del R. 1408 a un trabajador holandés contratado por una ETT alemana para ser desplazado inmediatamente a trabajar a Tailandia, en virtud del mantenimiento de los vínculos con el sistema de SS alemán donde estaba afiliado y a cuyo favor cotizaba. La aplicación del R. 1408 a este sujeto le permitió acogerse este sujeto al principio de unicidad de legislación aplicable que propicia el Título II, la competencia exclusiva

#### IV-2.- AMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL.

Los R. 1408 y 574 entraron en vigor el 1 de octubre de 1972, sustituyendo a los Reglamentos N° 3 y 4 vigentes, a su vez, desde el 1 de enero de 1959. Evidentemente, en los Estados miembros de incorporación posterior a la fecha mencionada, la entrada en vigor de la norma de coordinación coincidirá con la de su adhesión efectiva a la Comunidad Europea, reflejada en las respectivas Actas de adhesión, que pueden contener alguna norma específica sobre esta materia.<sup>132</sup> Las normas de derecho transitorio respecto de la entrada en vigor del R. 1408 se establecen en su artículo 94. Tales medidas se reproducen, con un tenor casi idéntico, en las disposiciones transitorias ad-hoc introducidas en el articulado del propio R. 1408, por los Reglamentos que lo han modificado posteriormente.<sup>133</sup> En concreto, se está haciendo referencia: al artículo 95 incluido con motivo de la incorporación de los trabajadores por cuenta propia al ámbito subjetivo del Reglamento; a los artículos 95 bis y ter, que responden respectivamente a la aprobación del Reglamento 1248/92, que afectó a la coordinación de las pensiones, y al Reglamento 1247/92 donde se establecía, entre otras materias, la inexportabilidad de las prestaciones especiales no contributivas; el artículo 95 quater, incluido por el Reglamento 1606/98 que propició la inclusión de los regímenes especiales de funcionarios en el ámbito objetivo del R. 1408; el artículo 95 quinquies introducido por el Reglamento 307/1999 que amplió el ámbito subjetivo del R.1408 a los estudiantes y, por último, el artículo 95 sexies, establecido por el Reglamento 1399/1999, atinente, entre otras materias, al sistema de cálculo de las pensiones de orfandad. Hay que señalar, que los artículos 94 y 95 se desarrollan, respectivamente, en los artículos 118 y 119 del R. 572, en cuyo artículo 119 bis se establece, además, una norma transitoria respecto del artículo 15.1.a) del R. 574.<sup>134</sup>

---

de la legislación alemana, impedía el pago de cotizaciones exigidas por las autoridades holandesas donde mantenía su residencia legal.

<sup>132</sup>Sobre las sucesivas adhesiones y la adaptación que tuvieron que sufrir tanto las normas nacionales como el propio R. 1408 para su correcta coordinación véase **GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, Carlos**. "Coordination rules and enlargement". /en/ **VV.AA. JORENS, Yves; SCHULTE, Bernd (ed)**. *Coordination of Social Security...* op. cit. p. 83 y ss.

<sup>133</sup>Como se desprende de los apartados 27 y siguientes de las STJCEs de 23-11-1995 sobre el Asunto Alonso-Pérez (C-394/93) y de 28-6-2001 sobre el Asunto Larsy (C-118/00) cada norma transitoria establecida en el R. 1408 regula la entrada en vigor de un Reglamento concreto y sólo pueden aplicarse respecto de éste; motivo por el que, por ejemplo, el 95 bis sólo avalará solicitudes que pretendan ampararse en el Reglamento 1248/92, que lo introdujo.

<sup>134</sup> Los artículos 118 y 119, modificados por los Reglamentos N°1305/89 de 11-5-89 y N° 1249/92 de 30-4-92, desarrollan las normas establecidas, respectivamente en los artículos 94.3 y 95.3 del R.1408



A continuación se analizarán los distintos apartados del artículo 94 y su interpretación por parte del TJCE, que puede extrapolarse al resto de normas transitorias contenidas en el Título VII del R. 1408 y que poseen, prácticamente, idéntico tenor.

El apartado primero del artículo 94 establece un principio general de irretroactividad estipulando que el R.1408/71 “...no abre derecho alguno por un período anterior al 1 de octubre de 1972 o a la fecha de su aplicación en el territorio del Estado miembro interesado o en una parte del territorio de ese Estado”. Este principio, preservador de la seguridad jurídica,<sup>135</sup> se exceptúa y matiza en los siguientes apartados, donde se establecen normas de derecho transitorio con las que pretende evitar que queden frustradas expectativas de derechos en curso de adquisición.<sup>136</sup> En este sentido, el apartado segundo del artículo 94<sup>137</sup> establece que aunque el R. 1408 sólo puede ser aplicado a partir de la fecha de su entrada en vigor, en el marco de tal aplicación se podrán considerar, para la obtención de un derecho de SS, los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos con anterioridad a su propia entrada en vigor.<sup>138</sup> En efecto, el artículo 94.2 se opone a toda norma nacional que impida el cómputo de tales períodos previos o exija a los migrantes requisitos más gravosos que los exigidos a los trabajadores sedentarios.<sup>139</sup>

---

respecto de las pensiones de invalidez, vejez y supervivencia. Por su parte, el artículo 119 bis establece una norma transitoria, muy parecida a las anteriores pero respecto del artículo 15.1.a) del R. 574, introducido por el R. N° 3811/86 de 11-12-1986.

<sup>135</sup> Véase apartado 20 de la STJCE de 7-2-2002 sobre el asunto Kauer (C-28/00)

<sup>136</sup>“El principio de la irretroactividad del reglamento debe ser entendido en el sentido de que éste no hace surgir derechos antes de su entrada en vigor y, por tanto, no en el sentido de que, tras esta última, no se puedan adquirir derechos también sobre la base de períodos de aseguramiento o de eventos o contingencias acaecidos con anterioridad bien bajo el imperio del reglamento bien, antes todavía, bajo el imperio de legislaciones nacionales de convenios internacionales”. **POCAR, F. Derecho comunitario del trabajo.** Madrid. Civitas. 1988.

<sup>137</sup>“Todo período de seguro y, en su caso, todo período de empleo o de residencia cubierto bajo la legislación de cualquier Estado miembro antes de 1 de octubre de 1972 o antes de la fecha de aplicación del presente Reglamento en el territorio de ese Estado miembro, o en una parte del territorio de ese Estado se tomará en cuenta para la determinación de los derechos abiertos conforme a lo que dispone el presente Reglamento.”

<sup>138</sup> Véase sobre una norma análoga contenida en el R. N°3/1958 la STJCE de 5-7-1967 sobre el Asunto De Moor (2/67). En el marco del R.1408 véanse las STJCEs de 9-6-1977 sobre el Asunto Blottner (109/76); de 12-10-1978 sobre el Asunto Belbouab (10/78); de 2-2-1984 sobre el Asunto Derks (235/82); o el apartado 16 de la STJCE de 7-2-1991 sobre el Asunto Ronfeldt (C-227/89).

<sup>139</sup> Véase la STJCE de 7-02-02 sobre el Asunto Kauer (C-28/00) sobre una norma austríaca contraria al artículo 94.2 y a los artículos 18, 39 y 43 TCE.

El apartado tercero del artículo 94<sup>140</sup> establece una nueva excepción del principio de irretroactividad, que supone que el R. 1408 se aplicará a hechos causantes previos a su entrada en vigor, si cuando se produjeron no originaron derecho a prestaciones;<sup>141</sup> o dieron lugar a la adquisición de prestaciones que fueron suspendidas o sean susceptibles de revisión a la luz de la nueva normativa.<sup>142</sup>

Los apartados cuarto y quinto del artículo 94 desarrollan el alcance y condiciones en los que se producirá la liquidación, restablecimiento o nuevo cálculo de las prestaciones a las que se refiere el apartado tercero, que será siempre a instancia de parte.<sup>143</sup> El R. 1408 no indica cual ha de ser la forma que ha de revestir la petición del interesado, imprescindible para desencadenar tal proceso, debiéndose recurrir a los establecidos en las normas nacionales de SS que no pueden contener requisitos discriminatorios por razón de la nacionalidad, ni tan complejos que, en la práctica, resulte imposible el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 94.<sup>144</sup>

El apartado cuarto establece respecto de aquella “*prestación que no haya sido liquidada o que haya sido suspendida a causa de la nacionalidad o de la residencia de la persona interesada,*” prescribiendo que, a petición de la persona interesada, tal prestación será liquidada o restablecida a partir de la entrada en vigor del R. 1408. Como

---

<sup>140</sup> “*Salvo de lo dispuesto en el apartado 1, nacerá un derecho en virtud del presente Reglamento, incluso cuando se deba a un hecho causante acaecido antes del 1-10-1972 o antes de la fecha de aplicación del presente Reglamento en el territorio del Estado miembro interesado.*”

<sup>141</sup> Esta posibilidad que se contemplaba en los apartados 23 y 24 de la STJCE de 11-6-1998 sobre el Asunto Kuusijarvi (C-275/96), se confirma en el apartado 26 de la STJCE de 18-4-02 sobre el Asunto Duchon (C.290/00), donde se señala que en virtud del artículo 94.3 “*...está comprendida en el ámbito de aplicación del R. 1408 la situación de una persona, nacional de un Estado miembro que, antes de la adhesión de éste a la Unión Europea, desarrolló una actividad laboral por cuenta ajena en otro Estado miembro en el que sufrió un accidente de trabajo y que, tras la adhesión de su Estado de origen, solicita a las autoridades de éste una pensión por incapacidad laboral a raíz de dicho accidente.*”

<sup>142</sup> “*...la pérdida o la reducción del derecho se justificará por las cláusulas de residencia o nacionalidad a las que la legislación de un Estado miembro condicionaba el reconocimiento del derecho de que se tratase. En este supuesto, parece, es la permanencia de una discriminación del trabajador migrante – radicalmente incompatible con el artículo 48 TR (actual 39 TCE) – la que justifica esta proyección hacia atrás de la norma reglamentaria.*” **FERNANDEZ LOPEZ, M.F.** “Ambito...” op. cit. p. 46.

<sup>143</sup> No obstante, como señala **NUÑO RUBIO, J.L.** “Seguridad...” op.cit. p. 49 “*El complejo sistema de cálculo de las antiguas pensiones y el no menos complejo régimen de concesión y cuantificación con arreglo al R.1408 no permiten que un particular pueda determinar sus concretos derechos y la cuantificación de los mismos (...) que, ni siquiera los servicios administrativos especializados de cada país están en condiciones de determinar.*” En este contexto, y con el objeto de que la solicitud de revisión conduzca a una renuncia de derechos este autor señala que se debería poder instar la revisión del expediente y “*que la eficacia de esta última quede condicionada a un posterior ejercicio de opción, a la vista de los concretos resultados que se obtuvieran.*”

<sup>144</sup>Véanse los apartados 33 y ss. de la STJCE de 22-02-01 sobre el Asunto Camarotto (C-52 y C-53/99).

señala el propio artículo 94.3, esta posibilidad de retroacción sólo se exceptúa en el supuesto de que “...*los derechos anteriormente liquidados no hayan dado lugar a una liquidación a tanto alzado,*” pues en tal supuesto se estaría produciendo un enriquecimiento injusto del beneficiario. El artículo 118 del R.574 establece el procedimiento a seguir cuando el hecho causante de una pensión de invalidez, vejez o supervivencia se produjera antes del 1-10-1972 o de la fecha de entrada en vigor del R.574 en un Estado miembro; debiéndose practicar una doble liquidación.<sup>145</sup>

El apartado quinto del artículo 94, por su parte, alude a la posibilidad de revisar derechos ya causados a rentas o pensiones, es decir, liquidadas con anterioridad a la entrada en vigor del R. 1408, pues estas prestaciones podrán ser recalculadas a la luz de la normativa comunitaria,<sup>146</sup> siempre a petición del interesado, nunca de oficio.<sup>147</sup>

Los apartados sexto y séptimo del artículo 94 definen el alcance temporal de los nuevos derechos adquiridos retroactivamente, utilizando como criterio el momento en que fue solicitada la adquisición o revisión del derecho. El apartado sexto establece que si tal solicitud se produjo dentro de los dos años posteriores a la entrada en vigor del Reglamento, en cuestión, los efectos de los derechos se retrotraerán al momento de la entrada en vigor de la nueva normativa comunitaria aplicable.<sup>148</sup> El legislador

---

<sup>145</sup> Un primer cálculo respecto del período previo a las fechas mencionadas mediante un cálculo “*con arreglo al Reglamento N° 3° o a los convenios vigentes entre los Estados miembros en cuestión*”; y una segunda liquidación de las mismas pensiones respecto de los períodos posteriores a las citadas fechas, en este caso, aplicando exclusivamente el R. 1408, siempre con el objeto de identificar la norma más favorable. Según el artículo 118.2, si tal beneficiario presentará una solicitud de prestación con posterioridad a las fechas mencionadas, se producirá una <revisión de oficio> de la liquidación de tales pensiones a la luz del R.1408, nunca en detrimento de los intereses del migrante. Véase en idéntico sentido el artículo 119 del R. 574/72, disposición que regula los efectos de los hechos causantes de pensiones a favor de trabajadores autónomos previos al 1-7-1982.

<sup>146</sup> Véase la STJCE de 4-5-1988 sobre el Asunto Mario Viva (83/87) donde se señala que: “*El nuevo cálculo de una pensión de invalidez determinada con anterioridad a la aplicación del Reglamento (CEE) 1408/71, motivado por cambios sobrevenidos en la situación personal del asegurado con posterioridad a la misma fecha debe realizarse de acuerdo con las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/71.*”

<sup>147</sup> Así lo señaló el TJCE en el apartado segundo de la STJCE de 13-10-1976 sobre el Asunto Saieva (32/76): “*...el apartado 5 del artículo 94 del Reglamento (CEE) 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que la institución competente de un Estado miembro no puede sustituir a un asegurado para la revisión de los derechos obtenidos por éste antes de la entrada en vigor del Reglamento*”. Véase en este mismo sentido, aunque respecto a la norma transitoria del mismo tenor contenida en el artículo 95 bis, el apartado 15 de la STJCE de 25-9-1997 sobre el Asunto Baldone (C-307/96).

<sup>148</sup> El apartado sexto, en este caso del apartado 95 bis que posee el mismo tenor que el 94, de acuerdo con el apartado 29 de la STJCE de 22-02-01 sobre el Asunto Camarotto (C-52 y C-53/99), “*reserva a los Estados miembros, de forma expresa, la posibilidad de que permitan al interesado presentar una solicitud de revisión después de la expiración del plazo de dos años sin que sus derechos se vean inevitablemente afectados de caducidad o prescripción*”.

comunitario, para garantizar la virtualidad de esta norma, establece que: *“no será aplicable a las personas interesadas lo preceptuado en la legislación de los Estados miembros sobre caducidad o prescripción de los derechos.”* Norma redundante, pues la propia eficacia directa del Reglamento impone, en todo caso, la inaplicación de toda norma nacional que se oponga a lo preceptuado en el mismo.<sup>149</sup>

El apartado séptimo del artículo 94, estipula que si las solicitudes a las que aluden los apartados cuarto y quinto se presentaran con posterioridad al mencionado plazo de dos años; será la fecha de presentación de la solicitud la que fije el inicio de los efectos de la aplicación de la norma comunitaria. En este apartado, se establece, también redundantemente, que la norma nacional aplicable puede establecer una retroactividad más beneficiosa para el beneficiario;<sup>150</sup> pues como ya se ha señalado ésta mantiene una relación de complementariedad respecto de la norma comunitaria.

---

<sup>149</sup> Véanse el apartado 22 de la STJCE de 9-3-1978 sobre el asunto Simmenthal (106/77) o apartado 20 de la STJCE de 19-6-1990 sobre el Asunto Factortame y otros (C-213/89).

<sup>150</sup> Finalmente, hay que señalar que los apartados 8, 9 y 10 del artículo 94 establecen normas transitorias ad-hoc para ciertos artículos del R. 1408, como el 57.5 y 45.6. El artículo 57.5 se refiere a las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional denominada neumoconiosis esclerógena; el artículo 45.6, está enmarcado en el capítulo III del Título III y se estudiará en el capítulo III de este trabajo.

**IV-3.- AMBITO OBJETIVO DE APLICACION: el artículo 4 R.1408.**

El artículo 4 describe el ámbito objetivo del R.1408 en los siguientes términos:

*“ 1.- El presente Reglamento se aplicará a todas las legislaciones relativas a las ramas de SS relacionadas con:*

- a) las prestaciones de enfermedad y de maternidad;*
- b) las prestaciones de invalidez, comprendidas las destinadas a mantener o a mejorar la capacidad de ganancia;*
- c) las prestaciones de vejez;*
- d) las prestaciones de supervivencia;*
- e) las prestaciones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional;*
- f) los subsidios de defunción;*
- g) las prestaciones por desempleo*
- h) las prestaciones familiares.*

*2.- El presente Reglamento se aplicará a los regímenes de SS generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empresario o del armador referentes a las prestaciones mencionadas en el apartado 1.*

*2 bis.- El presente Reglamento se aplicará a las prestaciones especiales de carácter no contributivo sujetas a una legislación o a un régimen distinto de los mencionados en el apartado 1 o que están excluidos en virtud del apartado 4, cuando dichas prestaciones vayan destinadas:*

- a) bien a cubrir, con carácter supletorio, complementario o accesorio, las contingencias correspondientes a las ramas contempladas en las letras a) a h) del apartado 1;*
- b) bien a asegurar únicamente la protección específica de los minusválidos.*

*2 ter.- El presente Reglamento no se aplicará a las disposiciones de la legislación de un Estado miembro en lo que se refiere a las prestaciones especiales de carácter no contributivo, mencionadas en la sección III del Anexo II, cuya aplicación se limite a una parte de su territorio.*

*3.- No obstante, las disposiciones del Título III no afectarán a las disposiciones de la legislación de los Estados miembros relativas a las obligaciones del armador.*

*4.- El presente Reglamento no se aplicará ni a la Asistencia Social y médica, ni a los regímenes de prestaciones a favor de las víctimas de la guerra o de sus consecuencias”*

La lectura de este artículo pone de manifiesto, en primer lugar, el problema terminológico que existe en el marco de la norma de coordinación, y al que se ha aludido repetidamente en este trabajo. En efecto, en esta disposición se mencionan múltiples términos, de forma acumulativa e indiscriminada como si de sinónimos se tratase. Términos que, en su mayoría, no son definidos en el R.1408 y cuyo significado, incluso desde una perspectiva estrictamente nacional, puede resultar controvertida al no poseer un sentido unívoco.<sup>151</sup> Esta discutible técnica jurídica tiene su origen en la

---

<sup>151</sup> Paradigmática, sobre la dificultad terminológica que presenta la definición del ámbito objetivo de las normas internacionales de SS, véase la STS (sala 4) de 1-4-1998 (Rec. N° 588/1997), comentada por **MONTOYA MELGAR, A.** “Comentario a la STS, Sala Cuarta, de 1 de abril de 1998, en recurso de casación para la unificación de la doctrina sobre solicitud de prestaciones no contributivas por una

ausencia de armonización y en la dificultad de consensuar conceptos jurídicos comunitarios válidos y aceptables en los distintos sistemas nacionales objeto de coordinación. Por otro lado, el objetivo de esta técnica parece ser el diseño extensivo del ámbito material del R. 1408, esto es, aludiendo a cualquiera de los términos empleados en los sistemas nacionales que quedarían en él incluidos.

En segundo lugar, se puede señalar que el legislador comunitario al delimitar en el citado artículo 4 el ámbito de aplicación material del R. 1408 utiliza una doble perspectiva: positiva y negativa; esto es, señalando lo que está incluido y lo que debe considerarse expresamente excluido de dicho ámbito objetivo. Desde esta primera **perspectiva positiva**, hay que señalar que *grosso modo* el objeto de la coordinación comunitaria diseñado por el artículo 4 son aquellas <legislaciones> nacionales que conecten, por un lado, con las <contingencias> de SS agrupadas en <ramas> que se mencionan en el apartado 1 y que se integren en los <regímenes> en los que, a tenor del apartado 2, se pueda organizar un sistema nacional de SS; o, por otro lado, que regulen un tipo de <prestaciones> denominadas <especiales no contributivas>, descritas en el apartado 2 bis de dicho artículo. Desglosando esta definición, en sus elementos principales que se irán desarrollando en los epígrafes siguientes, se ha de señalar que:

A).- El objeto de la coordinación son las <legislaciones> nacionales cuyo contenido se refiera a las materias expuestas. Siendo el elemento material el núcleo de su definición, no obstante, se pueden destacar algunas notas formales que deben concurrir en las legislaciones nacionales, a tenor de la letra j) del artículo 1 del R. 1408. Esta disposición establece un concepto formal de legislación muy amplio, prácticamente omnicompreensivo de toda norma jurídica heterónoma que forme parte de los ordenamientos nacionales en la materia de que se trata, y a las que sólo podrán sumarse, como se verá, normas fruto de la autonomía colectiva en ciertos supuestos tasados.

B).- El contenido de tales legislaciones nacionales ha de conectar con las <contingencias> enumeradas en el artículo 4.1, las cuales deben ser entendidas como actualizaciones de estados potenciales de <riesgos sociales>,<sup>152</sup> que se organizan en nueve <ramas de seguro> que siguen la clasificación clásica establecida en el Convenio

---

ciudadana marroquí: alcance del Convenio de SS entre España y el Reino de Marruecos". RMTAS: Nº 9/1998 p. 109 y ss.

<sup>152</sup> De acuerdo con la definición de contingencia que realizan **ALARCON CARACUEL, M.R.** y **GONZALEZ ORTEGA, S.** *Compendio...* op. cit. p. 105 y ss.

Nº 102 de la OIT.<sup>153</sup> El legislador comunitario no puede definir su ámbito de aplicación material como lo hacen los propios sistemas nacionales, esto es, delimitando su acción protectora mediante la enumeración de <prestaciones> entendidas como “... *medidas arbitradas (...) para hacer frente a las situaciones de necesidad creadas por el acaecimiento de las contingencias previstas por el mismo, siempre que concurren los requisitos delimitadores del hecho causante.*”<sup>154</sup> De manera que, ante la inexistencia de un sistema de SS comunitario, el objeto del R. 1408 lo conforman las disposiciones de los sistemas nacionales, principalmente las que regulen <prestaciones>, que conectan directamente, o tengan como objetivo la cobertura de las contingencias mencionadas en el artículo 4.1. Desde un punto de vista global la letra t) del artículo 1 alude a estas manifestaciones de la acción protectora de los sistemas nacionales señalando que:

*“los términos <prestaciones>, <pensiones> y <rentas> designan todas las prestaciones, pensiones y rentas, comprendidos todos los elementos a cargo de los fondos públicos las mejoras por revalorización o subsidios complementarios, sin perjuicio de las disposiciones del Título III, así como las prestaciones consistentes en entrega de capital que puedan sustituir a las pensiones, o rentas y los pagos efectuados en concepto de reembolso de cotizaciones”*

En tercer lugar, siguiendo con el análisis del término legislación desde un punto de vista material, hay que señalar que existiendo una conexión con las citadas contingencias, resulta irrelevante para su integración en el ámbito objetivo del R. 1408, la configuración que el legislador nacional haya hecho de su sistema de SS. En efecto, a tenor del artículo 4.2, el R. 1408 “*se aplicará a los regímenes de SS generales, especiales, contributivos y no contributivos...*” De manera que, a pesar de que un sistema nacional carezca de una estructura monolítica y esté conformado por varios <regímenes>, tal circunstancia no será óbice para la aplicación de la normativa de coordinación. Debiéndose entender por <regímenes> aquéllos grupos normativos que

---

<sup>153</sup>El artículo 4.1, aunque las denomina prestaciones, enumera contingencias, tal y como reconoce el propio artículo 4.2 bis.a) o el artículo 1.a) del R. 1408 cuando se refieren a “*contingencias correspondientes a ramas,*” en las que se sistematizan las listadas. Es cierto, de acuerdo con **FERNANDEZ LOPEZ, M.F.** “Ambito...” op. cit. p. 34 y 35, que en esa enumeración del 4.1 se entremezclan <riesgos junto a contingencias protegibles> Sin embargo, con el objeto de usar un único término parece más correcto emplear el de contingencia, como hace **PENNINGS, F.** “The European...” op. cit. p. 50; que el de <riesgos sociales> empleado de forma generalizada por **VAN LANGENDONCK, Jef.** “La definition de l’<Assistance> et de la <Sécurité Sociale>”. RBSS Nº 1/1999.

<sup>154</sup> De acuerdo con **ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S.** Op. cit. p. 105, se trata del mecanismo típico de definición de la acción protectora de los sistemas nacionales de SS que “... *no se extiende a cualquier riesgo sino a los riesgos sociales expresamente protegidos por cada sistema de SS, si bien la delimitación de esa protección no se hace definiendo qué riesgos sociales están cubiertos sino, más simplemente, enumerando las prestaciones que el sistema otorga.*”

por sus destinatarios, características, o la propia lógica que rige las disposiciones que incluyen, conforman un sistema identificable en el marco del conjunto de normas que conforman una legislación nacional de SS. Por otro lado, será irrelevante para su inclusión en el ámbito material, que la acción protectora de los sistemas nacionales se sitúe en un régimen contributivo o no contributivo, refiriéndose a lo que en el marco del sistema español se suele denominar <niveles> o <modalidades de protección>.<sup>155</sup>

En cuarto lugar, para culminar esta visión preliminar de la perspectiva positiva del ámbito objetivo del R. 1408, hay que señalar, que el apartado 2.bis inserta expresamente en el mismo las legislaciones nacionales que regulen las que denomina <prestaciones especiales no contributivas>, en lo sucesivo PENC. Estas prestaciones de carácter mixto muy próximas o incluso enmarcables en la denominada Asistencia Social son acreedoras de normas de coordinación ad-hoc.

**Desde la perspectiva negativa** anunciada, el artículo 4 establece varias exclusiones expresas, concretamente, en sus apartados 2 ter, 3 y 4; siendo en este último donde se menciona la más sobresaliente: la <Asistencia Social>, en lo sucesivo AS, cuya distinción respecto de la SS, como pone de manifiesto la numerosa jurisprudencia, comunitaria dictada al respecto, será realmente dificultosa. A las exclusiones citadas, hay que añadir la denominada <SS complementaria> cuya coordinación respecto de ciertas contingencias mencionadas en el artículo 4.1, se realiza en el marco de una Directiva ad-hoc, que se comentará brevemente al final de este epígrafe.

Antes de desarrollar las perspectivas positiva y negativa en que se articula el esquema del ámbito objetivo descrito, conviene señalar que considerando la dificultad que entraña la identificación de las normas nacionales objeto de coordinación, el artículo 5 del R. 1408 estipula que los Estados miembros realicen una declaración enumerando las legislaciones de SS incluidas en su seno:

*“En las declaraciones notificadas y publicadas de conformidad con el artículo 97, los Estados miembros mencionarán las legislaciones y regímenes mencionados en los apartados 1 y 2 del artículo 4, las prestaciones especiales de carácter no contributivo mencionadas en el apartado 2 bis del artículo 4, las prestaciones mínimas mencionadas en el artículo 50, así como las prestaciones mencionadas en los artículos 77 y 78”.*<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> Véase el apartado 7 de la STJCE de 42-2-1987 sobre el Asunto Giletti (379/85) y el apartado 18 de la STJCE de 2-8-1993 sobre el Asunto Acciardi (C-66/92).

<sup>156</sup> La declaración realizada inicialmente por España (DOCE N° C-107 de 22-4-1987 p. 1-5), modificada, levemente, en dos ocasiones: DOCE N° C-304 de 21-11-1992 p. 1 y DOCE N° C-321 de 27-11-1993 p. 2.



Tales declaraciones no implican dejar en manos de los Estados miembros el ámbito de aplicación de la norma comunitaria, pues que no se incluya una norma nacional en tales Declaraciones no prueba su exclusión del ámbito objetivo del R. 1408. Sin embargo, si otorgan cierta certeza, pues la mención de una normativa nacional en las mismas posee efectos constitutivos respecto del Estado miembro que la realizó.<sup>157</sup> Efectivamente, la alusión a determinada normativa supone una “*prueba concluyente*,” o “*presunción iuris et de iure*”, de su inclusión en el ámbito objetivo del R. 1408, siempre considerando un “*cierto efecto negocial de la declaración, que compromete al Estado miembro*”.<sup>158</sup>

#### **IV-3-1.- Perspectiva positiva del ámbito objetivo del R. 1408.**

En el marco de la perspectiva positiva, en primer lugar, se analiza el concepto comunitario de legislación, descrito en el artículo 1.j) del R.1408. En segundo lugar, se alude al contenido de las contingencias que se enumeran en el apartado primero y el grado de conexión que deben mantener con ellas las legislaciones nacionales para ser objeto de coordinación. En tercer lugar, en el marco del apartado segundo del artículo 4, se estudia especialmente la reciente inclusión en el ámbito objetivo del R. 1408 de los regímenes especiales de funcionarios. Por último, se analizan las notas caracterizadoras de las PENC y la interpretación del TJCE respecto de su concurrencia.

##### **IV-3-1-1.- Concepto de legislación: artículo 1.j)**

De acuerdo con la STJCE de 8-3-1979 sobre el Asunto Lohmann (129/78) el término <legislación> tiene el alcance reconocido en el artículo 1.j) del R.1408:

*“El término <legislación> designa, para cada Estado miembro, las leyes, los reglamentos, las disposiciones estatutarias y cualesquiera otras medidas de aplicación, existentes o futuras, que se refieren a las ramas y regímenes de SS mencionados en los apartados 1 y 2 del artículo 4 o las prestaciones especiales de carácter no contributivo contempladas en el apartado 2 bis del artículo 4.*

*Quedan excluidas de este término las disposiciones convencionales existentes o futuras, que hayan sido o no objeto de una decisión de los poderes públicos haciéndolas*

---

<sup>157</sup>Véase la STJCE de 29-11-77 sobre el Asunto Beerens (35/77): “*El hecho de que una ley nacional o un reglamento no haya sido especificado en las declaraciones a que se refiere el artículo 5 de Reglamento no es en sí mismo una prueba de que esa ley o Reglamento no pertenezca al campo de aplicación del mencionado Reglamento; por otro lado, el hecho de que un Estado miembro mencione una ley en su declaración debe aceptarse como prueba de que las prestaciones concedidas en aplicación de esa ley son prestaciones de SS en el sentido del R.1408.*” Jurisprudencia reiterada en las STJCEs de 8-3-1979 sobre el Asunto Lohmann (129/78) o de 20-2-1997 sobre el Asunto Martínez Losada (C-88,102 y 103/95)

<sup>158</sup> **RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel.** *La Seguridad ...* op.cit. p. 144 citando los términos de “prueba concluyente” de **WATSON, Ph.** *Social Security Law of.* op.cit. p. 95 y de presunción “*iuris et de iure*” empleada por **TANTAROUDAS** *Jurisprudence.* op. cit. p. 87

*obligatorias o ampliando su campo de aplicación. No obstante, en lo que se refiere a las disposiciones convencionales:*

- i) que sirvan para establecer una obligación de seguro derivada de las leyes o reglamentos mencionados en el subpárrafo anterior, o*
- ii) que creen un régimen cuya gestión está encomendada a la misma institución que administra los regímenes instituidos por las leyes o reglamentos mencionados en el subpárrafo anterior.*

*Esta limitación podrá ser suprimida en cualquier momento mediante una declaración formulada por el Estado miembro interesado, mencionando los regímenes de esta naturaleza a los cuales es aplicable el presente Reglamento. Esta declaración, habrá de ser notificada y publicada con arreglo a las disposiciones del artículo 97.*

*Las disposiciones del subpárrafo precedente no podrán tener el efecto de sustraer del campo de aplicación del presente Reglamento los regímenes a los cuales ha sido aplicado el Reglamento N° 3.*

*El término <legislación> excluye igualmente las disposiciones por las que se rigen los regímenes especiales de trabajadores por cuenta propia, cuya creación se haya dejado a la iniciativa de los interesados o cuya aplicación se limite a una parte del territorio del Estado miembro afectado, hayan sido o no objeto de una decisión de los poderes públicos que los haga obligatorios o que extienda su campo de aplicación. Los regímenes especiales de que se trata aparecen mencionados en el Anexo II.”*

Como se ha señalado, y se deduce del tenor del apartado primero del artículo 1.j), el elemento relevante para identificar a las normas nacionales de SS incluidas en el ámbito objetivo del R. 1408, es su función y contenido, “*no el vehículo formal utilizado*”.<sup>159</sup> La forma adoptada por las legislaciones nacionales, a tenor del mencionado apartado del artículo 1.j), es poco determinante, pues siendo fuentes heterónomas es indiferente que se trate de una Ley, un Reglamento, una norma estatutaria,<sup>160</sup> o una disposición de desarrollo o aplicación de las anteriores. Junto a las anteriores, como ya se señaló, deben entenderse también integrados en el término legislación nacional los <convenios internacionales de SS> definidos en la letra k) del artículo 1 del R. 1408. Asimismo, quedan incluidas las legislaciones nacionales <existentes o futuras>, en el sentido de que se aplicarán aquéllas vigentes en cada

---

<sup>159</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. op.cit. p. 134, citando STJCE Bozzone (87/76) de 31-3-1977

<sup>160</sup> El TJCE definió el término <disposiciones estatutarias> en su STJCE de 30-6-1966 sobre el Asunto Vaasen Goebbels (61/65) donde se cuestionaba si una norma holandesa reguladora del Seguro de enfermedad de los trabajadores y de sus supervivientes, establecida y aplicada por una institución de Derecho privado podía ser considerada legislación conforme a lo dispuesto en el Reglamento n° 3, entonces vigente. El TJCE señaló que “*la mención de las <disposiciones estatutarias> pretende expresamente incluir los regímenes y ramas de la SS gestionados por instituciones distintas de las autoridades públicas y que gozan de una cierta autonomía con respecto a éstas*”. De hecho, el término legislación incluiría también a normas que pese “*haber sido adoptadas y aplicadas con arreglo a las formas y por los organismos de Derecho privado, se integran en el Régimen de SS de un Estado miembro porque están destinadas a completar las leyes y reglamentos relativos a la SS o a sustituirlos*”.

Estado miembro en el momento de proceder a la aplicación del R. 1408, pues el legislador comunitario, como mero coordinador de los sistemas nacionales, en constante evolución, no puede pretender la petrificación de los mismos.

Desde este punto formal, quedan tan sólo excluidas, en algunos supuestos, las <disposiciones convencionales>, con independencia de que posean eficacia general por ellas mismas, o hayan sido objeto de un acto administrativo, que convierta las normas de SS allí contenidas en obligatorias o extienda su campo de aplicación.<sup>161</sup> A esta exclusión formal, de las normas de protección social cuya creación y gestión se deja en manos de la negociación colectiva,<sup>162</sup> se suma, una causa material, pues en estas normas convencionales, generalmente se regula la denominada SS complementaria profesional. Este segundo pilar de los sistemas de protección social se superpone y excede del objeto de la coordinación comunitaria, limitado a las normas nacionales de la SS legal, estatutoria o de base.<sup>163</sup> No obstante, el segundo párrafo del artículo 1.j) permite la inclusión de ciertas disposiciones convencionales en el ámbito objetivo del R. 1408 a través de una declaración del Estado miembro interesado, cuando posean un contenido material y una finalidad acorde con lo establecido en sus incisos i) e ii).<sup>164</sup> A tenor de tales disposiciones, los convenios que se incluyan por esta vía deberán estar destinados: bien a imponer el aseguramiento obligatorio, reconocido en las legislaciones mencionadas en el artículo 1.j).1; o bien a crear un régimen específico de SS cuya

---

<sup>161</sup>En sentido contrario, el artículo 7.h) de <la Propuesta>, incluye en el término legislación a “todas las disposiciones convencionales que hayan sido objeto de una decisión de los poderes públicos haciéndolas obligatorias o ampliando su ámbito de aplicación”.

<sup>162</sup> Justificada en el “elemento de aleatoriedad a la existencia misma del sistema protector que resulta incompatible con la noción vigente de SS, cualquiera que sea el modelo dominante.” FERNANDEZ LOPEZ, M.F. “Ambito...” Op. cit. p. 38

<sup>163</sup> En este sentido refiriéndose, respectivamente, a los <régimes legaux> o a la <statutory social security> como objeto del R. 1408 véase PRETOT, X. “La protection sociale des travailleurs qui se déplacent a l’interieur de la Communauté”. Droit Social. N° 7/8 1989.p. 568 o PENNING, F. Introduction... op. cit. ed. 1998. P. 54. En algunos sistemas nacionales de protección social, como el holandés o francés, se han distinguido tradicionalmente tres pilares: el primero conformado por sistemas legales de base; el segundo por los sistemas complementarios convencionales profesionales; existiendo un tercer pilar constituido por la suscripción individual de un contrato de seguro o la participación en un fondo de pensiones. Véase tal distinción, en el marco del sistema holandés, en los apartados 3 a 6 de la STJCE de 12-9-2000, sobre el Asunto Pavlov y otros (C-180/98 a C-184/98)

<sup>164</sup> Además a tenor del párrafo tercero del artículo 1.j) “... no podrán tener el efecto de sustraer del campo de aplicación del presente Reglamento los regímenes a los cuales ha sido aplicado el Reglamento n° 3”, esto es, que toda declaración tendrá siempre una naturaleza expansiva respecto del ámbito material del R. N° 3/1958, que funcionaría, en este caso, como un mínimo intangible de protección.

gestión, no obstante, deberá recaer en la misma institución pública encargada de alguno de los regímenes instituidos a través de normativa heterónoma.

El Gobierno francés ha hecho uso de esta prerrogativa en dos ocasiones, en primer lugar, incluyó el Convenio Colectivo nacional que regula la contingencia de desempleo;<sup>165</sup> la segunda declaración sirvió para incluir sendos acuerdos marco AGIRC y ARRCO, destinados a complementar la cobertura de la contingencia de vejez.<sup>166</sup> Esta segunda intervención, sin duda más polémica, ha sido defendida por la doctrina basándose en las características de estos regímenes complementarios. Efectivamente, la afiliación obligatoria y la financiación a reparto de sus prestaciones les aproximaban, hasta casi asimilarlos, a los sistemas de base cuya escasa tasa de sustitución complementan y mejoran.<sup>167</sup> Así lo entendió también el legislador comunitario que fundamentó su inclusión considerando que “...*los dos niveles que constituyen el <primer pilar> de la jubilación francesa, los regímenes obligatorios de base y los regímenes obligatorios complementarios, están reunidos para la aplicación de las disposiciones del capítulo sobre vejez y muerte (pensiones) del Reglamento*”. Hay que señalar que se ha considerado que la inclusión de estos regímenes en el ámbito objetivo del R. 1408 les asimila aun más a los regímenes de base protegiéndoles o incluso inmunizándoles de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia,<sup>168</sup> pues difícilmente podrán ser considerados empresas y objeto de tal normativa.<sup>169</sup>

---

<sup>165</sup> Declaración que se encuentra recogida en el DOCE C 90, 6-4-73 y que fue sustituida por la recogida en términos similares en el DOCE L 90 de 2-4-1987. Véanse, por todas las STJCEs que aluden a esta declaración, la de 9-7-1975 sobre el Asunto D’Amico (20/75) o la STJCE de 1-10-1992 sobre el Asunto Grisvard y Dreitz (201/91). **PRETOT, X.** “La protection...” op. cit.p. 568 y 69. Sobre la regulación convencional nacional francesa de desempleo **DUPEYROUX, Jean-Jacques; PRÉTOT, Xavier.** *Sécurité sociale*. Sirey. 9ª ed. 1996 p. 199 y ss

<sup>166</sup> Para incorporar los cambios precisos al R. 1408 se aprobó el Reglamento 1386/01 de 5-6-01 (DOCE de 10-7-2001). Estos regímenes complementarios de jubilación, se regulan en sendos acuerdos el AGIRC *Association générale des institutions de retraites des cadres* destinado a los <cadre> o empleados y el ARRCO *Association des régimes et retraite complémentaires* que agrupa principalmente a los non cadres, u obreros. **DUPEYROUX, Jean-Jacques; PRÉTOT, Xavier.** *Sécurité* op. cit. p. 190.

<sup>167</sup> Precisamente, la insuficiencia de la cobertura de los sistemas de base y el carácter obligatorio de estos sistemas convencionales les atribuía un carácter sustitutivo que permitía, a la par que aconsejaba su inclusión en el ámbito objetivo del R.1408, **LYON-CAEN, G. Y LYON-CAEN, A.** *Droit Social....* Op. cit. p. 262. **CHAPERON, V. P.** “Quelques réflexions sur la situation des régimes complémentaires ARRCO et AGIRC au regard du grand marché unique européen” *Droit Social*. 1991.p. 541; **RODIERE, Pierre.** *Droit Social de l’Union Européenne*. Paris LGDJ. 1998. P.107 y **BÉGUERIE, Sophie.** *Régimes privés de retraites complémentaires: perspectives comparative et européenne*”.Paris. LGDJ. 1998.p. 574 y 507. **LAROQUE.** “Coordination et convergence des systemes de sécurité sociale des Etats membres de la CEE”. Sept-Oct/1993.P.792

Por último, hay que señalar que la letra j) in fine, excluye del término <legislación> a ciertos regímenes especiales de trabajadores autónomos, con independencia de su carácter obligatorio y sin cuestionarse tampoco si poseen una finalidad sustitutiva de la SS de base y que se mencionan en el Anexo II del R. 1408.<sup>170</sup> En efecto, quedan excluidos tales regímenes, que normalmente adolecen de una coordinación <ad intra> en el marco de los sistemas nacionales que los contienen, cuando se cumpla alguno de los dos siguientes requisitos: que su creación se haya dejado a la iniciativa de los propios interesados, o su ámbito de aplicación se limita a una parte de su territorio. Siempre con independencia <de que hayan sido o no objeto de una decisión de los poderes públicos que los haga obligatorios o que se extienda su campo de aplicación>.

#### **IV-3-1-2.- Conexión con las contingencias de SS del artículo 4.1.**

El R.1408 coordina las legislaciones de SS que mantengan una conexión directa y relevante con las contingencias mencionadas en el artículo 4.1, en concreto:

---

<sup>168</sup> En este sentido **BÉGUERIE, Sophie**. *Régimes privés...* op. cit. p. 507. Sobre la inaplicación de las normas de Derecho de la competencia, Capítulo I del Título VI del TCE, a la SS de base véanse las STJCEs de 26-3-1996 sobre el Asunto García (C-238/94); de 16-11-1995 sobre el Asunto Coreva (C-244/94); de 17-2-1993 sobre los Asuntos Poucet y Pistre (C159/91 y 160/91). Comentadas por **LAIGRE, Philippe**. “Régimes de Sécurité Sociale et entreprises d’assurance. A propos de l’arret Garcia Cour de Justice des Communautés européennes, 26 mars 1996” Droit Social N° 7-8/Juillet Aout/1996. y “L’intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale. A propos de l’arret Coreva, CJCE 16 novembre 1995” Droit Social N°1/janvier/1996; “Les organismes de Sécurité Sociale sont-ils des entreprises?” Droit Social. N°5/mai/1993. **CHASSARD, Y; VENTURINI, Patrick**. “La dimension européenne de la protection sociale” Droit Social. 1995/N° 9-10. P.777 y ss.

<sup>169</sup> Véanse los criterios empleados por el TJCE para tal calificación: STJCE de 14-12-1995 sobre el Asunto Van Schijndel (C 430/93 y 431/93) y las de 21-9-1999 sobre asuntos Brentjens (C-115/97 y C-117/97); Bokken (C-219/ 97) y Albany (C-67/96). Véanse, por todos, los comentarios de **MAVRIDIS, Prodromos**. “Régimes complémentaires: droit de la concurrence ou droit social communautaire? Quelques réflexions parfois peu conformistes. Droit Social N° 3/mars/1998; **PRETOT, Xavier**. “La Cour de justice des Communautés Européennes et les fonds de pension néerlandais. Ad augusta per angusta”. Droit Social. 2000/N° 1. Janvier. Sobre la aplicación a este tipo de regímenes del Derecho de la competencia cuando no están creados a través de negociación colectiva, véase la STJCE de 12-9-2000 sobre el Asunto Pavlov y otros (C-180/98 a C-184/98). Una crítica a la fundamentación, meramente formal, de esta STJCE **LHERNOULD, Jean-Philippe**. “Nouvelles dérives libérales de la CJCE en matière de retraite complémentaire, CJCE 12 septembre 2000”. Droit Social. N° 12/2000. P. 1115 y ss.

<sup>170</sup> En este primer Apartado del Anexo II, Alemania excluye algunos regímenes aplicables en ciertos Lander; Francia y Austria hacen referencia a ciertos sistemas complementarios mientras que en la letra D dedicada a España, modificada por el Reglamento 1290/97 (L 176 de 4-7-1997), se excluye: “1.- Los trabajadores por cuenta propia o autónomos con arreglo a la letra c) del apartado 2 del artículo 10 del texto modificado de la Ley General de sobre la SS (Real Decreto Legislativo n° 1/1994, de 20 de junio de 1994 y del artículo 3 del Decreto n° 2530/1970, de 20 de agosto de 1970, que regula el Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos que pertenezcan a un organismo profesional colegiado y que opten por la afiliación al sistema de mutualidad establecido por el organismo profesional colegiado correspondiente, en lugar de afiliarse al Régimen Especial de la SS de los trabajadores autónomos.2.- Régimen de previsión y/o con carácter de AS o de beneficencia, bajo la gestión de instituciones no sometidas a la Ley general de SS ni a la Ley de 6 de diciembre de 1941.”

enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, supervivencia, accidente de trabajo, enfermedad profesional, defunción, desempleo y familia. En este epígrafe se analiza, en primer lugar, cuáles son los elementos que el TJCE ha valorado para apreciar la conexión de una norma nacional con las contingencias mencionadas. En segundo lugar, se alude a los problemas que plantea el carácter exhaustivo de este listado y la necesidad de incluir nuevas contingencias como la prejubilación.

En primer lugar, hay que señalar que la mayoría de las contingencias enunciadas carecen de una definición comunitaria, el artículo 1 únicamente define los subsidios de defunción,<sup>171</sup> y las prestaciones familiares, discriminándolas de los subsidios familiares que se configuran en una subespecie de las anteriores:

Artículo 1.u) i) establece que: *“la expresión “prestaciones familiares” designa todas las prestaciones en especie o en metálico destinadas a compensar las cargas familiares en el marco de una legislación prevista en la letra h) del apartado 1 del artículo 4, con exclusión de los subsidios especiales por natalidad o adopción mencionados en el Anexo II”*.<sup>172</sup> Mientras que el artículo 1.u) ii), señala que: *“la expresión “subsidios familiares” designa las prestaciones periódicas en metálico concedidas exclusivamente en función del número y, en su caso, de la edad de los miembros de la familia”*.

A tenor de las definiciones transcritas las contingencias listadas en el 4.1 se deben considerar como objetivos de cobertura, a la luz de los cuáles han de contemplarse las legislaciones nacionales. Respecto de las contingencias no definidas en el R. 1408, hay que señalar que el TJCE les ha ido atribuyendo una finalidad u objetivo típico, muy general, al que deben tender las distintas prestaciones definidas las legislaciones nacionales que pretendan quedar subsumidas en esa contingencia. En este proceso el TJCE ha considerado irrelevante el <nomen iuris> atribuido por la norma nacional a la prestación que define,<sup>173</sup> debiéndose analizar en sentido contrario su contenido material y rasgos definitorios:

---

<sup>171</sup> El artículo 1.v) especifica que *“la expresión “subsidios de defunción” designa toda suma abonada de una sola vez en caso de fallecimiento, con exclusión de las prestaciones consistentes en entrega de capital que se mencionan en la letra t).*

<sup>172</sup> El legislador comunitario no ha motivado la exclusión de estos subsidios especiales de natalidad o de adopción, que a tanto alzado se otorgan con motivo del nacimiento o la adopción en Bélgica, Francia, Luxemburgo y Finlandia (legislaciones recogidas en el Anexo II). TANTAROUAS, Ch. *La protection juridique des travailleurs migrants dans la CEE*. Economica. Paris. 1976.p.100, apuntó que quizá el R. 1408 pretende mantener en el exclusivo marco territorial nacional ciertas políticas demográficas que defienden intereses exclusivamente internos. El TJCE, aludiendo a tales motivos, ha considerado válida la exclusión de unas prestaciones luxemburguesas de este tipo en los apartados 29 y ss. de la STJCE de 31-5-01 sobre el Asunto Leclere (C-43/99).

*“La distinción entre las prestaciones excluidas del R.1408 y las prestaciones en él comprendidas se basa esencialmente en los elementos constitutivos de cada prestación, en particular, sus finalidades y los requisitos para su concesión y no en el hecho de que una legislación nacional califique o no como prestación de Seguridad Social a determinada prestación”*.<sup>174</sup>

La conexión de la legislación nacional con una de las contingencias enumeradas no significa necesariamente, aunque sea lo más habitual, que la norma nacional tenga que regular una prestación reparadora o compensadora de las mismas, tan sólo se exige que su contenido tenga una vinculación directa con las legislaciones reguladoras de las prestaciones enumeradas.<sup>175</sup> Gracias a esta interpretación más laxa de la conexión exigida, el TJCE, por un lado, ha incluido en el ámbito objetivo del R. 1408 normas nacionales que describen prestaciones de SS de carácter profiláctico o preventivo, cuyo objetivo era evitar la producción misma de la contingencia. Debiéndose incluir entre estas últimas determinadas prestaciones conectadas con ciertas enfermedades, con políticas activas de empleo,<sup>176</sup> o, por ejemplo, la prestación española <por riesgo

---

<sup>173</sup> Véase la STJCE de 11-6-1998 sobre el asunto Kuusijärvi (C-275/96) donde una prestación sueca denominada <subsidio por maternidad> fue calificada como prestación familiar pues su finalidad, tal como se había establecido, previamente en la STJCE de 10-10-1996 sobre el Asunto Hoever y Zachow (C-245/94 y C-312/94), “...es permitir a uno de los padres dedicarse a la educación de un hijo de corta edad, y, más concreto, retribuir la educación dispensada a un hijo, compensar los demás gastos de custodia y educación y, en su caso, atenuar los inconvenientes económicos que implica la renuncia a unos ingresos procedentes de una actividad profesional”.

<sup>174</sup> Jurisprudencia reiterada recientemente en la STJCE de 11-7-1996 sobre el Asunto Otte (25/95), o el apartado 27 de la STJCE de 15-3-01 sobre el asunto Offermans (C-85/99). En esta última se pone de manifiesto la irrelevancia del <nomen iuris> al incluir en el ámbito objetivo del R. 1408 a ciertas disposiciones de Derecho Civil austríacas que calificó de prestaciones familiares. En efecto, estas normas obligaban al Estado austríaco a garantizar la manutención de los hijos de cónyuges separados o divorciados, subrogándose en tal obligación cuando los progenitores hubieran impagado la prestación de alimentos correspondiente. El TJCE valoró positivamente el carácter tuitivo de la normativa controvertida, que otorgaba un derecho subjetivo, no discrecional, al pago con fondos públicos de la pensión alimenticia como ayuda al sostenimiento de las cargas familiares; y que el beneficiario recibiera esta pensión alimenticia de forma definitiva, circunstancia que no era óbice para que el Estado austríaco pueda intentar recuperarla del progenitor moroso

<sup>175</sup> Inicialmente el TJCE si exigía esa conexión estricta, véase la STJCE de 1-12-1965 sobre el Asunto Dekker (33/65). Sin embargo, como señala **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. *La Seguridad...* Op. cit. p. 355, “...la existencia de la <producción de un riesgo concreto> que determina la aplicabilidad del Reglamento, iba a dar paso, en la jurisprudencia comunitaria, a la condición más laxa de la <vinculación > de la prestación de que se trate con uno de los riesgos enumerados en el artículo 4.1.”

<sup>176</sup> Véase la STJCE de 16-11-1972 sobre el asunto Heinze (14/1972) donde se incluyen en el ámbito objetivo de la coordinación una legislación alemana que ofrecía a sus beneficiarios, entre otras, medidas profilácticas tendentes a evitar la propagación de cierta enfermedad y que fue confirmada por la STJCE de 18-9-1980 sobre el asunto Marasco (818/79). Admitiendo este sentido preventivo destaca la STJCE de 4-6-1987 sobre el asunto Campana (375/85) donde se señala que: “la ayuda para la formación profesional de las personas desempleadas o de los trabajadores amenazados por el desempleo, ha de considerarse como una <prestación de desempleo> a los efectos de la letra g) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento”.



durante el embarazo>.<sup>177</sup> Por otro lado, debe señalarse que la mera exigencia de una vinculación respecto de las contingencias del artículo 4.1 permite incluir en el ámbito objetivo del R. 1408 normas nacionales de SS relativas a las relaciones jurídicas de afiliación o cotización que mantienen, respecto de las contingencias mencionadas una relación instrumental. Esta inclusión permitirá proteger los intereses del migrante mediante la aplicación del principio de igualdad de trato reconocido en el artículo 3 del R. 1408 y de las normas de conflicto contenidas en el Título II sobre determinación de Ley nacional aplicable.<sup>178</sup> En cualquier caso, como se ha reiterado en la STJCE de 15-2-2000 sobre el Asunto Comisión v. Francia (C-169/98), se exige que las disposiciones de las normas nacionales de SS mantengan una relación directa, suficientemente relevante, con las contingencias del 4.1, esto es, que el propósito de las cotizaciones controvertidas sea financiar prestaciones de SS vinculadas a las contingencias cubiertas por el R. 1408.<sup>179</sup>

En segundo lugar, como ya se ha señalado, el listado de contingencias del artículo 4.1 posee “... carácter exhaustivo y por consiguiente una rama de SS que no esté mencionada en él, no queda incluida en esta calificación, aun en el caso en que asigne a los beneficiarios una posición legalmente definida”.<sup>180</sup> El carácter taxativo del listado conecta con la propia estructura del R. 1408, pues la vinculación con una contingencia determinará, asimismo, la aplicación de uno de los capítulos específicos del Título III donde, como se señaló, se establecen disposiciones específicas de

---

<sup>177</sup> Esta prestación creada por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, está destinada a cubrir la pérdida de ganancia que supone para la trabajadora la suspensión del contrato de trabajo cuando no existe posibilidad de encontrar un puesto de trabajo compatible con su embarazo. Su coordinación debería realizarse en el marco del primer capítulo del Título III del R. 1408 relativo a enfermedad y maternidad, ya que las prestaciones por incapacidad temporal derivada de enfermedad común a las que se remite la norma nacional, se coordinan en el marco del primer riesgo mencionado. Sin embargo, no hay que olvidar que el embarazo no es una enfermedad por lo que quizás debería coordinarse con las medidas específicas destinadas a la maternidad respecto de las que tendría un carácter complementario y preventivo.

<sup>178</sup> Véanse, entre otras, aplicando el R. 1408 a normas nacionales relativas a afiliación-cotización: la STJCE de 9-6-1964 sobre el Asunto Nonnenmacher (92/63); la STJCE de 5-12-1967 sobre el Asunto Van der Vecht (19/67); la STJCE de 1-3-1973 sobre el asunto Bentzinger (73/72); la dictada el 24-6-1975 sobre el Asunto Foot-Ball Club d'Andlau (8/75); 5-5-1977 sobre el asunto Perenboom (102/76) y más recientemente la STJCE de 29-6-1994 sobre el Asunto Aldewereld (C- 60/93), de 26-1-1999 sobre el Asunto Terhoeve (C-18/95), de 10-2-00 sobre el Asunto Fitzwilliam (C-202/97); de 9-11-00 sobre el Asunto Plum (C-404/98) y de 19-3-02 sobre el Asunto Hervein y Hervillier (C-393 y C-394/99).

<sup>179</sup> Deben mantener una “relación directa y relevante con las leyes que regulan las ramas de SS enumeradas en el artículo 4 del Reglamento n° 1408/71”. En este sentido, previamente véanse los apartados 22 y siguientes de la STJCE de 18-5-1995 sobre el Asunto Rheinhold & Mahla (C-327/92).



coordinación que conectan con las características de la contingencia o contingencias concretas que regulan. No se trata de una cuestión baladí pues, las normas de coordinación establecidas en cada capítulo, salvo remisión expresa, sólo son aplicables al tipo de contingencia que regula y no se puede acudir a ellas respecto de una diferente.<sup>181</sup> Asimismo, como se verá, la conexión con una determinada contingencia también tiene consecuencias respecto de la conservación de los derechos adquiridos, ya que no todas las prestaciones son exportables; ni las condiciones en que la exportación se desarrolla, tampoco resulta coincidente para todas las contingencias.<sup>182</sup> Por los motivos expuestos resulta sorprendente que <la Propuesta>, sin modificar la estructura del Título III, elimine el carácter exhaustivo del listado, porque si bien es cierto que facilitaría la inclusión en el ámbito objetivo de la coordinación de aquéllas legislaciones nacionales que cubren contingencias novedosas, persiste la duda de cual sería la normativa de coordinación específica que deba aplicarse.<sup>183</sup> Este problema tampoco se solventa con la propuesta de algunos autores que abogan por el abandono del listado de contingencias del 4.1 y la adopción, en su lugar, de una definición comunitaria de SS, que no encaja especialmente bien en el contexto de la coordinación.<sup>184</sup>

---

<sup>180</sup> Por todas, apartados 12 a 14 de las STJCEs dictadas el 27-3-1985 sobre el Asunto Hoeckx (249/83) o, más recientemente, apartado 20 de la STJCE de 5-3-1998 sobre el Asunto Molenaar (C-160/96).

<sup>181</sup> En este último sentido se pronunció el TJCE en la STJCE de 20-2-1997, sobre asuntos acumulados Martínez Losada (C-88/95, 102/95 y 103/95) calificando de prestación por desempleo, a los efectos del R. 1408, el subsidio para mayores de 52 años, realizándose su coordinación en el marco exclusivo del Capítulo VI del R. 1408. Motivo por el cual no se podía aplicar el artículo 48 del Reglamento situado en el Capítulo III del Título III, disposición que eximía del pago de prestaciones a aquéllas instituciones nacionales donde el interesado hubiera estado asegurado por un período inferior al año.

<sup>182</sup> Sobre la importancia de tal encuadramiento respecto de la exportación de prestaciones véase la STJCE de 6-7-00 sobre el Asunto Movrin (C-73/99) donde se analiza la naturaleza de un subsidio alemán que se concedía a los beneficiarios de pensiones de jubilación con el fin de contribuir al pago de las cotizaciones del seguro de enfermedad. El TJCE concluyó que se trataba de una prestación en metálico de vejez, basándose en el dato decisivo de que *“dichos pagos se efectúan en beneficio del titular de la pensión y tienen por efecto aumentar la cuantía de su pensión con el fin de compensar la carga que para él constituye el pago de cotizaciones”*. Tal calificación suponía que en virtud del artículo 10.1 del R.1408 se podía proceder su exportación al Estado miembro donde el pensionista residía y a favor de cuya institución de SS pagaba cotizaciones respecto de su seguro de enfermedad.

<sup>183</sup> La Propuesta de simplificación del R.1408 documento COM (1998) 779/final/3, que señala respecto del ámbito objetivo de aplicación que *“el presente Reglamento se aplicará a todas las legislaciones de SS relacionadas principalmente con...”*. En la p. 4 de la Exposición de motivos de la Propuesta destaca que: *“la lista no es exhaustiva y las disposiciones comunitarias pueden aplicarse a nuevas formas de prestaciones que puedan aparecer”*. Esta nueva redacción plantea dudas, por ejemplo, respecto de los subsidios por defunción, que no aparecen en el listado de contingencias de la Propuesta y carece en el marco del Título III de capítulo de coordinación ad-hoc, aunque es indudable que están incluidos en el ámbito objetivo de la coordinación.

La doctrina, ante la imposibilidad de incluir en el ámbito de aplicación del R. 1408 prestaciones asociadas a contingencias distintas a las listadas en el artículo 4.1, calificó esta enumeración exhaustiva de rígida y obsoleta.<sup>185</sup> Entre los numerosos problemas de encuadramiento destacó el relativo a una nueva prestación alemana de <dependencia de larga duración>, cuya coordinación difícilmente podía conectarse con una única contingencia de las enumeradas en el artículo 4.1. Esta prestación estaba destinada a cubrir a aquellas personas de edades muy avanzadas que precisasen de la constante atención de otras personas para llevar a cabo los actos esenciales de la vida. El reconocimiento del derecho a esta prestación, en ocasiones, supeditado a un cierto período de carencia, daba lugar a distintos tipos de cobertura que favorecían la prevención y la readaptación del interesado en el seno de su propio domicilio y evitaban la desvinculación con su entorno. Podría entenderse que se trataba de una nueva contingencia, asumida por la SS, como consecuencia de la disgregación de la actual estructura familiar y la integración de las mujeres en el mercado de trabajo.<sup>186</sup> De hecho, el sistema alemán creó una quinta rama de seguro obligatorio denominado “*seguro social alemán de asistencia en caso de necesidad de cuidados especiales*”, financiado por cotizaciones de los trabajadores y bajo la gestión del órgano encargado del seguro de enfermedad.<sup>187</sup> En el ámbito comunitario de la coordinación el TJCE las calificó de

---

<sup>184</sup> PENNINGS, F. “The European...” op. cit. p. 50, propone definir el término SS, a los efectos de la coordinación. No obstante, coincido con el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre los “*Resultados de la tercera fase del SLIM*” p.13 donde se rechaza utilizar una definición de SS para describir el ámbito objetivo del R. 1408 en el marco de la coordinación.

<sup>185</sup> VAN LANGENDONCK, J. “La definition ...” op. cit. P. 45 y 48 señala que tal enumeración “...*parece completamente obsoleta. Reenvía a los seguros sociales que eran una fase preliminar en la evolución de la SS contemporánea. Un cierto número de estos <riesgos sociales> lleva todavía el sello de problemas sociales típicos del siglo XIX: accidentes de trabajo, la viudedad o la orfandad. No se adaptan a los problemas sociales actuales, que recaen más sobre la pobreza (relativa o absoluta), la discriminación, la exclusión social, el empleo y la integración social*”. De hecho, como señala este autor, Holanda eliminó el accidente y la enfermedad profesional y Dinamarca las pensiones de viudedad considerando que estas contingencias carecían de sustantividad propia.

<sup>186</sup> Este tipo de prestaciones comienzan a surgir en los distintos Estados miembros como pone de manifiesto EUROPEAN COMMISSION (MISSOC). *Long-Term Care*. OPOCE. Luxembourg. 2000. Véase sobre las características de estas prestaciones SCHULTE, B. “Old Age and dependency”./en/ VV.AA. *The New Social Risks*. EISS Yearbook. 1996. Kluwer Law. London. 1997. . 176 y ss; 194 y ss. GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDÁ, C. “El Derecho Europeo y la Seguridad Social de las personas de edad” /en/ VV.AA. MARIÑO MENENDEZ, F.M. (coord). *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*”. MTAS. Madrid. 2001. P. 537 y ss. SCHEIL-ADLUNG, Xenia. “Seguridad Social para las personas dependientes en Alemania y otros países: entre la tradición y la innovación”. *Revista Internacional de SS*. Vol 48, 1/95. P.21 y ss

<sup>187</sup> A tenor de los apartados 5 y ss. de la STJCE de 5-3-1998 sobre el Asunto Molenaar (C-160/96), tal seguro daba lugar: “*a prestaciones destinadas a cubrir los gastos ocasionados por los cuidados prestados a domicilio por terceras personas. Estas prestaciones, denominadas <cuidados a domicilio>*

prestaciones de enfermedad en metálico, considerando que “...*están destinadas a completar las prestaciones del seguro de enfermedad, al que, por otra parte, están vinculadas desde el punto de vista de la organización, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales*”.<sup>188</sup>

Junto a estos casos de difícil encuadramiento existen supuestos donde la conexión con las contingencias listadas exhaustivamente en el artículo 4.1 resulta imposible, como sucede, por ejemplo, con las prestaciones nacionales destinadas a la cobertura de la contingencia de prejubilación. Pues, aunque, en ocasiones, se han incluido en el ámbito objetivo de la coordinación forzando su vinculación con otras contingencias limítrofes como las de vejez o desempleo; se trata de una distinta, como reiteran la doctrina y el propio TJCE.<sup>189</sup> En efecto, el artículo 4.1 no incluye esta contingencia que persigue “... *un objetivo relacionado con la política de empleo, en tanto en cuanto contribuyen a liberar empleos ocupados por trabajadores próximos a la edad de vejez en beneficio de personas más jóvenes desempleadas*”.<sup>190</sup> Con el fin de eliminar los perjuicios que para los migrantes se derivan de la ausencia de coordinación de la prejubilación,<sup>191</sup> la Comisión ha apoyado su inclusión en múltiples ocasiones,<sup>192</sup> la

---

*cuya cuantía depende del grado de necesidad de la persona de que se trate, pueden proporcionarse, a elección del asegurado, bien en forma de cuidados dispensados por organismos autorizados, bien en forma de un subsidio mensual, denominado <subsidio por cuidados>, que permite al beneficiario elegir la forma de ayuda que considere más adecuada a su situación. El seguro de asistencia da derecho, además a la asunción de los gastos ocasionados por los cuidados dispensados al asegurado en centros de acogida o en establecimientos de asistencia, a prestaciones destinadas a suplir la ausencia por vacaciones del tercero que se ocupe habitualmente del asegurado, a prestaciones e indemnizaciones que cubren diversos gastos ocasionados por el estado de necesidad de la persona, como la compra y la instalación de equipamiento especializado o la realización de obras de reforma del domicilio. Por último, en determinadas circunstancias el seguro de asistencia se hace cargo pago de cotizaciones del seguro de vejez e invalidez y del seguro de accidentes del tercero que asista a la persona asegurada”.*

<sup>188</sup> Véanse apartados 35 y 36 de la STJCE de 5-3-1998 sobre el asunto Molenaar (C-160/96.) Véase sobre las posibilidades barajadas por la doctrina alemana que también se inclinó por calificarla de prestación de enfermedad **SCHULTE, B.** “Old Age...” op. cit. p.194 y ss; señalando tal disyuntiva, véase también, **CORNELISSEN, Rob.** “La evolución futura de la SS de los trabajadores migrantes”. /en/ **VV.AA. La SSde los migrantes.** op. cit. p.226 y ss

<sup>189</sup> Por todos, **VAN RAEPENBUSCH, Sean.** *La Seguridad...* Op. cit. p. 365. Conectando prestaciones de prejubilación con la contingencia de vejez véase el Reglamento (CE) N° 1386/2001 (DOCE 10-7-01) que modifica el Anexo VI del R. 1408, estableciendo en su letra <K: Austria> que se califique como <pensión de vejez>, a los efectos de la coordinación, una prestación austríaca rayana con la prejubilación. Conectando con la contingencia de desempleo el subsidio para mayores de 52 años, prestación española, denominada <subsidio de prejubilación> por **LOPEZ CUMBRE, L.** *La prejubilación.* Civitas, UAM. Madrid.1998. p.267 y ss, véanse, la STJCE de 20-2-1997 sobre Asuntos acumulados Martínez Losada y otros (C-88/95, C-102/95 y C-103/95) y la de 25-2-1999 sobre el asunto Ferreiro Alvite (C-320/95).

<sup>190</sup> Apartado 17 de la STJCE de 5-7-1983 sobre el Asunto Valentini (171/82), en este mismo sentido, más recientemente la STJCE de 11-7-1996 sobre el Asunto Otte (C-25/95).

más reciente en el artículo 7.s) de <la Propuesta>, donde se define el objetivo y las características de las prestaciones nacionales vinculadas a esta contingencia.<sup>193</sup>

#### **IV-3-1-3.- Regímenes coordinados de acuerdo con el artículo 4.2**

Como se señaló, el apartado segundo del artículo 4 estipula que para la inclusión de una norma nacional en el ámbito objetivo del R. 1408 resulta indiferente que sus disposiciones pertenezcan a un Régimen general o especial; que regule prestaciones contributivas o no contributivas; siendo también irrelevante que imponga ciertas obligaciones de SS para empresarios o armadores.

Respecto del primer binomio, <general-especiales>, hay que señalar que esta clasificación atiende a la actividad profesional que desarrollan sus destinatarios,<sup>194</sup> siendo <especiales> los regímenes donde se establecen normas específicas para colectivos distintos de los trabajadores por cuenta ajena beneficiarios por antonomasia del denominado <régimen general>.<sup>195</sup> La norma de coordinación sólo califica expresamente de especiales a ciertos regímenes, a los que destina disposiciones ad-hoc: los relativos a los estudiantes (artículo 1.c bis), a los trabajadores por cuenta propia, (artículo 1.j.in fine) y funcionarios (artículo 1.j.bis). Estos últimos fueron incluidos en el ámbito objetivo del R. 1408 por el R. 1606/98 que hasta su entrada en vigor el 25-10-98

---

<sup>191</sup> Esta exclusión, en primer lugar, como ponen de manifiesto las STJCEs de 16-1-1992 sobre el Asunto Comisión v. Francia (57/90) y la de 6-2-1992 sobre el Asunto Comisión v. Bélgica (253/90) supuso su inexportabilidad, y la imposibilidad de prevalerse de la totalización para su reconocimiento. En segundo lugar, a tenor de la citada STJCE Otte (C-25/95) tampoco se benefician de los límites que el R. 1408 establece respecto de la aplicación de las normas nacionales anticúmulo. Por último, como puso de manifiesto el Abogado General en el apartado 4 en sus Conclusiones sobre el asunto Comisión c. Países Bajos (198/90) sobre el que recayó STJCE el 28-11-199, el R. 1408 no contempla que los beneficiarios de estas prestaciones puedan recibir, con base en el R. 1408, prestaciones familiares por hijo a cargo.

<sup>192</sup> Véase sobre sendas propuestas rechazadas, (la de 18-6-80 (DOCE de 9 de julio y la contenida en el Documento COM (95) 735 final de 10-1-1996 (DOCE de 1 de marzo) **GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, Carlos**. “Las nuevas propuestas de la Comisión para modificar el Reglamento 1408/71. Prestaciones de desempleo y de prejubilación” Noticias de la Unión Europea. Nº157/Febrero 1998. Número especial sobre SS comunitaria (I).

<sup>193</sup> *“Todas las prestaciones en metálico, distintas de una prestación anticipada de vejez, servidas a partir de una edad determinada, a un trabajador desempleado, hasta la edad en que pueda acogerse a la pensión de vejez o a la pensión de vejez anticipada no reducida, y cuyo disfrute no esté supeditado a la condición de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado competente; una prestación anticipada de vejez designa una prestación servida antes de la edad normal de la pensión y que o bien continúa siendo servida una vez que se ha alcanzado esta edad o bien es sustituida por otra prestación de vejez”.*

<sup>194</sup> Siguiendo este criterio, sector de la economía o profesiones de los destinatarios, el TJCE distingue en el apartado 5 de la STJCE de 21-09-99 sobre el Asunto Albany (C-67/96) distintos regímenes en el marco del segundo pilar del sistema de SS holandés.

<sup>195</sup> Apartado 27 de la STJCE de 22-11-1995 sobre el Asunto Vougioukas (C-443/93).

del Reglamento 1606/98 estaban excluidos expresamente por el artículo 4.4 del R. 1408. Este cambio normativo fue propiciado por la STJCE Vougioukas, donde se señaló que tal exclusión no conectaba necesariamente con los límites que a la libre circulación establece el artículo 39.4 TCE respecto de ciertos empleos en la Administración Pública.<sup>196</sup> El Reglamento 1606/98 impidió que muchos funcionarios públicos que tenían derecho a la libre circulación, lo tuvieran coartado <de facto>, a causa de su exclusión del ámbito de aplicación del R.1408, por estar sometidos a un régimen especial de SS para funcionarios. Los cuales se definirían en el artículo 1.j.bis, en el mismo sentido que en el apartado 27 de la citada STJCE como:

*“...cualquier régimen de SS que sea diferente del régimen general de la SS aplicable a los trabajadores por cuenta ajena en los Estados miembros de que se trate, y al cual todos los funcionarios o personal asimilado, o alguna de sus categorías, estén directamente sujetos”.*

Su exclusión del ámbito de aplicación del R. 1408 se había fundamentado en la ausencia de sistemas de armonización interna en los sistemas nacionales, el limitado ámbito de aplicación de estos regímenes, sus peculiares estructuras presupuestarias o, incluso, en sus generosos sistemas de protección vinculados exclusivamente a largos períodos de servicio.<sup>197</sup> Algunos de estos motivos han justificado, no obstante, que actualmente los funcionarios sometidos a ciertos regímenes nacionales no queden todavía totalmente asimilados a los trabajadores por cuenta ajena y sean destinatarios de normas de coordinación ad-hoc.<sup>198</sup> Exceptuándose, en ocasiones, incluso la aplicación de una técnica tan básica de coordinación como es la totalización.<sup>199</sup>

---

<sup>196</sup> Mientras el artículo 39.4 TCE permite la reserva de determinados puestos de la función pública a los nacionales de ese Estado cuando los mismos impliquen el ejercicio del poder público o la salvaguardia del interés general; el artículo 4.4, del R. 1408 excluía, con carácter general, a los regímenes especiales de los funcionarios o del personal asimilado del ámbito objetivo de la coordinación. Véase sobre el artículo 39.4 TCE **GOMEZ MUÑOZ, José Manuel**. *Libre circulación de trabajadores en el empleo público: adecuación comunitaria del ordenamiento español*. CES. Madrid. 1996. P. 157-264.

<sup>197</sup> Existen grandes diferencias, pues hay sistemas nacionales de SS que carecen de este tipo de regímenes especiales, como los de Finlandia, Suecia, Liechtenstein o Reino Unido; mientras que los de Francia, Alemania o Luxemburgo poseen unos regímenes especiales que otorgan en materia de pensiones una protección específica y especialmente generosa a sus afiliados; careciendo de sistemas de cómputo recíproco que les conecten con el Régimen General. Sobre estas diferencias **VIVES Marta**. “Las limitaciones del campo de aplicación personal del Reglamento (CE) 1408/71: estudiantes, funcionarios y personas no activas.” /en/ VV.AA. *La SS de los migrantes...* op. cit. p.186 y ss.

<sup>198</sup> Así por ejemplo, en el Anexo VI.D del R.1408 relativo a España, el Reglamento 1606/98 incluyó un nuevo apartado séptimo donde se exceptiona de la coordinación a las “... prestaciones en especie de, las secciones 2 a 7 del capítulo 1 del Título III (enfermedad) no serán aplicables a los beneficiarios del régimen especial de los funcionarios civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de la Administración de Justicia que estén cubiertos por el mutualismo administrativo español”. En otras palabras, a las

Respecto del segundo binomio formado por regímenes <contributivos-no contributivos>, en el ámbito comunitario de la coordinación, hay que señalar que su distinción se ha basado exclusivamente en la fuente empleada para la financiación de la acción protectora de los sistemas nacionales, calificándose de contributiva la conectada con el pago previo de cotizaciones.<sup>200</sup> Hay que reconocer que el criterio comunitario empleado para su diferenciación resulta excesivamente simplista, ya que obvia otras características definitorias de estos términos empleados en el marco de los Derechos nacionales.<sup>201</sup> Aunque tal distinción resulta irrelevante para la inclusión de una norma nacional en el ámbito objetivo de la coordinación; hay que recordar, no obstante, que el carácter no contributivo resulta definitorio de las PENC reguladas en el artículo 4.2.bis.

En tercer lugar, el artículo 4.2 in fine señala que podrán incluirse en el ámbito objetivo del R. 1408 las legislaciones nacionales que impongan a empresarios o armadores ciertas obligaciones en materia de SS.<sup>202</sup> En efecto, junto a ciertas obligaciones relativas a afiliación-cotización, en algunos sistemas nacionales se

---

personas incluidas en los regímenes especiales de funcionarios españoles no se les aplican las normas del R. 1408 sobre prestaciones de enfermedad en especie, pues según la Administración española en caso de traslado intracomunitario, este colectivo goza de un seguro médico privado de carácter internacional.

<sup>199</sup> Como sucedía en la propia STJCE Vougioukas y ponen de manifiesto los considerandos 8º y 9º de la Exposición de motivos del R. 1606, la totalización en ciertos sistemas queda supeditada a la existencia de mecanismos internos de cómputo recíproco. **NUÑO RUBIO, José Luis**. "La ampliación del campo de aplicación del R.1408 a los funcionarios públicos y personal asimilado". NUE. Feb/1998. p. 23 y ss.

<sup>200</sup> Como se señala en la página 4 de la Exposición de motivos de la Propuesta tales términos conectan con "*el hecho de que (las prestaciones) estén financiadas por cotizaciones u otros medios.*" En este mismo sentido, véase **RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel**. "Pensiones no contributivas y SS". Relaciones Laborales. nº 16/1988 y **VERSCHUEREN, Herwig**. "Financing Social Security..." op. cit. p. 9, basándose en la STJCE de 15-2-2000 sobre el Asunto Comisión v. Francia (C-34/98 y C-169/98) donde se reitera que "*el factor decisivo para determinar si una prestación es contributiva es la cuestión de si está financiada por una cotización directa y específicamente diferenciable. Existen muchas maneras por las que esta cotización puede ser recaudada incluidas ciertas categorías de cotizaciones o impuestos introducidos en las normas nacionales.*"

<sup>201</sup> Como es sabido, normalmente para el reconocimiento del derecho a este tipo de prestaciones no contributivas no se precisa que el beneficiario haya desarrollado previamente una relación de afiliación cotización; siendo la cuantía de la prestación uniforme e independiente de los ingresos previos que hubiera percibido el beneficiario, en su caso, como trabajador. Hay que señalar que, habitualmente, dicho reconocimiento se supedita a la constatación de un estado de necesidad mediante un control de los recursos del potencial beneficiario. Mencionando estas notas **GONZALO GONZALEZ, Bernardo**. "Las pensiones no contributivas en Europa". Documentación Laboral. Nº 27/ Vol IV 1988 y Nº 28/Vol I 1989. **SANCHEZ RODAS, C.** *La aplicación...* op. cit. P.97 y ss

<sup>202</sup> En palabras de <la Propuesta>, respecto de la inclusión de una norma nacional en el ámbito objetivo del R. 1408, resulta irrelevante el hecho de que en ellas se establezca que determinadas prestaciones "*las abonen los empleadores, las instituciones de SS o la administración pública*". Esta obligación empresarial concurre en los sistemas nacionales español, holandés y alemán respecto del inicio del abono de la prestación de incapacidad temporal. La inclusión en el ámbito objetivo del R. 1408 de tal normativa alemana fue ratificada en la STJCE de 3-6-1992 sobre los asuntos Paletta y otros (C-90/91 y 91/91).

establece que los empresarios ocupen el papel de la Administración de SS, abonando durante ciertos períodos de tiempo determinadas prestaciones. Hay que señalar que respecto de la coordinación de las legislaciones de SS que establecen obligaciones para el armador el artículo 4.3 realiza una matización, señalando que “... *las disposiciones del Título III no afectarán a las disposiciones de la legislación de los Estados miembros relativas a las obligaciones del armador*”. Efectivamente, estas legislaciones no se coordinarán respecto del reconocimiento y cálculo de prestaciones, materia regulada en el Título III del R. 1408, aunque si son objeto del Título II y donde se establecen normas de conflicto ad-hoc para la determinación de la ley aplicable a algunos de estos colectivos, sin olvidar disposiciones generales del Título I, tan importantes, como el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

#### **IV-3-1-4.- Las prestaciones especiales no contributivas**

Como se ha señalado, el Reglamento N° 1247/92 (DOCE L 136 de 30-4-1992) introdujo el apartado 2 bis del artículo 4, poniendo fin a la polémica desatada por la resistencia de algunos Estados miembros a exportar determinadas prestaciones que consideraban de AS y que, no obstante, habían sido calificadas, reiteradamente, por el TJCE como prestaciones de SS no contributivas plenamente exportables.<sup>203</sup> El legislador comunitario incluyó a las PENC en el ámbito objetivo del R. 1408, prohibiendo simultáneamente, en virtud del nuevo artículo 10 bis, su exportación cuando fuesen mencionadas en el Anexo II bis del R. 1408. La inclusión de prestaciones en ese Anexo se produjo de forma tan masiva, que se podría afirmar que prácticamente dejaron de existir en las legislaciones nacionales de SS coordinadas prestaciones no contributivas comunes y exportables.<sup>204</sup> El TJCE consideró conforme al Derecho

---

<sup>203</sup> En la STJCE de 9-10-1974 sobre el Asunto Biason (24/74) el TJCE señaló que el artículo 10 del R.1408 obligaba a exportar el subsidio del Fondo Nacional de Solidaridad francés que complementaba una pensión de invalidez. La resistencia del sistema francés a tal exportación dio lugar a la propuesta de Reglamento COM (85) 396 final (DOCE 1985 C-240, p.6), que tras una compleja tramitación, jalonada de pronunciamientos a favor de la exportabilidad de estas prestaciones como el de 12-7-1990 sobre el Asunto Francia/Comisión o el de 20-6-1991 sobre el Asunto Newton (356/90), daría lugar a la aprobación del Reglamento 1247/92. Sobre este proceso **VOIRIN Michel**, “El futuro de la SS de los Trabajadores migrantes a nivel europeo” /en/ **VV.AA. La Seguridad...**op. cit. p. 64. **VERSCHUEREN, H.** “Les prestations spéciales à caractère non contributif et le règlement communautaires 1408/71”. Droit Social. Nov./1995. Más ampliamente **SANCHEZ RODAS, Cristina.** “La libre circulación de personas. Restricciones. Las prestaciones no contributivas. Limitaciones a su exportabilidad” /en/ **VV.AA. La Seguridad...**op. cit.. p. 169; o en su monografía *La aplicación del...*op. cit.p.30.

<sup>204</sup> **GARCIA DE CORTAZAR, Carlos.** “Análisis de la jurisprudencia del TJCE. Incidencia de los fallos jurisdiccionales en la evolución del R.1408. Cuestiones pendientes” /en/ **VV.AA La SS de los migrantes...**op. cit. p.135, en virtud del R. 1247/92, alrededor de 60 prestaciones nacionales no

comunitario esta excepción al principio básico de exportación de prestaciones, que debía ser objeto de una interpretación restrictiva; admitiéndose, sin embargo, que la mera inclusión en el Anexo II bis permitía afirmar que se trataba de una PENC.<sup>205</sup> Afirmación esta última que ha sido cuestionada por la STJCE de 8-3-01 sobre el Asunto Jauch (C-215/99), donde se señaló que la inclusión de una prestación en los listados del Anexo II bis no bastaba para su calificación como PENC.<sup>206</sup> En efecto, cualquier prestación debía ser calificada de no contributiva y especial, a tenor del artículo 4.2 bis, para que su inclusión en el Anexo II bis generase los efectos jurídicos prescritos en el artículo 10 bis. En otras palabras, la inclusión de una prestación en dicho Anexo se configura tan sólo en una presunción, desvirtuable mediante el análisis de la naturaleza de la prestación controvertida, pues si se demuestra que no es especial o no contributiva, se convertirá en exportable. De hecho, la Comisión está procediendo a la revisión del Anexo II bis a la luz de la mencionada jurisprudencia.

Consciente de la oscuridad de las pautas establecidas en el artículo 4.2. bis la CASSTM realizó una interpretación de las mismas en su Resolución de 29-6-2000, *“relativa a los criterios de inclusión de determinadas prestaciones como PENC en (...) el anexo II bis del R. 1408”*. En primer lugar, respecto al carácter no contributivo esta resolución reiteraría que en el ámbito comunitario de la coordinación se entiende que concurre cuando la financiación de la prestación se lleva a cabo mediante impuestos, en sentido contrario si existe una vinculación con cotizaciones, aunque sea indirecta, estas prestaciones serán calificadas como contributivas.<sup>207</sup>

---

contributivas fueron incluidas en el Anexo II bis y calificadas, a priori, como PENC inexportables. En igual sentido **CRISTOFANELLI BROGLIO RAINALDI, L. Y GRILLI, C.** *Libera...* op. cit. p. 99.

<sup>205</sup> Véanse los apartados 30 y 41 de la STJCE de 4-11-1997 de la STJCE Snares (C-20/96), comentada por **LHERNOULD, Jean –Philippe**. “L’exportation des prestations sociales de subsistance dans l’Union Européenne: l’apport des arrêts Snares et Meints”. RBSS. N°4/1998. P.797-802. Jurisprudencia confirmada en los apartados 31 y 33 de la STJCE de 11-6-1998 sobre el asunto Partridge (C-297/96) y el apartado 24 de la STJCE de 25-2-1999 sobre el asunto Swaddling (C-90/97). Muy claramente, véanse también: el punto 11 de las Conclusiones sobre el Asunto Swaddling y en el punto 56 de las relativas al Asunto Snares.

<sup>206</sup> En el apartado 21 de la STJCE Jauch (C-215/99), el TJCE señaló que: *“el artículo 10 bis sólo puede referirse a las prestaciones que reúnen los requisitos fijados en el artículo 4, apartado 2 bis, del R. 1408, a saber, las prestaciones que presentan simultáneamente un carácter especial y no contributivo y que están mencionadas en el Anexo II bis de dicho Reglamento.”* De manera que una prestación austríaca denominada <asignación de asistencia>, incluida en el Anexo II bis, al no ser ni especial ni contributiva debía considerarse exportable. En el mismo sentido véase el apartado 35 de la STJCE de 31-5-01 sobre el asunto Leclere (C-43/99) que invalidó, la inclusión en el citado Anexo II Bis de un subsidio de maternidad luxemburgués que no se consideró PENC, resultando por tanto inaplicable el régimen excepcional de artículo 10 bis, siendo la prestación exportable.



En segundo lugar, respecto del carácter especial de estas prestaciones, hay que señalar, a tenor del artículo 4.2 bis que radica en dos requisitos acumulativos: que su regulación se realice en un determinado tipo de normativa y que tenga un determinado objetivo protector. Para el cumplimiento de ambos requisitos el legislador comunitario daba dos opciones, respecto del primero su regulación podía enmarcarse en una legislación o en un régimen “*distinto de los mencionados en el apartado 1*” o bien de los “*que están excluidos en virtud del apartado 4.*” Respecto del segundo requisito estas prestaciones debían estar destinadas, exclusivamente, a uno de estos dos objetivos: “*a) bien a cubrir con carácter supletorio, complementario o accesorio, las contingencias correspondientes a las ramas contempladas en las letras a) a h) del apartado 1. b) bien a asegurar únicamente la protección específica de los minusválidos.*”

Respecto del primer requisito, se puede entender que el legislador pretende que las PENC se regulen o bien en una legislación de SS distinta a las utilizadas para establecer las prestaciones sobre las contingencias mencionadas en el artículo 4.1; o bien en una legislación excluida del ámbito objetivo del R. 1408 en virtud del artículo 4.4, relativo básicamente la Asistencia Social. La primera de estas posibilidades se ha interpretado en el sentido de que se trataría de “*legislaciones y regímenes no estrictamente vinculados a los <típicos riesgos> de la SS*”.<sup>208</sup> No obstante, hay que señalar que tal interpretación no parece compatible con los objetivos de cobertura que estas PECN deben simultáneamente perseguir. Parece contradictorio que una norma distinta de las destinadas a la cobertura de las contingencias del artículo 4.1, cubra simultáneamente, de forma supletoria, complementaria o accesorio, las contingencias mencionadas en dicho apartado. En efecto, ambos requisitos no parecen complementarios, de manera que su exigencia concomitante dota a la definición de las

---

<sup>207</sup> En este sentido en el punto 4º de dicha Resolución de la CASSTM se señala que: “*la determinación del <carácter no contributivo> de una prestación se basará fundamentalmente en los siguientes criterios: a) la financiación de la prestación deberá considerarse un factor decisivo; el régimen, que podrá ser de carácter especial o general, deberá estar financiado únicamente mediante impuestos destinados a sufragar gastos públicos generales o impuestos que tengan por objeto financiar la SS. b) El hecho de que una prestación sea financiada exclusivamente mediante las cotizaciones del empresario no implica que ésta tenga carácter no contributivo desde el punto de vista de los trabajadores que vayan a percibirla.*” Así se confirma en el análisis realizado en los apartados 29 a 36 de la STJCE de 8-3-01 sobre el Asunto Jauch (C-215/99) en esta STJCE al existir tal vinculación indirecta la prestación se califica de contributiva. **KESSLER, Francis.** “L’exportation de prestations non contributives de Sécurité Sociale: du nouveau CJCE 8 mars 2001, Jauch, aff, C-215/99” Droit Social. N° 7/8 2001 p. 753 y ss

<sup>208</sup> Véase **SANCHEZ RODAS, Cristina.** *La aplicación...* op.cit. p. 128, que alude a la posibilidad de eludir el carácter exhaustivo del listado de contingencias del artículo 4.1 e incluir por esta vía prestaciones como el “*... <subsidio de vivienda> en Alemania, el <subsidio compensatorio de carestía de la vida> en Luxemburgo, la <asignación para casos de asistencia a un centro escolar especial> en Portugal...*”

PENC de un carácter claramente disfuncional. La segunda posibilidad que apunta el artículo 4.2 bis es bien llamativa, pues supone la inclusión expresa en el ámbito objetivo de la coordinación, de aquellas normas nacionales de AS que regulen estas PENC calificadas como <prestaciones mixtas>,<sup>209</sup> al poseer una naturaleza indefinida, situada en una zona de intersección entre la SS no contributiva y la asistencialidad.<sup>210</sup>

La Resolución de la CASSTM, respecto de esta primera parte de la definición de las PENC, conjugando ambas posibilidades y apartándose del tenor literal de la norma, ha señalado que la “*determinación del carácter <especial> de una prestación se basará fundamentalmente, en los siguientes criterios acumulativos:*

*“a) La prestación revestirá las características propias de las prestaciones especiales de SS de <tipo mixto>, en el sentido de que conceda al beneficiario un derecho a prestación definido jurídicamente que sea característico de una prestación de SS pero que se presente, asimismo, rasgos de asistencia social, en el sentido de que se tienen en cuenta las necesidades concretas de otro tipo de la persona.*

*b) Las características de esta categoría de prestación estarán estrechamente vinculadas a algún contexto socioeconómico concreto del Estado miembro de residencia del beneficiario.*

*c) Cuando no se disponga de medios económicos suficientes, la prestación deberá tener por objeto conceder una ayuda.*

*d) Su concesión podrá someterse a un examen de los ingresos de que se disponga, aun cuando, dado su carácter general, no será siempre necesario examinar las circunstancias específicas de cada caso concreto. El examen de ingresos es un criterio importante, aunque no esencial, en el que pueden tenerse en cuenta, principalmente, los ingresos procedentes de cualquier actividad lucrativa o de prestaciones de la SS.”<sup>211</sup>*

---

<sup>209</sup> De acuerdo con el apartado 9 de las Conclusiones sobre el Asunto Swaddling (C-90/97), “*La tendencia al surgimiento de un nuevo modelo de SS ha permitido por tanto incluir en el ámbito de aplicación del Reglamento también prestaciones asistenciales a condición, bien entendido, de que la legislación nacional de que se trate respete, entre otros, el requisito de referirse a una de las contingencias expresamente enumeradas en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento.*”

<sup>210</sup> Como reconocen los Considerandos 2º y 3º de la Exposición de Motivos del Reglamento 1247/92 las modificaciones que introduce se encuentran avaladas por la jurisprudencia del TJCE sobre las denominadas <prestaciones no contributivas de tipo mixto>, situadas en una zona gris entre las no contributivas y las asistenciales. Esta indefinición fue mantenida por el TJCE en el apartado 36 de su STJCE de 5-4-1995 sobre el Asunto Krid (C-103/94), a pesar de que el Abogado general en el apartado 11 de sus Conclusiones insistió en que la aprobación del Reglamento 1247/92 suponía la integración de estas prestaciones en el ámbito de la SS. Su naturaleza mixta se pone de manifiesto en el propio tenor del artículo 1.j).1 donde las PENC se recogen como una categoría distinta “*el término <legislación> designa, para cada Estado miembro, las leyes, los reglamentos, las disposiciones estatutarias (...), que se refieren a las ramas y regímenes de SS mencionados en los apartados 1 y 2 del artículo 4 o las prestaciones especiales de carácter no contributivo contempladas en el apartado 2 bis del artículo 4.*”

<sup>211</sup> Para la calificación de una prestación como PENC resulta clave, de acuerdo con el apartado 35 de la STJCE de 31-5-01 sobre el Asunto Leclere (C43/99), que su regulación la vincule “*al entorno social característico del Estado miembro que lo ha establecido y, por tanto, susceptible de ser sometido a un requisito de residencia.*” En un sentido similar el artículo 55 de <la Propuesta>, calificó de PENC: “*las*

Simultáneamente, como se señaló, las PENC tendrán como objetivo los mencionados en las letras a) y b) del artículo 4.2. bis, respecto del primero el punto sexto de la Resolución señala que se entiende por *<prestaciones supletorias>*:

*“las concedidas en lugar de las prestaciones <normales> otorgadas en las contingencias mencionadas en el apartado 1 del artículo 4 del R. 1408. Por lo tanto estas prestaciones deben cubrir los mismos riesgos. En especial, forman parte de esta categoría las prestaciones otorgadas a las personas que no cumplen, por ejemplo, los requisitos exigidos por la SS para tener derecho a las prestaciones <normales>”.*

Esta interpretación de la supletoriedad que realiza la CASSTM, resulta poco convincente al defender que la *<especialidad>* de las PENC radica en su propio carácter no contributivo. No se puede distinguir artificiosamente entre una cobertura *<normal>* o contributiva de las contingencias del 4.1 y una cobertura *<especial>* de las mismas, en un nivel no contributivo; sin obviar la existencia del artículo 4.2 que prevé expresamente la cobertura no contributiva de las contingencias listadas.<sup>212</sup> No obstante, admitir la cuestionable distinción que realiza la CASSTM permite considerar cumplido el primer requisito, esto es, el relativo a que su regulación se ubique en una legislación o régimen distinto de los mencionados en el artículo 4.1; salvando la CASSTM, de esta forma tan poco convincente, la disfuncionalidad mencionada previamente.<sup>213</sup>

En lo que respecta al carácter *<complementario o accesorio>* que han de tener las PENC respecto de las contingencias clásicas, se puede interpretar que el legislador comunitario está aludiendo a los complementos de mínimos de las prestaciones contributivas. Interpretación reforzada por la propia Resolución de la CASSTM, el tenor

---

*prestaciones en metálico no contributivas cuyas modalidades de concesión estén estrechamente ligadas a un contexto económico y social particular y que: a) sean concedidas tras comprobar los recursos o b) aspiren a asegurar únicamente la protección específica de los minusválidos. Siempre y cuando dichas prestaciones estén mencionadas en el Anexo I”.*

<sup>212</sup> La aplicación de la normativa de coordinación a los regímenes no contributivos fue confirmada por el TJCE en su STJCE de 7-5-1969 sobre el Asunto Torreken (28/68), ya en el marco del R. 3/1958.

<sup>213</sup> Solamente en el marco de esta controvertida interpretación resulta defendible *<la especialidad>* de las PENC españolas mencionadas en la letra c) del Apartado *<D España>* del Anexo II bis donde tras la modificación introducida por el Reglamento 1290/97 (DOCE N° L 276 de 9-10-1997) se incluyen: “a) Prestaciones económicas de la Ley de integración social de los minusválidos (Ley 13/82 de 7 de abril de 1982, b) prestaciones en metálico de asistencia a personas de edad avanzada e inválidos incapacitados para el trabajo (Real Decreto N° 2620/81 de 24 de julio de 1981. C) las pensiones de invalidez y jubilación así como las prestaciones familiares por hijo a cargo en su modalidad no contributiva incluidas en la letra c) y d) del apartado 1 del artículo 38 del Texto Refundido de la Ley General de la SS aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio.” Defendiendo otra interpretación de la especialidad, no aplicable a las prestaciones mencionadas en la letra c), éstas fueron consideradas exportables. SANCHEZ RODAS, Cristina. *La aplicación...* op. cit. p. 226 y ss.

de los artículos 10 bis. 3 o 95 ter.9 y 10 del R. 1408 que aluden a esta posibilidad y la propia jurisprudencia del TJCE previa al R. 1247,<sup>214</sup> que permite calificar a una PENC de complementaria o accesoria cuando sean:

*“las concedidas conjuntamente con una de las prestaciones <normales> previstas en el apartado 1 del artículo 4 y que cubren el mismo riesgo que éstas (por lo tanto, una condición esencial es la percepción de una de dichas prestaciones <normales>, como, por ejemplo, el <complemento de pensión mínima> otorgado a los residentes que, a pesar de haber adquirido el derecho a la pensión de jubilación <normal> concedida a la población activa, perciben una pensión cuya cuantía es inferior al mínimo previsto en la legislación. Asimismo pertenecen a esta categoría las prestaciones <normales> previstas en el apartado 1 del artículo 4, pero que cubren un riesgo distinto al cubierto por éstas (también en este caso es un requisito fundamental el hecho de ser beneficiario de una prestación <normal>. A título de ejemplo, cabe citar los complementos añadidos a las pensiones a causa de dolencias físicas o mentales).”*

La segunda finalidad a la que aludía el artículo 4.2.bis.b) se refería a la cobertura específica de los minusválidos que, desde un punto de vista práctico, como se señala en el punto octavo y siguientes de la citada Resolución de la CASSTM:

*“pueden ser prestaciones otorgadas a estos beneficiarios o en relación con ellos con el propósito general de ayudarles a afrontar los gastos relacionados con su discapacidad, por ejemplo, para ayudar a sufragar los gastos generados (por las necesidades en materia de cuidados y movilidad de estas personas) o prestaciones destinadas a garantizar un nivel mínimo de ingresos (...) que tengan por objeto ayudar a las personas con discapacidad a incorporarse a un empleo, permitirles seguir ejerciendo un empleo o ayudarlas a afrontar las necesidades suplementarias vinculadas al mismo, (...) o prestaciones concedidas a una persona en razón de los cuidados que presta a una persona con discapacidad.”*

Por último, hay que señalar que, a tenor del apartado 2 ter del artículo 4, algunas legislaciones pueden quedar excluidas del ámbito de aplicación del R. 1408 aunque regulen verdaderas PENC. Efectivamente, según la citada norma quedan excluidas ciertas legislaciones cuando su ámbito de aplicación se limite a una parte del territorio y se mencionen en la Sección tercera del Anexo II. A tenor del punto tercero de la Resolución de la CASSTM, la característica definitoria de estas prestaciones no es sólo que *“no estén previstas de manera uniforme en el conjunto del territorio del Estado*

---

<sup>214</sup> Recuérdese el carácter complementario de la prestación a la que se aludía en la STJCE de 9-10-1974 sobre el Asunto BIASON (24/74) y que, como se señaló, fue el origen del R. 1247/92. Hay que señalar que en el marco de algunos sistemas nacionales no resultará pacífica la calificación como PENC de ciertos complementos de mínimos, no ya por su finalidad, sino por su dudosa, pero imprescindible, naturaleza no contributiva. Sobre los posibles problemas que se pueden suscitar sobre la prestación de <integrazione al minimo> italiana incluida en el Anexo II bis véase **CRISTOFANELLI BROGLIO RAINALDI, L. Y GRILLI, C. Libera...** op. cit.p. 100.

*miembro de que se trate” sino que además, “la competencia reguladora de las mismas corresponde en exclusiva a las autoridades locales correspondientes.” Deben darse ambas notas, pues de acuerdo con la CASSTM no basta para la inclusión en el Anexo “la mera descentralización de la administración de estas prestaciones para poder considerarlas PENC en el sentido del artículo 4.2.ter.”*

**IV-3-2.- PERSPECTIVA NEGATIVA DEL AMBITO OBJETIVO DEL R. 1408: Principales exclusiones.**

Algunas de las exclusiones expresas, como las recogidas en los apartados 2 ter o 3 ya han sido mencionadas en este trabajo, en este epígrafe tan sólo se analizan las exclusiones contenidas en el artículo 4.4, haciéndose hincapié en la más relevante, la AS. Por último, se alude a la exclusión de la SS complementaria, los perjuicios que la misma ocasiona, realizándose alguna observación sobre la Directiva aprobada para paliar alguno de tales inconvenientes.

**IV-3-2-1.- El artículo 4.4 del R. 1408: la asistencia social.**

Respecto de la primera exclusión contenida en el artículo 4.4 relativa a las *<prestaciones en favor de las víctimas de la guerra>* hay que señalar, que se refiere exclusivamente a las escasas prestaciones nacionales que compensan de las pérdidas sufridas durante la guerra y que poseen una estrecha vinculación con el interés nacional del Estado que las reconoce. Se trata de una exclusión poco relevante, que, de hecho, ha desaparecido del texto de *<la Propuesta>*, pues muchas de estas prestaciones, poseen carácter discrecional y no pueden ser calificadas de SS ni ser objeto del R. 1408.<sup>215</sup>

En segundo lugar, respecto de la AS,<sup>216</sup> excluida en la mayoría de normas internacionales de coordinación de los sistemas nacionales de SS, hay que señalar que

---

<sup>215</sup> En un sentido excluyente véase la STJCE de 31-3-1977 sobre el Asunto Fossi (79/76) donde se señala que “*si las instituciones de seguro competentes a las que estuvieron afiliadas antes de 1945 las personas a que hace referencia la legislación alemana ya no existen o están situadas fuera del territorio de la República Federal de Alemania, y si el propósito de esa legislación es aliviar ciertas situaciones que se crearon a raíz de hechos relacionados con el régimen nacional-socialista y la Segunda Guerra mundial y si el pago de las prestaciones en cuestión a los nacionales es discrecional cuando esos nacionales residen en el extranjero, se considerará que esas prestaciones no revisten carácter de SS*” En este mismo sentido véanse la STJCE de 6-7-1978 sobre el Asunto Gillard (9/78) sobre determinados privilegios a favor de excombatientes o prisioneros de guerra o la STJCE de 31-5-1979 sobre el Asunto Even (207/78) donde se ratificaba la exclusión, en virtud del artículo 4.4 de ciertas prestaciones belgas incluidas, no obstante, en una legislación nacional de SS.

<sup>216</sup> Sobre el nivel de AS en los distintos Estados miembros **VEIT-WILSON, John**. “Book Review (recensión de) **HEIKKILÄ, Matti; KESKITALO, Elsa (eds)**. *Social Assistance in Europe: A comparative study on minimum income in seven European countries. Synthesis Report*. STAKES (National Research and Development Centre for Welfare and Health). Helsinki. 2001. **KAZEPOV, Yuri; SABATINELLI, Stefania**. *How Generous Social Assistance Schemes are? A Comparative Analysis of*

su identificación en el marco de los sistemas de protección social no es sencilla, pues la SS, que surge con posterioridad a la AS, asumió muchos de sus objetivos de cobertura a través de las prestaciones de carácter no contributivo.<sup>217</sup> La difícil aplicación del artículo 4.4 es reflejo de esta coincidencia de objetivos en los sistemas nacionales, donde tampoco existen criterios definitivos de diferenciación entre AS y SS.<sup>218</sup> En el ámbito comunitario, de acuerdo con la doctrina,<sup>219</sup> el TJCE ha empleado varios criterios que funcionan a modo de indicios y cuya concurrencia simultánea permite un pronunciamiento en un sentido u otro, aunque ninguno de ellos, por separado, pudiera calificarse de decisivo. Ante lo infructuoso de la discriminación conceptual y con el objeto de preservar la seguridad jurídica, parte de la doctrina ha afirmado que sería aconsejable incluir a la AS en el marco de las normas internacionales de coordinación, como la comunitaria.<sup>220</sup> Antes del análisis de tales criterios jurisprudenciales,<sup>221</sup> se deben recordar dos pautas interpretativas generales: la irrelevancia de la calificación que el Derecho nacional realice como prestación de SS o AS y la valoración necesariamente

---

*Benefit Levels*. STAKES. National Research and Development Centre for Welfare and Health. Helsinki. 2001” *European Journal of Social Security*. N° 4 (1)/2002.p. 77 y ss.

<sup>217</sup>La AS se excluye en la mayoría de los Convenios internacionales **PERRIN, Guy**. “Les prestations non contributives et la sécurité sociale”. *Droit Social*. N° 3/Marzo.1961. P. 179.

<sup>218</sup> Véase, por todos, en el plano nacional a **ALARCON CARACUEL, M. R.** “La integración de los Servicios Sociales y la AS en la SS” *Temas Laborales*. N° 7. 1986, y de este mismo autor “Hacia el Derecho de la protección social” /en / **VV.AA (LOPEZ LOPEZ, J. Coord)** *Seguridad Social y Protección Social: Temas de actualidad*. Marcial Pons. Madrid 1996.p. 11 y ss. **GONZALEZ ORTEGA, S.** “Prestaciones no contributivas de la SS” /en/ **VV.AA. X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo**. Trotta. Madrid. 1992. P. 199 y ss. **HURTADO GONZALEZ, Luis**. “Asistencia Social y Seguridad Social: sus fronteras actuales”. *Actualidad Laboral*. N° 25/21- 27 de junio de 1993. P. 461 y ss. Poniendo en conexión la situación nacional con algunas normas internacionales, véase **RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel**. “Pensiones no contributivas... op. cit. p. 1 y ss.

<sup>219</sup> Sobre criterios de diferenciación en el marco internacional y comunitario véanse, por todos, **PERRIN, Guy**. “Les prestations...” op. cit. o **RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel**. *La Seguridad* op. cit. p.124 y ss. Más recientemente, **VAN LANGENDONCK, Jef**. “La definición...” op. cit. que recoge los principales pronunciamientos del TJCE hasta la fecha; **PEREZ DEL RIO, Teresa**. “El concepto de prestaciones de <asistencia social> establecido por la Corte de las Comunidades Europeas y la normativa española” *Temas Laborales* N° 7/1986. P 77 y ss. **SANCHEZ RODAS, Cristina**. “La configuración jurídica de las pensiones españolas de SS en su modalidad no contributiva como prestaciones especiales no contributivas en el Reglamento (CEE) 1408/71” *RL/1995* p.1377 y ss. o su monografía *La aplicación...* op. cit. p.78.

<sup>220</sup>**PERRIN, Guy**. “Les prestations...” op. cit. P. 183 en la p. 188, En este mismo sentido pronunciándose expresamente sobre la inclusión de la AS en el marco del R.1408, al considerar que su finalidad ha sido absorbida por los sistemas de SS, véase **VAN LANGENDONCK, Jef**. “La definición...” op. cit. P. 50.

<sup>221</sup> Véanse especialmente la STJCE Frilli (1/72) de 22-6-1972 y las Conclusiones del Abogado General; la STJCE Callemeyn (187/73) de 28-5-1974; la STJCE Costa (39/74) de 13-11-1974, la STJCE Piscitello (139/82) de 5-5-1983 especialmente las observaciones presentadas por el Reino Unido recogidas en el informe para la vista, o la STJCE de 24-2-1987 sobre Asunto Giletti y otros (379/85, 380/85, 381/85 y 93/86) y los puntos 21 a 31 de las Conclusiones del Abogado General.

restrictiva de las exclusiones contenidas en el artículo 4.4, circunstancia que dota a la SS de una <vis atractiva> respecto de las prestaciones de AS controvertidas.<sup>222</sup>

Como primer criterio, se ha señalado que las prestaciones de SS están definidas legalmente, no son discrecionales, pues otorgan un derecho subjetivo a la prestación,<sup>223</sup> sin embargo, la concesión de prestaciones de AS se supedita a una valoración previa de la situación personal y económica del beneficiario, con el fin de constatar la existencia de un verdadero estado de necesidad. No obstante, como ha puesto de manifiesto la doctrina, el mencionado control también se lleva a cabo para el reconocimiento de prestaciones de SS no contributivas; configurándose por otro lado, algunas prestaciones de AS como derechos subjetivos perfectamente definidos legalmente.<sup>224</sup> Como segundo criterio se apuntaría que las prestaciones de AS no se financian mediante cotizaciones; criterio utilizado, asimismo, para identificar a las prestaciones no contributivas de SS, incluidas en el ámbito objetivo de la coordinación expresamente. El TJCE reinterpretó este criterio financiero, desde un punto de vista subjetivo, en el sentido de que los beneficiarios de prestaciones de SS solamente serían aquéllos que hubieran mantenido una relación de afiliación-cotización en calidad de trabajador y fueran calificados como tales al amparo del artículo 1.a) del R.1408.<sup>225</sup> Algo más tardíamente se añadiría un último criterio, en virtud del cual, se consideraba prestación de SS aquella que conectase de forma directa y relevante con alguna de las prestaciones enumeradas en el

---

<sup>222</sup> Tempranamente el Abogado General Mayras en sus conclusiones sobre el Asunto Frilli (1/72) reconocería la existencia la <vis atractiva> de la SS sobre la AS, tras considerar infructuosa la identificación de unos criterios que le permitiesen hacer una distinción categórica entre SS y AS. Sobre el funcionamiento de esta <vis atractiva> **PÉREZ ALONSO, M. A.** “La libre circulación de trabajadores y la protección de los derechos de SS(a propósito de las modificaciones del R.1408 de 14 de junio de 1992)”. Tribuna Social. N° 36. P. 15, señaló que supone que ante una prestación nacional controvertida, próxima a la AS, se debe presumir “*iuris tantum*” que se trata de una prestación de SS.

<sup>223</sup> Criterio apuntado en la STJCE de 22-6-1972 sobre el Asunto Frilli (1/72) que se sigue utilizando, por ejemplo, para calificar como de SS una prestación familiar de irlandesa no contributiva concedida automáticamente a las familias que cumplen determinados criterios objetivos, en la STJCE de 16-7-1992 sobre el Asunto Hughes (C-78/91); en el mismo sentido, véase la STJCE de 10-10-1996 sobre los Asuntos Hoefer y Zachow (C-245/94 y 312/94).

<sup>224</sup> Véase, por todos, **PERRIN, Guy.** “Les prestations non ... op. cit. P. 179 y ss, que señala que la distinción entre SS y AS pierde su razón de ser desde el momento en que la AS deja de depender de la apreciación arbitraria de la Administración, para convertirse en un verdadero derecho.

<sup>225</sup> Este criterio <subjetivo> fue el empleado por el TJCE en la STJCE de 28-5-1974 Callemeyn (187/73) y en la STJCE de 13-11-1974 sobre el Asunto Costa (39/74) para la ubicación dentro de la SS o la AS. Este criterio cayó en desuso a partir de la STJCE de 6-7-1978 sobre el Asunto Gilard (9/78) abandonándose en la STJCE de 10-5-83 sobre el Asunto Piscitello (139/82).

apartado primero del artículo 4 del R.1408.<sup>226</sup> Sin embargo, tal criterio tampoco resulta excesivamente operativo, pues muchas de las prestaciones de AS mantienen dicha conexión; mientras que, en sentido contrario, la SS actual posee un objetivo más amplio que supera el marco tradicional de las contingencias específicamente mencionadas en el artículo 4. Se puede concluir por tanto, que debido a la inoperancia de estos criterios, la dificultad del deslinde continúa siendo la tónica general,<sup>227</sup>

La exclusión de la AS del ámbito objetivo del R. 1408, supuso que el trabajador migrante y sus derechohabientes acudiesen a otras normas comunitarias para lograr el reconocimiento de la prestación de AS, principalmente, al amparo del principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad en el ejercicio de su derecho a la libre circulación. Derecho alegable como mero ciudadano,<sup>228</sup> que posee una protección específica cuando se realiza en el marco del desempeño de una actividad profesional, en los artículos 39, 43 y 49 TCE. El primero de ellos, destinado a los trabajadores por cuenta ajena se ha desarrollado en el R. 1612/68,<sup>229</sup> cuyo artículo 7.2 prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad para la obtención de ventajas sociales. Término que posee un concepto amplio en el que deben entenderse comprendidas tanto las prestaciones de AS como de SS.<sup>230</sup> De manera que la aplicación de los R. 1408 y

---

<sup>226</sup> Este criterio apuntado vagamente en la STJCE Piscitello (139/82), fue concretado en la STJCE de 27-3-1985 sobre el Asunto Hoecks (249/83), que versaba sobre prestación belga denominada <minimex> que se consideró no incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento al no conectar directamente con ninguna de las contingencias mencionadas en el artículo 4.1. Véase también la STJCE de 2-8-1993 sobre el Asunto Acciardi (66/92).

<sup>227</sup> Véase el apdo. 25 de la STJCE de 29-10-1998 Comisión v Grecia (C-185/1998) o el apdo. 20 de la STJCE de 5-3-1998 Molenaar (C-160/96).

<sup>228</sup> Véase la STJCE de 20-9-01 sobre el Asunto Grzelczyk (C-184/99) comentada por **LHERNOULD, Jean-Philippe**. "L'access aux prestations sociales..." op. cit. p. 1103 y ss. En ella TJCE con base en los artículos 12 y 17 TCE defiende el derecho de un estudiante francés a recurrir temporalmente a la asistencia social belga para lograr una prestación de ingresos mínimos (minimex). Afirmación que considera un derecho compatible con la Directiva 93/96, pues a pesar de que ésta exige unos recursos mínimos para obtener el derecho de residencia, admite cierta solidaridad económica del Estado de residencia respecto de dificultades económicas de carácter temporal.

<sup>229</sup> Véase sobre la obtención de protección por la vía del R. 1612/68, por todas, la de 16-12-1976 sobre el Asunto Inzirillo (63/76); de 6-6-1985 Asunto Frascogna (157/84); de 20-6-1985 Asunto Deak (98/84); de 27-3-1985 sobre el Asunto Hoeckx (249/83); de 8-7-1992 sobre el Asunto Taghavi (C-243/91); de 27-5-1993 sobre el Asunto Schmid (C310/91) y de 12-5-1998 sobre el Asunto Martínez Sala (C-85/96).

<sup>230</sup> En el apartado 28 de la STJCE de 12-5-1998 sobre el Asunto Martínez Sala (C-85/96) se señala que simultáneamente "...una prestación de crianza (es considerada) prestación familiar en el sentido de la letra h) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento n° 1408/71 y como ventaja social en el sentido del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento n° 1612/68". Sobre el amplio concepto de Ventaja Social véase el punto 12 de la STJCE de 14-1-1982 sobre el Asunto Reina (65/81); el punto 20 de la STJCE de 27-3-1985 sobre el Asunto Hoeckx (249/83) y apartado 21 de la STJCE de 19-3-1993 Comisión v. Luxemburgo (C-111/91). **BLANPLAIN, Roger; ENGELS, Chris**. *European Labour Law*. Kluwer.



1612 no ha de ser alternativa ni excluyente, sino que bien podría producirse acumulativamente sobre un mismo supuesto de hecho.<sup>231</sup>

#### **IV-3-2-2.- La coordinación de la SS complementaria**

La exclusión de la SS complementaria del ámbito de aplicación del R.1408 supone un grave obstáculo a la libre circulación de trabajadores,<sup>232</sup> sobre todo considerando su creciente importancia, directamente proporcional al retroceso en la tasa de sustitución de la cobertura ofrecida por algunos sistemas públicos. Los trabajadores migrantes depositan en el marco de estos sistemas expectativas de adquisición y mantenimiento de derechos, que, sin embargo, no se preservaban mediante ningún instrumento jurídico comunitario.<sup>233</sup> Con el objeto de paliar algunos problemas el 29 de junio de 1998 el Consejo aprobó la Directiva 98/49/CE: “*relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad*”.<sup>234</sup> Sobre esta Directiva tan sólo hay que señalar, pues su estudio sin duda excede del objeto de este trabajo, que parte de la premisa de que el sistema establecido en el R. 1408 no

---

Deventeer. 1995. P. 15. **LHERNOULD, Jean-Philippe**. “Les avantages sociaux en droit communautaire”. Droit Social N° 4. Avril 1997. P. 389 y 390.

<sup>231</sup> **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. “L’applicabilité matérielle du règlement CEE N° 1408/71 en matière de Sécurité Sociale des travailleurs migrants”. Journal des Tribunaux du Travail. 10-Oct-1986/N° 356. P.373. Véase también **GOULOSSIS, Dimitros**. “L’égalié de traitement et la relation entre les Réglements 1612/68 et 1408/71”/en/ **VV.AA. La Sécurité sociale en Europe égalité entre nationaux et non nationaux.(Colloque européen: Oporto. novembre 1994)**. Comisión Europea. Departamento de Relações Internacionais e Convenções de Segurança Social. Lisboa. 1995. p.75-87.

<sup>232</sup> Principalmente se plantean problemas de ruptura de expectativas de derechos a pensiones complementarias, la exportación de las prestaciones adquiridas; aunque también, como ha puesto de manifiesto el TJCE, existen problemas de doble cotización, que no pueden ser solucionados por las normas de conflicto del R. 1408 al estar excluida la SS de su ámbito de aplicación. En este último sentido véanse la STJCE Comisión c. Francia (C-57/90) de 12-1-1992, la dictada el 15-6-2000 sobre el Asunto Sehrer (C-302/98) o la de 28-3-1996 sobre el Asunto Guiot (C-272/94), comentada en el sentido expuesto por **HOUWERZIJL, Mijke; PENNINGS, Frans**. “Double Charges in case of Posting of Employees: the Guiot Judgment and its Effects on the Construction Sector”. EJSS. Vol1/1. 1999.p. 91 y ss .

<sup>233</sup> Véase, sobre la necesaria intervención comunitaria sobre esta materia, muy tempranamente, **LYON CAEN, G. Droit Social européen**. Dalloz. Paris 1969. P. 297; más recientemente **LANG, Jacob**. “La place des régimes complémentaires de retraite dans la protection sociale des travailleurs et leur incidence sur la libre circulation”. RBSS. N° 3/1994; **LANGLOIS, Philippe**. “The Coordination of State Pension Schemes and the Non-Coordination of Occupational pension Schemes” /en/ **VV. AA. EICHENHOFER, Eberhard (ed)**. *Social Security of Migrants in the European Union of Tomorrow*. IMIS. Osnabrück. 1997. P. 117 y ss. **SUAREZ CORUJO, Borja**. “Las condiciones para la consolidación de los Derechos a pensiones privadas como obstáculo a la libre circulación de los trabajadores: ilustración del caso Alemán a partir del artículo 51 del Tratado de la Comunidad Europea” RMTAS. N° 12/1998. P. 102 y ss.

<sup>234</sup> El artículo 3 define **pensión complementaria** como “*las pensiones por jubilación y, cuando así los establezcan las normas de un régimen complementario de pensión establecido con arreglo a la*

constituía el marco adecuado para coordinar estos regímenes complementarios. De hecho su objetivo es mucho más limitado, pues tan sólo protege los derechos en curso de adquisición a pensiones complementarias de trabajadores desplazados temporalmente a otro Estado miembro.<sup>235</sup> En efecto, se aborda el supuesto menos problemático, considerando que estos trabajadores desplazados mantienen vigente el vínculo con el Fondo de origen dentro de la actividad profesional que venían realizando.<sup>236</sup> En cuanto a la conservación de los derechos adquiridos, la Directiva establecerá algunas medidas que tratan de facilitar su exportación,<sup>237</sup> sin embargo, no se solventa la incidencia de las medidas fiscales que actúan descoordinadamente sobre lo que no es, sino una manifestación de la libre circulación de capitales. Esta Directiva no colma las expectativas en ella depositadas, después del largo proceso de aprobación que la había precedido, pues como reconoce en su Exposición de motivos debido a “*la diversidad de los regímenes complementarios de SS, la Comunidad debería limitarse a fijar un marco general de objetivos*”.<sup>238</sup> Sin embargo, su mera aprobación podría considerarse un éxito, pues supone afrontar, por fin, una de las “*asignaturas pendientes,*”<sup>239</sup> de la coordinación comunitaria, que, sin duda, será objeto, en breve, de mejora y profundización progresiva.

---

*legislación y a la práctica nacionales, las prestaciones por invalidez y supervivencia, destinadas a completar o sustituir las prestaciones de los regímenes legales de SS para los mismos riesgos”.*

<sup>235</sup> Sobre los orígenes de esta norma véase **MICHAS BEGUERIE, S.** Op. cit. p.508 y ss. Sobre los concretos problemas jurídicos que los desplazamientos provocaban en el marco de los regímenes complementarios de jubilación principalmente, mantenimiento de expectativas de derechos y doble cotización **MANGAN, Gerry.** “Le detachement des travailleurs et les regimes complementaires de retraite” /en/ **VVAA.** *La libre circulation des travailleurs dans l’Union Européenne: le detachement et les perspectives de la coordination communautaire dans le cadre du Reglement 1408/71.* Institut des Assurances sociales (IKA-GRECE) et Commission Europeenne.1995. p.79 y ss

<sup>236</sup> Únicamente se garantizará la continuidad en el pago de contribuciones al fondo de origen en el caso de trabajadores desplazados (artículo 6), materia sobre la que se remite al Título II del R.1408 (artículo 3.e) donde como es sabido, se establecen la norma general sobre determinación de la ley nacional aplicable. Sobre los límites a su exportación **ANDRIETTI, V.** “Portability of Supplementary Pensions Rights in the European Union.” *International Social Security Review.* N° 54/2002. P. 59 y ss.

<sup>237</sup> El artículo 4 incide sobre la “*igualdad de trato en el mantenimiento de los derechos de pensión*” obligando el artículo 5 al abono de las prestaciones en todos los Estados miembros, como manifestación de la libre circulación de capitales del artículo 73 B del Tratado. El artículo 7 establece un deber de información a los trabajadores afiliados, por parte de los empresarios y gestores de los regímenes complementarios, sobre las diversas alternativas que ofrecen respecto del ejercicio de la libre circulación.

<sup>238</sup> Así se pone de manifiesto en los apartados 4º, 16º y 17º de la Exposición de motivos de la Directiva 98/49/CE de 29 de junio de 1998.

<sup>239</sup> Así lo denominó la doctrina en 1980, por obstaculizar la libre circulación de trabajadores. **LYON CAEN; G. y LYON-CAEN, A.** *Droit Social...* op. cit. p. 260.

## V.- AMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA DERIVADA DE COORDINACION (II)

### V-1.- AMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN: Artículo 2 del R.1408

El ámbito subjetivo general del R. 1408 está descrito en su artículo 2:

*“1. El presente Reglamento se aplicará 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 de varios Estados miembros y que sean nacionales de uno de los Estados miembros, o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes.*

*2. Además el presente Reglamento se aplicará a los supervivientes de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y de los estudiantes que hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de estos trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, cuando los supervivientes sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros”.*

A tenor de este artículo, se puede distinguir en el ámbito subjetivo del R. 1408 dos colectivos básicos: por un lado, los trabajadores y estudiantes y por otro lado, los denominados familiares y supervivientes. Respecto del primer colectivo, hay que señalar que se consideran <trabajadores> aquéllos sujetos que, simultáneamente, estén o hayan estado asegurados a una legislación nacional de SS, incluida en el ámbito objetivo de la coordinación, en calidad de trabajadores por cuenta ajena o propia y posean la nacionalidad comunitaria o bien sean apátridas o refugiados residentes en el territorio de la Comunidad. Junto a ellos, y en cierta medida asimilados a los trabajadores, recientemente se han incluido en el ámbito subjetivo del R. 1408, los <estudiantes> nacionales comunitarios que estén o hayan estado afiliados en tal calidad a una legislación nacional de SS y que no puedan ser calificados como familiares o supervivientes de trabajadores. Respecto del segundo colectivo <los familiares y supervivientes>, hay que señalar que su inclusión en el R. 1408, como se pondrá de manifiesto, tan sólo pretende proteger los derechos derivados a prestaciones, dimanantes de las relaciones de afiliación-cotización mantenidas por dos grupos diferenciados de sujetos. En primer lugar, se incluye en el ámbito subjetivo del R. 1408 a los miembros de la familia y supervivientes, con independencia de que posean la nacionalidad comunitaria, de los trabajadores y estudiantes mencionados como primer colectivo. En segundo lugar, a tenor del artículo 2.2, también se integra a los nacionales comunitarios considerados <supervivientes> de aquéllos trabajadores y estudiantes que, debido a su nacionalidad extracomunitaria, no están incluidos en el primer colectivo y carecen del

derecho a la libre circulación. Al desarrollo de las notas definatorias establecidas por el R. 1408 respecto de cada uno de los colectivos mencionados, están dedicados los siguientes epígrafes.

#### V-1-1.- <TRABAJADOR>: Concepto comunitario.

Como reconoció el TJCE en su Sentencia de 19-3-1964 sobre el Asunto Unger (75/63), existe un concepto comunitario de trabajador aplicable en el marco de la coordinación impide interpretaciones restrictivas en el marco de las legislaciones nacionales.<sup>240</sup> Este concepto, configurado en buena medida por la jurisprudencia del TJCE, posee las dos notas básicas ya mencionadas: el aseguramiento en calidad de trabajador a una legislación nacional de SS incluida en el ámbito objetivo de la coordinación; y la nacionalidad comunitaria o la condición de apátridas o refugiados residentes en el territorio de la Unión Europea; resultando, por tanto excluidos los ciudadanos extracomunitarios aunque trabajen y estén afiliados al sistema de SS de un Estado miembro.

Resulta paradójico que el concepto comunitario de trabajador tenga como característica principal el aseguramiento a una legislación nacional de SS,<sup>241</sup> que habrá de realizarse siguiendo los criterios de afiliación fijados libremente por los legisladores nacionales. Circunstancia que parece “... *negar la realidad de un auténtico concepto comunitario de trabajador protegido, si por tal se quisiera entender aquel diseñado para evitar que particularismos nacionales impidiesen una alteración o reducción del campo de aplicación de la norma comunitaria en cuestión*”.<sup>242</sup> Sin embargo, la remisión a los sistemas nacionales de SS coordinados supone un grado suficiente de <comunitarización> del término, considerando los límites que supone la opción comunitaria por la coordinación.<sup>243</sup> En cuyo marco resulta imposible el establecimiento de un concepto comunitario de trabajador unívoco, como el desarrollado, respecto del

---

<sup>240</sup> En esa STJCE se señaló que era necesario un concepto comunitario de trabajador, “...*considerando que el Tratado, al haber establecido mediante los artículos 48 a 51 la libre circulación de los <trabajadores>, confirió, de ese modo alcance comunitario a dicho término; que en el supuesto de que dicho término tuviera que regirse por el Derecho interno cada Estado tendría entonces la posibilidad de modificar el contenido del concepto de <trabajador migrante>; y de privar a su arbitrio a determinadas categorías de personas de la protección del Tratado*”.

<sup>241</sup> En efecto, “... *la existencia de una noción propiamente comunitaria, no se sustrae al examen de las disposiciones de Derecho interno*”. VAN RAEPENBUSCH, Sean. *La Seguridad...* op. cit.p.377.

<sup>242</sup> GARRIDO PEREZ, Eva. “La noción del trabajador beneficiario de la protección social comunitaria” “Noción de trabajador beneficiario de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de SS” /en/ VV.AA. *SS y Protección Social: temas de actualidad*. Marcial Pons. Madrid. 1996. P. 82.

artículo 39 TCE, por el TJCE mediante la atribución de una serie de rasgos propios del Derecho del Trabajo, independiente respecto de la regulación específica establecida en las normas nacionales.<sup>244</sup> De manera que, pese al carácter instrumental del artículo 42 TCE respecto del artículo 39 TCE,<sup>245</sup> los conceptos comunitarios de trabajador que se manejan en sus respectivos ámbitos no son coincidentes.<sup>246</sup> Evidentemente, el ámbito subjetivo del R. 1408 es más amplio al incluir a trabajadores por cuenta propia y todo tipo de funcionarios asegurados a un sistema nacional de SS, no obstante, hay que señalar que la citada asimetría persiste, incluso, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena. Efectivamente, sujetos no considerados trabajadores en el marco del artículo 39, por realizar una actividad laboral marginal, o carecer de la nacionalidad comunitaria, pueden ser considerados trabajadores en el marco del R. 1408 si están asegurados al sistema nacional de SS en calidad de trabajador.<sup>247</sup> En sentido contrario, también es posible que trabajadores a los efectos del artículo 39 TCE estén excluidos del ámbito de aplicación del R.1408, precisamente al adolecer de tal aseguramiento a un sistema

---

<sup>243</sup> GARRIDO PEREZ, Eva. “La noción del trabajador...” ibidem.

<sup>244</sup> En el marco del artículo 39 TCE se considerará trabajador a aquella persona que ejerza durante cierto tiempo actividades reales, no marginales y efectivas, a favor de otra persona, bajo su dirección y de la cual recibe una remuneración. Concepto que no ha de coincidir necesariamente con el que maneja el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores **ESPIN SAEZ, Maravillas**. “El concepto de trabajador en la Unión Europea. A propósito de la STJCE de 12 de marzo de 1998” RMTAS. N° 17/2000. P.270 y 278.

<sup>245</sup> Véase STJCE de 30-1-1997 sobre el asunto De Jaeck (C-340/94). Un análisis comparado del término trabajador en ambos ámbitos y la expansión del concepto de trabajador en el marco del artículo 42 TCE **PIETERS, Danny; VAN DEN BOGAERT, Stefaan**. ““The Co-ordination of Social Security Schemes for Civil Servants” /en/ **VV.AA. Prospects of Social Security Co-ordination**. Acco. Leuven. 1997. p. 140 o **PIETERS, Danny**. “Enquiry into the Legal Foundations of a Possible Extension of Community Provisions on Social Security to Third Country Nationals Legally Residing and/or Working in the European Union” /en/ **VV.AA (EICHENHOFER, Eberhard (ed). Social Security of Migrants in the European Union of Tomorrow**. IMIS. Osnabruck. 1997 p.33s

<sup>246</sup> “El ámbito de aplicación del Reglamento está determinado por un criterio de SS y no de Derecho laboral, lo que refleja la autonomía que ha adquirido paulatinamente el primero de estos Derechos en relación con el segundo”. Conclusiones del Abogado General de 10-12-1968 sobre el asunto Di Cicco (19/68) STJCE de 19-12-1968. Apreciación ratificada en la STJCE de 29-9-1976 sobre el Asunto Brack (17/76) o la dictada, el 30-1-1997 sobre el Asunto de Jaeck (C-340/94) donde se señaló que “... las definiciones dadas por las legislaciones de los Estados miembros en materia de SS y son independientes del carácter que la actividad ejercida reviste con arreglo al Derecho Laboral.”

<sup>247</sup> Respecto de la actividad marginal, véase la STJCE de-5-1990 sobre el asunto Kits van Heijningen (C-2/89) relativa a un ciudadano comunitario residente en Bélgica y que trabajaba en Holanda impartiendo dos horas de clases dos veces por semana, y que debía considerarse incluido dentro del ámbito de aplicación del R. 1408. En cuanto al requisito de nacionalidad, véase la inclusión en el R. 1408 de apátridas y refugiados residentes en un Estado miembro que carecen del derecho a la libre circulación. **VERSCHUEREN, Herwig**. “EC Social Security Coordination excluding Third Country Nationals: still in line with Fundamental Rights after the GAYGUSUZ Judgment?.” CMLReview. 34/1997. P.1001.

nacional.<sup>248</sup> De todo ello se deduce, que en el ámbito de la coordinación existe un concepto comunitario de trabajador <deslaborizado>, o ajeno a la realización efectiva de una actividad laboral que, no obstante, continúa <profesionalizado> al exigirse que el aseguramiento a un sistema nacional de SS sea calidad de trabajador.<sup>249</sup>

Antes de entrar a analizar el contenido de las dos características identificadoras del concepto de trabajador en el ámbito de la coordinación, conviene recordar que las normas del R.1408 atienden a situaciones fácticas internacionales derivadas del ejercicio de la libre circulación en el marco de la Comunidad, siendo inaplicables para la regulación de situaciones que se desarrollan exclusivamente en un Estado miembro.<sup>250</sup> Como confirmó desde sus primeros pronunciamientos el TJCE, la libre circulación como desencadenante de la aplicación de la norma de coordinación abarca cualquier desplazamiento intracomunitario, no exigiéndose que posea un carácter migratorio o responda a motivos profesionales.<sup>251</sup> En efecto, el R.1408 se aplica incluso a trabajadores sedentarios, que solicitan en su marco el reembolso de ciertos gastos médicos por la cobertura recibida en el Estado miembro donde disfrutaron sus vacaciones; o la exportación de sus pensiones con el objeto de residir en otro Estado miembro de la Unión. Asimismo la irrelevancia del motivo del desplazamiento se pone

---

<sup>248</sup> Véase en este sentido los apartados 41 y siguientes de la STJCE de 3-10-2000 sobre el Asunto Angelo Ferlini (C-411/98) donde se señala que *“los funcionarios de las Comunidades Europeas y los miembros de sus familias están afiliados al RCAM (Régimen Común de las Instituciones de las Comunidades Europeas) no pueden ser calificados de trabajadores en el sentido del Reglamento n° 1408/71. En efecto, no están sometidos a una legislación nacional en materia de SS, como exige el artículo 2, apartado 1, del Reglamento 1408/71. Por el contrario, no puede ponerse en duda la condición de trabajador migrante de un funcionario de las Comunidades Europeas (...), en el sentido del artículo 48, apartado 1, actual 39.1 TCE, por ocupar un empleo en una organización internacional...”*

<sup>249</sup> Este término de <deslaborizado> será el que emplee **GARRIDO PEREZ, E.** “El concepto...” op. cit. p. 82; **SEMPERE NAVARRO, Antonio V.** “Problemas aplicativos...” op. cit. p.147.

<sup>250</sup> En la STJCE de 6-12-1977 sobre el Asunto Maris (55/77), el TJCE permitió que una ciudadana belga residente en Francia se prevaliera del artículo 84 del R.1408 para utilizar el idioma francés ante un tribunal flamenco, en contra de las prescripciones de la Ley belga. Sin embargo, en su STJCE de 22-9-1992 sobre el Asunto Petit (153/91), sobre un asunto muy similar, el TJCE denegó esta posibilidad al considerar que el R.1408 no era aplicable *“ a las situaciones cuyos componentes se sitúan en su totalidad en el interior de un Estado miembro”..*

<sup>251</sup> Ya en la STJCE Unger, el TJCE señaló que el desplazamiento no debía producirse <ratione laboris>, reiterando tal postura en la STJCE de 9-12-1965 sobre el Asunto Singer (44/65) considerando que no se puede *“ limitar el concepto de <trabajador> únicamente a los trabajadores migrantes en sentido estricto o a los desplazamientos relativos al desempeño de su empleo; que en el artículo 51 nada impone tales distinciones que, por otra parte, podrían hacer inviable la aplicación de las normas de que se trata”.* Así se deduce del propio título del R.1408 que elimina la referencia a los migrantes existente en el R. 3/58 y alude simplemente a los que se <desplazan>. Término de carácter fáctico y no referido a una situación legal, que no hace referencia necesariamente a un cambio de residencia o a la exigencia de una estancia prolongada en otro Estado miembro.

de manifiesto cuando la aplicación del R. 1408 se justifica en el desplazamiento, no del trabajador, sino de sus familiares y supervivientes<sup>252</sup>. No obstante, hay que señalar que ciertas disposiciones del R.1408, a tenor de su <ratio legis>, sólo resultan aplicables cuando ha existido realmente un desplazamiento profesional de los trabajadores, como sucede respecto de la propia totalización de períodos de seguro, que tiene por destinatarios a aquéllos afiliados en calidad de trabajadores en más de un Estado miembro, ostentado, por tanto, lo que se denominará una <carrera de seguro comunitaria>.

Considerando que la normativa derivada de coordinación, en muchos aspectos se ha emancipado de los trabajadores migrantes por cuenta ajena del artículo 39 TCE,<sup>253</sup> la doctrina se ha planteado si no ha llegado el momento:

*“...de desplazar el artículo 51 (actual 42), o más bien, la coordinación de legislaciones de SS, del artículo 48 (actual 39) e integrarla en la política social de la Unión.”*<sup>254</sup> Señalando asimismo que sería conveniente: *“desplazar al artículo 8 A del tratado CE el contenido del artículo 51. Esta modificación tendría como ventaja la creación de una base jurídica única en materia de coordinación de los regímenes de SS a favor de todas las categorías de personas beneficiarias de la libre circulación de personas (los trabajadores asalariados y no asalariados a tenor de los artículos 48, 52 y 59 del Tratado así como a los miembros de su familia; las otras categorías de personas beneficiarias del artículo 8 A: estudiantes, pensionistas, inactivos.)”*<sup>255</sup>

Se trata de propuestas acordes, no sólo, con el reconocimiento del derecho a la libre circulación de todo ciudadano comunitario; si no también con el ámbito subjetivo

---

<sup>252</sup> Respecto de los familiares véanse los apartados 30 y 31 de la STJCE de 5-3-1998 sobre el Asunto Kulzer (C-194/96) *“... las normas para la coordinación de las legislaciones nacionales de SS previstas en el Reglamento se refieren también a la situación en la que miembros de la familia del trabajador se desplazan dentro de la Comunidad”*. Véase también el apartado 2 de la STJCE de 30-6-1966 sobre el Asunto Vaassen-Gobbels (61/65) donde se constató que *“... el Reglamento se aplica también cuando quien haya trasladado su residencia a otro Estado miembro no sea por el trabajador mismo, sino uno de sus supervivientes”*.

<sup>253</sup> *“La ausencia de todo vínculo con <verdaderas migraciones> ha tenido como efecto la eliminación de la distinción entre trabajadores migrantes y trabajadores sedentarios y provocar un desbordamiento del ámbito personal de los Reglamentos del cuadro estricto de los artículos 48 y 51 relativos a la libre circulación de trabajadores”*. VAN RAEPENBUSCH, Sean. *“Le champ d’application personnel du Règlement (CEE) N° 1408/71 et la citoyenneté européenne; du travailleur migrant au citoyen européen.”* /en/ VV.AA. *La Sécurité Sociale en Europe égalité entre nationaux et non nationaux. (Colloque Européen. Porto. Novembre 1994)*. Departamento de Relacoes Internacionais. Lisbonne. 1995. P. 76.

<sup>254</sup> LYON CAEN, Antoine. *“La Sécurité Sociale et le principe ...”* op. cit. P.61.

<sup>255</sup> VAN RAEPENBUSCH, Sean. *“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. N° 665. 10-1-1997.p. 6.

cada vez más amplio de la norma de coordinación reflejo, a su vez, de la extensión de la acción protectora de los propios sistemas nacionales de la SS que el R.1408 coordina.

#### **V-1-1-1.- Aseguramiento a una legislación nacional: características**

El artículo 1.a.i) del R. 1408 describe las principales características que deben concurrir en el aseguramiento de una persona para ser considerado trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia:

*“Las expresiones <trabajador por cuenta ajena y trabajador por cuenta propia> designan respectivamente a toda persona:*

- i) *a toda persona que esté asegurada en virtud de un seguro obligatorio o facultativo continuado contra una o varias contingencias correspondientes a las ramas de un régimen de SS, que se aplique a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia o de un régimen especial de funcionarios.”*

En primer lugar, hay que señalar que el requisito fundamental será el aseguramiento en calidad de trabajador, esto es, que se produzca en el marco de las normas nacionales de SS instituidas a favor de estos colectivos.<sup>256</sup> Así sucede cuando el sujeto se encuentra asegurado a un régimen específico destinado a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia, o a un régimen especial de funcionarios. Sin embargo, cuando el aseguramiento se produce en el marco de regímenes más amplios, por ejemplo, relativos a todos los residentes, el legislador comunitario desglosará en el artículo 1.a) diferentes criterios para distinguir a los asegurados como trabajadores, diferenciando entre aseguramiento obligatorio y voluntario.

En segundo lugar, resulta irrelevante para la inclusión en el ámbito subjetivo del R. 1408 como trabajador que el aseguramiento en tal calidad sea obligatorio o posea un carácter voluntario;<sup>257</sup> aunque el primero, como se pondrá de manifiesto, sólo se habrá de contemplar desde un punto de vista material o no formalista. La expresión <seguro facultativo continuado> mencionada en el artículo 1.a)i) se refiere a un tipo de seguro voluntario específico, surgido como continuación voluntaria de un aseguramiento obligatorio previo a un mismo sistema nacional, como consecuencia de un cambio en la situación del trabajador o sus ingresos.<sup>258</sup> Precisamente tal continuidad, respecto de un

---

<sup>256</sup> Así se recoge en el Considerando 3º del R.1408 que asumiendo la doctrina de la STJCE Unger, la adapta a la inclusión de los trabajadores por cuenta propia en el ámbito subjetivo del R. 1408.

<sup>257</sup> De acuerdo con **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. *La Seguridad...* op. cit. p. 392 el TJCE ha optado por una interpretación extensiva de la noción <seguro voluntario> desde el punto de vista teleológico de la libre circulación, como pone de manifiesto la STJCE de 16-3-1977 sobre el Asunto Liegeois (93/76).



seguro obligatorio como trabajador, será uno de los requisitos adicionales establecidos en el artículo 1.a)iv), que permiten calificar como trabajador, a un sujeto asegurado voluntariamente a un sistema de SS.

En tercer lugar, conviene destacar que resulta irrelevante que el aseguramiento no sea total sino que posea un carácter parcial, en el sentido que se refiera tan sólo a alguna de las contingencias listadas en el artículo 4.1.<sup>259</sup> De acuerdo con el TJCE, este aseguramiento parcial genera períodos de seguro, que podrán ser objeto de totalización para la obtención de prestaciones asociadas a contingencias distintas.<sup>260</sup>

Como última característica hay que señalar que, a tenor del artículo 2, no resulta necesario que el aseguramiento a un sistema nacional en calidad de trabajador no exista en el momento preciso en que se solicita la aplicación del R. 1408, bastando con que <haya existido>. El alcance de esta afirmación se desarrollará en uno de los subapartados siguientes, donde se comienza analizando los criterios de discriminación del aseguramiento en calidad de trabajador desarrollados en el artículo 1.a) del R. 1408:

#### **A) Aseguramiento en calidad de trabajador**

Como se ha señalado, el artículo 1.a) i) establecía que un sujeto será considerado trabajador incluido en el ámbito subjetivo del R. 1408 cuando, entre otros requisitos, este asegurado, de forma parcial, total, voluntaria u obligatoriamente, a un régimen de SS nacional destinado específicamente a los trabajadores por cuenta ajena, propia o que sea calificado de régimen especial de funcionarios.

---

<sup>258</sup>De acuerdo con **TANTAROUDAS, Ch.** *La protection...* op. cit. p. 60 nota a pie de página N° 1. “*el seguro facultativo continuado es un supuesto particular de seguro voluntario que ha sido recogido a recomendación del Parlamento. La Sra. Unger, estaba cubierta por este tipo de seguro.*” Como es sabido, la Sra. Unger fue admitida al seguro voluntario holandés de la rama de enfermedad porque previamente había estado afiliada obligatoriamente en calidad de trabajadora a ese sistema. Según **WATSON, Ph.** *Social Security...* op. cit. p. 67, el seguro facultativo continuado, <optional continued> aludiría a la posibilidad establecida, por ejemplo en el sistema de SS alemán respecto del aseguramiento por enfermedad, que se convierte en voluntario cuando el asegurado supera determinados ingresos, permitiéndole un opting-out del sistema, en él que permanecería si manifestase su voluntad en tal sentido.

<sup>259</sup> Véase el punto 36 de la STJCE de 12-3-98 sobre el Asunto Martínez Sala (C-85/96) donde se señala: “*que una persona tiene la condición de trabajador en el sentido del Reglamento n° 1408/71 por estar asegurada, aunque sólo sea contra una contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo en el marco de un régimen general o particular de SS mencionado en la letra a) del artículo 1 del Reglamento n° 1408/71, y ello con independencia de la existencia de una relación laboral.*”

<sup>260</sup> Véase la STJCE Martínez Sala citada en la nota anterior y la de 12-5-1989 sobre el Asunto Warmerdam (388/87) donde señaló que: “*para la concesión de prestaciones por desempleo, el apartado 1 del art. 67 del R. 1408 no hace depender la totalización, por parte de la institución competente de un Estado miembro cuya legislación se supedita la concesión de esas prestaciones al cumplimiento de períodos de seguro, de los períodos de empleo cumplidos en otro Estado miembro con la condición de que esos períodos fuesen tratados como períodos de seguro por la misma rama de SS por la legislación bajo la que fueron cumplidos.*”

En primer lugar, debe señalarse que los funcionarios están incluidos en el ámbito subjetivo descrito por el artículo 2 del R. 1408, pese a no estar mencionados expresamente,<sup>261</sup> Esta inclusión, desde la aprobación del R. 1606, es completa bastando con el aseguramiento a un sistema nacional de SS, con independencia de que por su configuración interna queden encuadrados a un régimen especial de funcionarios. Los funcionarios en el marco de la coordinación deben considerarse asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, aunque, en ocasiones, se les atribuyen normas de coordinación ad-hoc como las relativas a la determinación de la Ley aplicable.<sup>262</sup>

En segundo lugar, no puede olvidarse que cuando el aseguramiento se produce en el marco en sistemas de SS aplicables de modo global a todos los residentes, o al conjunto de la población activa o rural, para distinguir a los trabajadores es preciso acudir a los criterios del artículo 1.a), diferentes según sea el aseguramiento obligatorio (incisos ii y iii) o voluntario (inciso iv). Estas normas se remiten ante la ausencia de criterios comunes y como cláusula de cierre, al Anexo I del R.1408,<sup>263</sup> donde se establecen disposiciones ad-hoc que discriminan a los trabajadores en ciertos Estados miembros. El Anexo debe ser objeto de una interpretación restrictiva pues no puede reducir el concepto del artículo 1.a) sino tan sólo concretarlo o explicitarlo.<sup>264</sup>

El artículo 1.a) ii) del R.1408 estipula que considerará trabajador a toda persona:

---

<sup>261</sup> El R. 1606 eliminó el párrafo tercero del artículo 2 poseía un párrafo tercero, que conectaba los ámbitos objetivos y subjetivos de aplicación del R. 1408: “*el presente Reglamento se aplicará a los funcionarios y al personal que, según la legislación aplicable les sea asimilado en la medida en que estén o hayan estado sometidos a la legislación de un Estado miembro a la cual es aplicable el presente Reglamento.*” En clara alusión a la exclusión del ámbito material del Reglamento establecida en el artículo 4.4 respecto de los “*regímenes especiales de funcionarios o del personal asimilado.*”

<sup>262</sup> Véase STJCE de 16-12-1993, sobre el Asunto Leguaye-Neelsen (C-28/92), o más claramente la dictada el 24-3-1994 sobre el asunto Van Poucke (C-71/93), donde se asimila a un trabajador por cuenta ajena a los efectos del R. 1408 a un funcionario médico militar de carrera en Bélgica, sometido, no obstante, a un régimen general de seguro para trabajadores por cuenta ajena, por los riesgos de invalidez y enfermedad. Un comentario de esta STJCE en **PIETERS, Danny; VANDEN BOGAERT, Stefaan.** “The Co-ordination...” op. cit. p.132 y ss..

<sup>263</sup> El Anexo I del Reglamento sobre “*Campo de aplicación personal del Reglamento*” fue introducido por el Reglamento 1390/81 afirmándose en su preámbulo que responde a la necesidad de aclarar los conceptos de trabajador por cuenta ajena o propia, que se recogen en la letra a) del artículo 1 del R.1408, cuando el interesado esta sometido a un régimen de SS aplicable a todos los residentes.

<sup>264</sup> Así se señaló en la STJCE de 29-9-76 sobre el Asunto Brack (17/76) y en la de 22-5-1980 sobre el Asunto Walsh (142/79). La interpretación restrictiva rige sobre todo respecto de aquellas disposiciones que exigen requisitos adicionales para ser considerado trabajador a los efectos de acceder vía coordinación a determinadas prestaciones. En este último sentido, véase la STJCE de 12-5-1998 sobre el Asunto Martínez Sala (C-85/96), donde se analizan los requisitos a los que Alemania supedita la calificación de trabajador con el objeto de adquirir, vía coordinación, prestaciones familiares.

- ii) *Que esté asegurada con carácter obligatorio contra una o varias contingencias correspondientes a las ramas a las cuales se aplica el presente Reglamento, en el marco de un régimen de seguridad social que sea de aplicación a todos los residentes o al conjunto de la población activa:*
- *Cuando las formas de gestión o de financiación de este régimen permitan identificarla como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia.*
  - *Cuando, a falta de tales criterios, esté asegurada en virtud de un seguro obligatorio o facultativo continuado contra alguna otra contingencia especificada en el Anexo I, en el marco de un régimen aplicable a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia o de un régimen mencionado en el inciso iii) o, a falta de un régimen semejante en el Estado miembro afectado, cuando responda a la definición dada en el Anexo I.*
- iii) *que esté asegurada con carácter obligatorio contra varias contingencias correspondientes a las ramas a las cuales se aplica el presente Reglamento, en el marco de un régimen de SS aplicable de manera uniforme al conjunto de la población rural, según los criterios fijados en el Anexo I.*

El primer criterio alude a la participación de los trabajadores en el sostenimiento financiero del sistema, y a la posibilidad de que en el marco de un sistema universal éstos sean incluidos en un nivel contributivo en cuyo marco se les exija una cotización conectada con sus ingresos derivados de la realización de una actividad profesional. Este criterio permite, simultáneamente, discriminar en el marco de algunos sistemas entre los trabajadores asegurados por cuenta ajena y propia, al ser destinatarios de normas de cotización diversas.<sup>265</sup> El segundo criterio permite considerar trabajador al sujeto que está asegurado respecto de ciertas contingencias específicas mencionadas en el Anexo I, que conectan con el desempeño de una actividad profesional, como enfermedades o accidentes profesionales, o el propio desempleo.<sup>266</sup> Si estos criterios no

---

<sup>265</sup> En la STJCE de 19-1-1978 sobre el Asunto Tessier (84/77) se señaló que “...el ciudadano de un Estado miembro que haya estado sometido, en otro Estado miembro, a un régimen de SS aplicable a todos los residentes sólo puede beneficiarse de las disposiciones del Reglamento si puede identificarse como trabajador por cuenta ajena, en el sentido del inciso ii) de la letra a) del artículo 1 de este Reglamento. En lo que afecta en concreto al Reino Unido, esta identificación depende, en ausencia de otro criterio, según el Anexo V del mismo Reglamento, de si ha estado obligado al pago de cotizaciones de SS en calidad de trabajador por cuenta ajena”. Sobre las modalidades de cotización británicas y su inclusión en el citado Anexo, véase WATSON, Ph. *Social Security*...op. cit. p. 66 y 67.

<sup>266</sup> En la STJCE de 12-6-1997, sobre el Asunto Merino García, (C-266/95), se alude a este inciso ii) de la letra a) del artículo 1 del R.1408, que se pone en relación con la letra b) del punto C del número I del Anexo I relativo a Alemania. En el citado Anexo se exigía, para que un trabajador se pudiera beneficiar vía comunitaria de la adquisición de determinadas prestaciones familiares, que existiese un aseguramiento obligatorio del interesado al riesgo de desempleo o bien que una vez disfrutado de dicho seguro obtuviese

son suficientes, finalmente se establece una definición ad-hoc de trabajador en determinados Estados miembros, recogida en el Anexo I.<sup>267</sup> El inciso iii) alude específicamente a las normas recogidas en tal Anexo respecto de ciertos Estados miembros donde ante el aseguramiento obligatorio de toda la población agraria, es preciso distinguir entre trabajadores autónomos y por cuenta ajena<sup>268</sup>

Por último, el inciso iv) del artículo 1.a) el legislador comunitario estipula que se considerarán trabajadores por cuenta ajena y propia a toda persona:

- iv) *que esté asegurada con carácter voluntario contra una o varias contingencias correspondientes a las ramas a las cuales se aplica el presente Reglamento en el marco de un régimen de Seguridad Social de un Estado miembro aplicable a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, o de todos los residentes o de ciertas categorías de residentes:*
- *si ejerce una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia*
  - *o si anteriormente ha estado asegurada con carácter obligatorio contra la misma contingencia en el marco de un régimen aplicable a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia del mismo Estado miembro.*

El primer criterio empleado en el inciso iv), para considerar trabajador a la persona asegurada voluntariamente, alude al desarrollo efectivo de una actividad profesional por cuenta ajena o propia que, quizás por su escasa envergadura, no exija un aseguramiento obligatorio al sistema de SS.<sup>269</sup> El segundo punto del inciso iv) adopta un criterio de Derecho de la SS, exigiendo la existencia de un aseguramiento previo obligatorio del interesado, por la misma contingencia de la que desea prevalerse, en un régimen aplicable a trabajadores por cuenta ajena o propia.<sup>270</sup>

---

prestaciones en metálico del seguro de enfermedad o prestaciones análogas. El Sr. Merino no cumplía tales requisitos, al encontrarse en el marco de un largo permiso retribuido que no se contempla en los supuestos mencionados, por lo que no se pudo aplicar el R. 1408 para obtener unas asignaciones alemanas por sus hijos a cargo, residentes en España.

<sup>267</sup> Véase sobre una de estas normas específicas del Anexo I aplicable por los Países Bajos la STJCE de 13-10-1993 sobre el Asunto Zinnecker (C-121/92).

<sup>268</sup> **RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel.** *La SS...* op. cit. p. 99

<sup>269</sup> Criterio establecido en la STJCE dictada el 9-7-1987 sobre el Asunto Laborero y Sabato (82/86 y 103/86), donde señaló que “una persona asegurada en virtud de un seguro voluntario como el creado por la Ley belga de 17 de julio de 1963 que durante el periodo en que participó en dicho régimen de seguro, ejerció una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia debe considerarse <trabajador>”. El TJCE ha interpretado de manera muy laxa este artículo 1.a.iv) y la necesidad de que exista de forma simultánea al aseguramiento una actividad profesional, como se deduce de la STJCE de 23-10-1986 sobre el asunto Van Roosmalen (300/84).

Hay que destacar, que para poder considerar a una persona asegurada voluntariamente como trabajador es necesario que cumpla todos los requisitos formales y materiales exigidos por el sistema nacional de SS a la que está vinculado. Sin embargo, cuando el aseguramiento tenga carácter obligatorio, el TJCE ha considerado, con el exclusivo objeto de incluir a una persona en el ámbito subjetivo del R. 1408, que es posible contemplar tal aseguramiento en un sentido no formalista. En efecto, no es necesario que esta persona se encuentre formalmente asegurado a un sistema nacional, bastando con que cumpla los requisitos de carácter material, es decir, aquéllos que afectan al fondo de la relación que se pretende constituir.<sup>271</sup>

### **B).- Aseguramiento actual o previo**

En este subepígrafe se analizará el alcance de la expresión <hayan estado> contenida en el artículo 2 del R.1408 que considera trabajadores a quienes “... estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros...”. Se ha señalado, en primer lugar, que su objetivo sería permitir que un trabajador no activo, en el sentido laboral del término, se beneficie de la normativa de coordinación y de la posibilidad de obtener en su marco derecho a prestaciones. De manera que “la aplicación del Reglamento se independiza de la condición de trabajador, en un momento en que los requisitos típicos de la territorialidad del derecho de SS le podrían ser opuestos con mayor facilidad”.<sup>272</sup> En este sentido, algunos autores han conectado la expresión <hayan estado> con el propio alcance del Derecho a la libre circulación que permite a los trabajadores migrantes permanecer en el territorio del Estado donde han ejercido previamente una actividad laboral, o disfrutar sin discriminaciones de los derechos ya adquiridos.<sup>273</sup> No obstante, conviene recordar que el concepto de trabajador

---

<sup>270</sup> Sobre la posibilidad de calificar como trabajadores, siguiendo este criterio, a sujetos asegurados voluntariamente a una única rama de un Régimen de SS, véanse muy tempranamente, la STJCE de de 19-3-1964 sobre el Asunto Unger (75/63) o la STJCE de 30-6-1966 sobre el Asunto Vaassen-Gobbels (61/65). En efecto, las señoras Unger y Vaasen habían sido admitidas a un aseguramiento voluntario de enfermedad al haber estado aseguradas previamente como trabajadoras en sus respectivos sistemas

<sup>271</sup> Este doctrina <no formalista> fue sentada en la STJCE de 15-12-1976 sobre el asunto Mouthaan (39/76), donde se dilucidaba si era posible calificar como “trabajador por cuenta ajena” en el sentido del artículo 1.a) del R.1408, a un sujeto que no había cumplido los requisitos formales de aseguramiento obligatorio en el marco de la legislación competente: “... la calidad de trabajador en el sentido del Reglamento N° 1408/71 debe considerarse como adquirida desde el momento en que el trabajador satisfaga las condiciones materiales objetivamente fijadas por el régimen de SS que le sea aplicable, aunque los procedimientos necesarios para su afiliación no hubieran sido cumplidos”.

<sup>272</sup> En este sentido de deslaboralización **FERNANDEZ LOPEZ, M.F.** “Ambito...” op. cit. p.21. y **GARRIDO PEREZ, Eva.** “Noción de trabajador beneficiario...” op.cit. P. 82,

en el ámbito de la coordinación es, desde su propia definición, independiente del concepto laboral de trabajador. Por este motivo, la expresión <hayan estado> ha de estar referida a un aseguramiento previo en calidad de trabajador, normalmente consecuencia del desempeño de una actividad profesional, aunque no necesariamente vinculado a la misma. En cualquier caso, el legislador comunitario valora ese aseguramiento previo en calidad de trabajador y considera que el sujeto que lo haya ostentado debe permanecer incluido, como trabajador, en el ámbito subjetivo de aplicación del R. 1408.<sup>274</sup> Desde esta perspectiva, los períodos de seguro cumplidos en calidad de trabajador en un sistema nacional generan no sólo una expectativa de derecho a prestaciones en el marco de la legislación de SS de ese Estado, sino que simultáneamente, habilitan al migrante a recurrir al R. 1408 para la protección de tal expectativa, por ejemplo, vía totalización,<sup>275</sup> pudiendo asimismo obtener la protección que le brindan los sistemas nacionales de SS. Asimismo, desde este punto de vista tuitivo, hay que señalar que el R.1408 no sólo protege derechos originarios si no, como se pondrá de manifiesto, derechos derivados a favor de supervivientes, para cuyo reconocimiento, obviamente, será necesario contemplar, desde esta perspectiva preterita, el aseguramiento del trabajador migrante

---

<sup>273</sup> **ROCCELLA, Massimo y TREU, Tiziano.** *Diritto del Lavoro della Comunità Europea.* Cedam . Milán. 2ª ed. 1995. P. 139, señalan que esta posibilidad surge del carácter instrumental de la coordinación respecto del derecho de libre circulación de los trabajadores y la posibilidad que brinda el artículo 39.3 TCE de permanecer en el Estado miembro donde se ha estado empleado. Véase en ese sentido el apartado 59 de la STJCE de 31-5-01 sobre el Asunto Leclere (C-43/99), referida a un antiguo trabajador que disfruta de una pensión vinculada a una relación laboral previa, sigue siendo considerada.

<sup>274</sup> Véase el apartado 37 de la STJCE de 12-3-1998 sobre el Asunto Martínez Sala (C-85/96) donde respecto de la interpretación correcta del artículo 2 del R.1408 se señala: “*que la Comisión entiende, por consiguiente, que la demandante debe ser considerada trabajador en el sentido del Reglamento n° 1408/71 por el mero hecho de haber estado acogida al seguro obligatorio de pensión de jubilación en Alemania...*”. En este sentido **GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDÁ, C.** “Concepto de trabajador. Prestación familiar. Requisito de posesión de un permiso de residencia. Aplicación del artículo 8 A del Tratado de la Unión. Comentario a la STJCE de 12 de marzo de 1998” RMTAS. N° 17/99 p. 252 que señala que “*el uso del tiempo pasado <hayan estado> permitiría entender que también pueden ser considerados trabajadores quienes en el pasado cumplían las condiciones requeridas aun cuando no se cumplan totalmente en el presente prevaleciendo y perdurando la calificación de trabajador en el transcurso de del tiempo.*”

<sup>275</sup> Véase la STJCE de 22-5-1980 sobre el Asunto Walsh (143/79) donde se señala que “*una persona que, según la legislación de un Estado miembro, tiene derecho a prestaciones a las que se aplica el Reglamento, en virtud de las cotizaciones que con anterioridad realizó obligatoriamente, no pierde su condición de <trabajador> en el sentido de los Reglamentos 1408/71 y 574/72 por el hecho de que en el momento de producirse el hecho causante ya no pagase cotizaciones ni estuviese obligado a hacerlo*”. Véase también los puntos 26 y ss de la STJCE de 23 de noviembre de 2000 sobre el Asunto Elsen (C-135/99) que versa sobre la solicitud de una pensión de vejez por una trabajadora fronteriza que finalmente abandona toda actividad profesional y que al ser considerada trabajadora en el marco del R.1408 logra la asimilación de ciertos períodos de seguro ficticios concedidos por la legislación de SS alemana por el cuidado de hijos y su posterior totalización.

causante de la cobertura. En definitiva, esta expresión permite calificar a un sujeto como trabajador, a la luz del artículo 1.a) del R. 1408, con base en un aseguramiento previo, pues, como señaló el TJCE, en el apartado 19 de la STJCE de 9-7-1987 sobre el Asunto Laborero y Sabato (82 y 103/86), *“la condición de trabajador debe apreciarse en relación con el período durante el cual el asegurado participó en el régimen de SS considerado.”*<sup>276</sup>

En segundo lugar, hay que señalar que el legislador comunitario consciente de la relevancia jurídica del aseguramiento previo en el marco del R. 1408, ha establecido en el seno del Título II una norma de conflicto ad-hoc para este colectivo en el artículo 13.2.f) que les vincula a la ley del Estado miembro de residencia. Esta disposición, que se estudiará en el siguiente capítulo, está destinada expresamente a aquellas personas que *“deje de serle aplicable la legislación de un Estado miembro, sin que por ello pase a aplicársele la legislación de otro Estado miembro”*.<sup>277</sup>

Por último, en virtud de la expresión <hayan estado> podrían calificarse de trabajadores en el marco del ámbito subjetivo del Reglamento, a los beneficiarios de prestaciones derivadas de su aseguramiento previo en tal calidad, por ejemplo, pensionistas de jubilaciones contributivas de invalidez o vejez. Estos beneficiarios, otrora trabajadores, pueden ejercer su derecho a la libre circulación; reconociéndoles expresamente la Directiva 90/365 su derecho a residir en otro Estado miembro, siempre que no constituyan una carga excesiva para el Estado miembro de acogida.<sup>278</sup> Hay que señalar, que el R. 1408 para solucionar los problemas de SS derivados del ejercicio de la

---

<sup>276</sup> Véase STJCE de 10-3-1992 sobre el Asunto Twomey (C-215/90) donde la vinculación previa al sistema británico como trabajadora permitió la aplicación del R. 1408 a la Sra. Twomey, a pesar de que cuando solicita prestaciones de enfermedad, había cesado tal afiliación y no realizaba actividad profesional en Irlanda, donde residía.

<sup>277</sup> Entre los sujetos incluidos en la expresión <hayan estado> y destinatarios del artículo 13.2.f), se puede aludir a aquéllos que habiendo estado asegurados a un sistema en calidad de trabajadores, en el momento de solicitar la aplicación del R.1408 son beneficiarios de una prestación de prejubilación, o una prestación complementaria, legislaciones no incluidas en el ámbito objetivo del R. 1408. Estos sujetos que ya no están sometidos como trabajadores a ninguna legislación se consideran trabajadores en virtud de ese aseguramiento previo, pudiendo al cumplir la edad de jubilación prevalerse de la norma de coordinación para obtener una prestación de vejez en su marco. En el apartado 11 de la STJCE de 16-1-1992 sobre el Asunto Comisión v. Francia (C-57/90) se alude a este colectivo compuesto por *“...los beneficiarios de una pensión de jubilación anticipada o de una pensión de jubilación complementaria son trabajadores en el sentido de la letra a) del artículo 1 del Reglamento n° 1408/71 y que están comprendidos dentro del ámbito de aplicación personal de dicho Reglamento, descrito en su artículo 2”*.

<sup>278</sup> Véase el artículo 1 de esta Directiva (DOCE N° L 180 de 13-7-1990, p. 28 y 29)

libre circulación de este colectivo de pensionistas, salvo la aplicación de normas ad-hoc, les asimila completamente a los trabajadores.<sup>279</sup>

#### **V-1-1-2.- Nacionalidad comunitaria.**

A tenor del artículo 2 del R. 1408 y como ha sido reiterado unánimemente por la doctrina,<sup>280</sup> para ser considerado trabajador, a efectos de inclusión en el ámbito subjetivo del R.1408, es preciso ser ciudadano comunitario, esto es, ostentar la nacionalidad de un Estado miembro.<sup>281</sup> El artículo 2 del R. 1408 establece una única excepción a este requisito respecto a apátridas o refugiados, exigiéndose a ambos colectivos, carentes del derecho a la libre circulación, la residencia en algún Estado miembro.<sup>282</sup> En efecto, el resto de trabajadores extracomunitarios están excluidos del R. 1408, pese a residir legalmente en un Estado miembro y estar afiliados como trabajadores a un sistema nacional de SS al que cotizan. Estos sujetos, aunque carecen del derecho a la libre circulación, en ocasiones trabajan a lo largo de su vida laboral en varios Estados miembros y, en ocasiones, son desplazados a trabajar a otro Estado miembro en el marco de una prestación de servicios,<sup>283</sup> poniéndose así de manifiesto la

---

<sup>279</sup> Véanse los apartados 24 y 26 de la STJCE de 5-3-1998 sobre el Asunto Kulzer (C-194/96) donde se señala que “*aún cuando no desempeñen actividad profesional o mercantil alguna, los pensionistas que tengan derecho a percibir pensiones con arreglo a la legislación de uno o más Estados miembros entran dentro de las disposiciones del Reglamento relativas a los <trabajadores>, en virtud de su condición de asegurados bajo un régimen de SS, a menos que estén sometidos a disposiciones especiales establecidas para ellos.*” En el mismo sentido, véase la STJCE de 31-5-1979 sobre el Asunto Pierik I (182/78).

<sup>280</sup> Por todos, **PANAYOTOPOULOS, Marius**. *La Sécurité sociale des travailleurs migrants. Etude sur les règlements de la CEE et la situation de la Suisse*. Georg. Geneve. 1975. P. 25.

<sup>281</sup> Véase la STJCE de 14-11-1990 del TJCE sobre el Asunto Buhari Haji (105/89), donde el TJCE negó taxativamente que el interesado pudiera prevalerse de las normas de coordinación al señalar que cuando trabajaba y pagaba cotizaciones en el entonces Congo Belga era nacional británico, esto es, de un Estado que aún no era miembro de la Comunidad Europea; y, por otro lado, el interesado perdió su condición de nacional de dicho Estado antes de la adhesión del mismo a la Comunidad.

<sup>282</sup> Definidos, respectivamente, en el artículo 1.e) del R.1408 que se remite al significado que le atribuye el artículo 1º del Convenio relativo al Estatuto de los apátridas firmado en Nueva York el 28 de septiembre de 1954; y en el artículo 1.d) del R.1408 que se remite al significado que le atribuye el artículo 1º del Convenio relativo al estatuto de los refugiados firmado Ginebra el 28 de julio de 1951. Sobre los orígenes históricos de la inclusión de estos colectivos en el R.1408 como reflejo de obligaciones asumidas previamente en el ámbito internacional, véanse los apartados 23 y siguientes de las Conclusiones del Abogado General el 30-11-2000 sobre el Asunto Khalil (C-95/99 a C-98/99 y C-180/99).

<sup>283</sup> Véase sobre los desplazamientos de estos trabajadores en el marco de la libre prestación de servicios, la STJCE de 3-2-1982 sobre los asuntos Seco y Desquenne (62 y 63/81), la de 27-3-1990 Asunto Rush Portuguesa (27-3-1990) y más claramente en la STJCE de 9-8-1994 sobre el Asunto Van der Elst (C-43/93). Actualmente existe una Propuesta de Directiva relativa “*a las condiciones de desplazamiento de los trabajadores asalariados, nacionales de un tercer Estado, en el marco de una prestación de servicios transfronterizos*” (COM/2000/ 0271 final. DOCE N° C 311 E de 31-10-2000, p. 187-196)



necesidad de que se aplicase la normativa de coordinación para proteger sus derechos de SS.<sup>284</sup>

Respecto del momento en que los trabajadores deben ostentar este requisito de la nacionalidad, la doctrina<sup>285</sup> ha señalado, basándose en la STJCE Belbouab (10/78)<sup>286</sup> que la nacionalidad comunitaria debe ostentarse cuando se están cubriendo períodos de seguro, esto es, en el momento de desarrollo de la relación de afiliación-cotización. Se consideró insuficiente ostentar la nacionalidad en el momento de solicitar las prestaciones; afirmación que sólo cuestionaban cuando el interesado pretendía prestaciones no contributivas.<sup>287</sup> Estos autores consideran inevitables algunos efectos injustos derivados de esta interpretación, pues en su marco existe la posibilidad de que un ciudadano de un tercer Estado, tras haber cotizado en diferentes Estados miembros, adquiera finalmente la nacionalidad en uno de ellos y no pueda prevalerse del sistema comunitario de coordinación, con base en esta nacionalidad comunitaria tardía. Sin embargo, no parece que el tenor de esta STJCE avale tal consecuencia jurídica, contraria a la finalidad tuitiva del R.1408, pues perjudicaría a un sujeto que, en el momento de la solicitud de la prestación, es un trabajador comunitario de acuerdo con el artículo 2 del R. 1408. Este trabajador debe considerarse incluido en el ámbito subjetivo de las normas de coordinación pudiendo, si fuera necesario, totalizar los períodos de seguro acreditados en los distintos Estados miembros, con independencia de la

---

<sup>284</sup> Entre otras muchas, no se beneficiarán de la totalización, no podrán exportar sus prestaciones a otro Estado miembro, ni podrán exigir que el sistema de SS del Estado miembro, donde está afiliado como trabajador, se haga cargo de la asistencia médica urgente que haya precisado en otro Estado miembro como consecuencia, por ejemplo, de un accidente de tráfico en los largos desplazamientos que realizan para retornar a sus Estados de origen en verano.

<sup>285</sup> Por todos, **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. “Le champ d’application...” op. cit. p. 2.

<sup>286</sup> STJCE de 12-10-1978 sobre el Asunto Belbouab (10/78) que versaba sobre un trabajador nacido en Argelia, que gozaba de la nacionalidad francesa, y que había trabajado con tal nacionalidad en Francia y Alemania. Posteriormente con la independencia argelina pierde la nacionalidad francesa y ya con nacionalidad argelina solicita a las autoridades alemanas el reconocimiento de una pensión de vejez que exige, para su reconocimiento, la totalización de los períodos de seguro franceses. El TJCE señaló que: *“el apartado 1 del artículo 2, en relación con el apartado 2 del artículo 94 del Reglamento (CEE) 1408/71, debe interpretarse en el sentido de que garantiza el cómputo de todos los períodos de seguro, de empleo o de residencia cubiertos bajo la legislación de un Estado miembro antes de la fecha de entrada en vigor de dicho Reglamento, para la determinación de los derechos adquiridos de acuerdo con sus disposiciones, con la condición de que el trabajador migrante haya sido ciudadano de uno de los Estados miembros en el momento de su cumplimiento.”*

<sup>287</sup> Sobre la oportunidad de cambiar el criterio general respecto de las prestaciones no contributivas, al ser irrelevantes para su reconocimiento los períodos de seguro cumplidos previamente. **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. “Qui est protégé par la coordination? Quels régimes sont concernés?” *Europe Social*. Nº 3/1992. P. 24. **SEMPERE NAVARRO, Antonio V.** “Problemas aplicativos...” op. cit. p.154.

nacionalidad extracomunitaria ostentada en el momento de su cumplimiento.<sup>288</sup> Desde esta perspectiva, la mencionada STJCE Belbouab debe entenderse como una excepción, tuitiva y protectora de los derechos en curso de adquisición, a la norma general de ostentación de la nacionalidad en el momento de solicitar la prestación. Esta conclusión se puede exponer desde un punto de vista más general, señalando que la nacionalidad debe ostentarse en el momento en que se solicita la aplicación del R. 1408, normalmente, para el reconocimiento de prestaciones, aunque también para solicitar el amparo de las normas de conflicto del Título II, que le permiten estar afiliado y cotizando a un único sistema nacional.

#### **A).- La protección convencional de los trabajadores extracomunitarios.**

La Comunidad Europea ha firmado Acuerdos de Cooperación con terceros Estados, que no sustituyen a los numerosos convenios bilaterales que pudieran vincularles con algunos Estados miembros, cuando de estos últimos dimanen mejores derechos, en materia de SS, para los interesados.<sup>289</sup> Entre tales Acuerdos destacan los firmados por la Comunidad con los países del Magreb y Turquía, no sólo porque incluyen cláusulas de igualdad de trato por razón de la nacionalidad,<sup>290</sup> sino porque sobre su alcance, como parte del ordenamiento jurídico comunitario, se ha pronunciado

---

<sup>288</sup> Así lo apuntó **RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel**. *La Seguridad ...* Op.cit. p.104 que ante dicha adquisición a posteriori de la nacionalidad comunitaria, por quien no la ostentaba en el momento del cumplimiento de los períodos de seguro y empleo, señaló que: “*la solución más probable debe ser la de afirmar la aplicación de la regulación comunitaria, puesto que la tesis jurisprudencial más que dar un criterio firme para todos los casos, formula su posición desde la idea del respeto de los derechos adquiridos. El texto del artículo 2 no deja lugar a dudas de que la nacionalidad actual del trabajador unida al estar o haber estado sujeto a la legislación de SS de uno de los países miembros es necesario y suficiente para la inclusión en el Reglamento núm 1408/71.*” Esta es, en la práctica, la postura adoptada por el INSS, que concede prestaciones a aquellos sujetos que ostentan la nacionalidad comunitaria cuando solicitan prestaciones y acreditan cotizaciones en el marco de algún sistema de SS de un Estado miembro

<sup>289</sup> Una recopilación de los principales Acuerdos entre la Comunidad y terceros Estados que prevén disposiciones en materia de SS en **PALMERO ZURDO, Javier**. “Las Normas de Coordinación en Materia de SS para Trabajadores Migrantes”. /en/ **VVAA**. *La SS de los migrantes. Y el papel de las Organizaciones sindicales en los Estados miembros de la Unión Europea*. Unión . 1997. p. 42 y ss. Más recientemente, véase sobre su contenido **GARCON ESTRADA, Helene**. “Los nacionales de países terceros y Europa” NUE. N° 157/feb. 1998 P. 40 y ss. **MORENO CALIZ, Susana**. “Aplicación de los Reglamentos comunitarios de SS a los trabajadores extracomunitarios”. RMTAS N° 22/00, p. 42 y ss. **ALVAREZ CORTES, J. C.** “Las relaciones exteriores comunitarias y sus efectos respecto de la SS de los trabajadores migrantes.” RMTAS. N° 27/2000. P. 70.

<sup>290</sup> Estas cláusulas de igualdad de trato están presentes en los “*Acuerdos Euro-Mediterraneos*” con Tunes y Marruecos (BOEs de 26-3-98 y de 26-2-1998 respectivamente). Asimismo respecto del Acuerdo de asociación con Turquía firmado el 12-9-1963 (DOCE L 217 de 29-12-1964), véase esta cláusula en el artículo 3.1 de la Decisión n° 3/80 de 19 de septiembre de 1980, relativa a la aplicación de los regímenes de SS de los Estados miembros de las Comunidades Europeas a los trabajadores turcos y a los miembros de sus familias, (DOCE C 110 de 25 de abril de 1983).

reiteradamente el TJCE.<sup>291</sup> Como se deriva de esta jurisprudencia, los trabajadores nacionales de estos países y sus familiares disfrutaban del principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad, que posee efecto directo y no está supeditado a la aprobación de una norma de desarrollo al haberse establecido en términos suficientemente precisos, claros e incondicionales.<sup>292</sup> A través de este principio, dichos trabajadores extracomunitarios logran, en materia de SS, la equiparación en materia de SS respecto de los trabajadores nacionales sedentarios del Estado de acogida, sin solucionarse, no obstante, los problemas cuya solución pretenden las normas de coordinación. En efecto, a diferencia del principio de no discriminación, las técnicas de coordinación previstas en estos Acuerdos, como la totalización o la exportación de prestaciones, no poseen efecto directo, y no podrán ser alegadas hasta que sean objeto de un desarrollo normativo posterior.<sup>293</sup>

Por último, hay que señalar que algunos autores han sostenido que el "... principio general de no-discriminación por razón de la nacionalidad que contienen estos Acuerdos "... *conlleva la aplicación de toda la legislación del Estado europeo de inmigración, inclusive del R. 1408/71*", es decir, que los trabajadores extracomunitarios y sus familiares incluidos en el ámbito subjetivo de estos Acuerdos, podían, por esta vía, solicitar la aplicación de la normativa comunitaria de coordinación.<sup>294</sup> Sin embargo, tal interpretación extensiva no puede prosperar ya que

---

<sup>291</sup> Como es sabido, los Tratados internacionales firmados por la CE son fuente del Derecho comunitario y son interpretados por el TJCE en el marco de cuestiones prejudiciales. **ISAAC, Guy.** *Manual de Derecho Comunitario General.* Ariel Derecho. Barcelona. 2000. P. 208 y ss.

<sup>292</sup> Véanse sobre el efecto directo del principio de igualdad en el marco del Acuerdo con Marruecos la STJCE de 31-1-1991 sobre el Asunto Kziber (C-18/90) que consideró que tal cláusula contenía "*una obligación clara y precisa que no está subordinada, en su puesta en práctica o efectos, a la adopción de medida subsiguiente alguna*" y las STJCEs: de 20-4-1994 sobre el Asunto Yousfi (C-58/93), de 3-10-1996 sobre el asunto Hallouzi-Choho (C-126/95) y de 2-3-1999 sobre el Asunto El-Yassini (C-416/96). Respecto del Acuerdo con Argelia, la STJCE de 5-4-1995 sobre el Asunto Krid (C-103/94) y la de 15-1-1998 sobre el Asunto Babahenini (C-113/97). Respecto del Acuerdo con Turquía véase el apartado 74 de la STJCE de 4-5-1999 sobre el Asunto Sürül (C-262/1996), ratificada por la STJCE de 14-3-00 sobre el asunto Kocak (C-102/98 y C-211/98).

<sup>293</sup> Véase sobre la necesaria adopción de medidas complementarias de desarrollo de los artículos 12 y 13 del Acuerdo con Turquía, los apartados 33 y 37 de la STJCE de 10-9-1996 Asunto Taflan Met (277/94) Comentada por **PEERS, Steve.** "Equality..." op.cit. P.347 y ss. y muy críticamente por **JORENS, Yves.** "La position juridique des travailleurs turcs en droit européen de la sécurité sociale: l'affaire Taflan-Met de la Cour de justice ou le mythe de Sisyphe". *Revue de Droit Social.* 1997/N° 1.p. 205 y ss. **GARCON ESTRADA, Hélène.** "Los nacionales..." op. cit. P. 42

<sup>294</sup> **GONZALEZ SANCHO LOPEZ, E.** "La SS de los migrantes no comunitarios que trabajan en la Comunidad Europea". *Revista del Trabajo y de la SS.* Enero-marzo 1993. P. 158; **MORENO CALIZ, Susana.** "Aplicación..." op. cit. p. 55 y 65. En este mismo sentido **ALVAREZ CORTES, J. C..** "Las

*“la interconexión del principio de igualdad con la libertad de circulación pone aquél al servicio de ésta, y por ello ese principio no se aplica más allá de la esfera subjetiva propia de la libertad de circulación, los trabajadores migrantes nacionales de Estados miembros o, en su caso, asimilados.”*<sup>295</sup> Tampoco debe entenderse que se aplica el R. 1408 a estos ciudadanos extracomunitarios, por el hecho de que tales Acuerdos realicen remisiones parciales a principios y conceptos presentes en la norma comunitaria definiéndose, por ejemplo, de forma análoga su ámbito objetivo de aplicación.<sup>296</sup> Estos Acuerdos continúan manteniendo grandes divergencias respecto del R. 1408, siendo paradigmática la definición de su ámbito subjetivo, que suele incluir sólo a trabajadores por cuenta ajena y permitiendo a sus familiares ser beneficiarios de derechos originarios, resultando desde esta perspectiva más tuitivos que el propio R. 1408.<sup>297</sup>

### V-1-2.- LOS ESTUDIANTES

El Reglamento N° 307/99 de 8-2-1999 modificó el artículo 2 del R.1408 incluyendo expresamente a los estudiantes, de nacionalidad comunitaria, en el ámbito subjetivo de la normativa de coordinación.<sup>298</sup> Esta inclusión era acorde con los constantes programas comunitarios de fomento de estudios en otros Estados miembros, en cuyo territorio, en virtud de la Directiva 93/96, gozaban de un derecho de

---

relaciones...” op. cit P. 70, que mantiene que *“la igualdad de trato debe entenderse respecto no sólo de las legislaciones nacionales de SS sino también respecto de los Reglamentos comunitarios aplicables...”*

<sup>295</sup> **RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel.** “Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo” Temas Laborales. N° 59/2001. P. 14.

<sup>296</sup> **NEUWAHL, Nanette.** “Social Security under the EEC-Morocco Cooperation Agreement”. European Law Review. Vol.16. N° 4/ August 1991. P. 332. Véanse apartado 25 de la STJCE del Asunto Kziber (C-18/90), reiterado en el apartado 24 de la STJCE sobre el Asunto Yousfi (C-58/94), en el apartado 25 de la STJCE Hallouzi-Choho (C-126/95), el apartado 32 de la STJCE Krid (C-103/94) y el apartado 26 de la STJCE Babahenini (C-113/97).

<sup>297</sup> En el apartado 30 de la STJCE de 30-10-1996 sobre el asunto Hallouzi-Choho (C-126/95) se señaló que *“...basta destacar que el ámbito de aplicación personal del apartado 1 del artículo 41 del Acuerdo no es idéntico al del Reglamento n° 1408/71 definido en su artículo 2, de modo que la jurisprudencia que distingue entre derechos derivados y derechos propios de los miembros de la familia del trabajador migrante en el marco del Reglamento n° 1408/71, definido en su artículo 2, de modo que la jurisprudencia que distingue entre derechos derivados y derechos propios de los miembros de la familia del trabajador migrante en el marco del Reglamento n° 1408/71, jurisprudencia que, por otra parte, ha precisado recientemente la STJCE de 30 de abril de 1996, Cabanis-Issarte (C-308/93) no puede ser aplicable en el marco del Acuerdo, tal como resulta de la STJCE Kziber, antes citada (véase por analogía la STJCE de 5-4-1995, Krid (C-103/94) apartado 39 ...)”*

<sup>298</sup> Este Reglamento (DOCE L 38 de 12-2-99) pone fin a una exclusión que había sido considerada *“manifiestamente incompatible con el Tratado de Maastricht que instituye la Europa de los ciudadanos”* **VOIRIN, Michel.** “El futuro de la SS de los Trabajadores ...” op. cit. p.66.

residencia.<sup>299</sup> Este nuevo colectivo fue definido, a los efectos del R. 1408, en el artículo 1.c bis) del mismo:

*“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 SS general o en el de un régimen de SS especial aplicable a los estudiantes”.*

Esta definición se compone de dos partes, **una primera**, que les identifica desde una perspectiva negativa y subsidiaria, considerado estudiante sólo a aquél nacional comunitario que no pueda quedar incluido en el ámbito subjetivo del R.1408 como trabajador, o como familiar o superviviente de un trabajador comunitario o extracomunitario.<sup>300</sup> Se deduce, por tanto, que los sujetos que no sean nacionales comunitarios, aunque sean estudiantes en el sentido positivo que se describirá a continuación, nunca podrán ser calificados como tales en el marco del R. 1408, recibiendo su protección sólo en la medida en que sean considerados familiares y supervivientes nacionales de un trabajador comunitario. Paradójicamente, a tenor del artículo 2.2, los supervivientes de estos <estudiantes extracomunitarios>, que posean nacionalidad comunitaria podrán prevalerse del R. 1408 para la obtención de derechos derivados. En la **segunda** parte se define a este colectivo desde una perspectiva positiva, exigiéndose la concurrencia simultánea de dos requisitos para que una persona pueda ser calificada como estudiante. Por un lado, en términos muy semejantes a los empleados en la Directiva 93/96, el estudiante debe estudiar o recibir *“una formación profesional para obtener una titulación reconocida oficialmente por las autoridades de un Estado miembro”*. Por otro lado, el artículo 1.c).bis) in fine exige en que el estudiante *“esté asegurado en el marco de un régimen de SS general o en el de un régimen de SS especial aplicable a los estudiantes.”*

Como se señaló al comienzo del análisis del ámbito subjetivo del R. 1408, debía entenderse que los estudiantes se asimilaban a los trabajadores; sin embargo, una lectura del articulado del R. 307/99, permite afirmar que el grado de coordinación establecido

---

<sup>299</sup> Directiva 93/96/CEE del Consejo de 29-10-1993 relativa al derecho de residencia de los estudiantes (DOCE N° L 317 de 18-12-1993, p. 59 y 60.)

<sup>300</sup> Ya se había advertido la desprotección que sufrían concretamente los estudiantes comunitarios que no eran familiares o supervivientes de un trabajador comunitario. **BOSSCHER, Annette**. “La SS de los

para este nuevo colectivo no es completamente equiparable. Es cierto que se propicia una asimilación respecto de los derechos de cobertura que les asisten respecto de algunas contingencias, especialmente las de maternidad y enfermedad, incluida la asistencia médica <no urgente> que pudiera precisar durante la estancia temporal en un Estado miembro distinto del de afiliación.<sup>301</sup> Sin embargo, otras normas del R. 1408 no resultan aplicables a los estudiantes, que en ocasiones, no son beneficiarios de técnicas tan básicas como la totalización para la obtención de ciertas prestaciones.<sup>302</sup>

### **V-1-3.- FAMILIARES Y SUPERVIVIENTES DE LOS SUJETOS INCLUIDOS EN LOS APARTADOS V-1-1 y V-1-2.**

La inclusión de este colectivo en el ámbito subjetivo del R. 1408 responde, por un lado, a la imposibilidad de considerar aisladamente a un trabajador o estudiante cuando ejercita su derecho a la libre circulación, es decir, sin considerar sus vínculos familiares que pueden condicionar el ejercicio del propio derecho; por otro lado, no se puede obviar que los sistemas nacionales de SS, objeto de la coordinación, tienen en cuenta a la familia al diseñar su acción protectora. Efectivamente, un sujeto puede percibir prestaciones considerando la existencia de su familia, mientras que los propios familiares pueden ser beneficiarios de derechos normalmente derivados de la carrera de seguro del trabajador con el que se relacionan.

Las letras f) y g) del artículo 1 del R. 1408 definen, respectivamente los términos <miembro de la familia> o <superviviente>, sujetos que, como se señaló, no han de ostentar la nacionalidad comunitaria:

---

trabajadores migrantes en la perspectiva del establecimiento del mercado interior” /en/ VV.AA. *Los sistemas de SS y el Mercado Unico Europeo*. Col SS. MTSS. Madrid. 1993. P. 27.

<sup>301</sup> El artículo 22 del R. 1408 se aplica a los estudiantes dotándoles de una protección más amplia en lo que se refiere a las prestaciones en especie por enfermedad, durante su período de estudios en otro Estado miembro. Para ello deberán solicitar el formulario comunitario E-128 con el que se podrán dirigir al sistema sanitario de otro Estado miembro. “*La cobertura ofrecida por dicho formulario tiene una validez igual a la duración legal de los estudios o la formación profesional realizados en otro Estado miembro con arreglo a la legislación de este Estado, es decir, que si el ciclo de estudios tiene una duración de tres años, el formulario E 128 tendrá también una validez de tres años. Con ello se pretende evitar los abusos debidos a la <eternización> de la calidad de estudiante*”. **COMISION EUROPEA (Empleo & asuntos sociales) Libre circulación y Seguridad Social. Derechos de los ciudadanos cuando se desplazan en la Unión Europea.** Boletín N° 1/2001.p. 4.

<sup>302</sup> Véase la prohibición de obtener en el Reino Unido PENC de invalidez mediante la totalización reconocida en el artículo 10 bis.2 del R. 1408, introducida en el nuevo punto 21 de la Sección O del Anexo VI y fundamentada en la vinculación de esta prestación con “*un contexto socioeconómico concreto*”. Asimismo, el R.307 excluye absolutamente la totalización del marco del *Régimen Especial de Estudiantes español (<Seguro Escolar>)*, pues el reconocimiento de prestaciones en su seno no se basa “*en el cumplimiento de períodos de seguro, de empleo o de residencia,*” (punto 9 introducido en el Anexo VI en la Sección D, España).

“i).- La expresión **miembro de la familia** designa a toda persona definida o admitida como miembro de la familia o designada como miembro del hogar por la legislación en virtud de la cual se sirvan las prestaciones o en los casos contemplados en la letra a) del apartado 1 del artículo 22 y en el artículo 31, por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside; no obstante, si estas legislaciones no consideran como miembro de la familia o del hogar más que a una persona que viva en el hogar del trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia o estudiante, esta condición se considerará cumplida cuando la persona de que se trate esté principalmente a cargo de dicho trabajador. En caso de que la legislación de un Estado miembro no permita identificar a los miembros de la familia entre las demás personas a las que se aplica, el término <miembro de la familia> tendrá el significado que le atribuya el Anexo I.”

“ii).-Sin embargo, en el caso de prestaciones para minusválidos concedidas en virtud de la legislación de un Estado miembro a todos los nacionales de dicho Estado que satisfagan las condiciones requeridas, la expresión <miembro de la familia> designa al menos al cónyuge y a los hijos menores y mayores de edad a cargo del trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia o estudiante.”

A tenor del inciso i) hay que señalar, en primer lugar, que el R. 1408 considera que la legislación nacional que ha de definir este término, en cada caso, será aquella legislación competente de la cobertura requerida.<sup>303</sup> No obstante, en el marco de los artículos 22.1 y 31 del R. 1408,<sup>304</sup> cuando se trate de prestaciones de enfermedad y maternidad que se otorgan, a causa de un desplazamiento, por un Estado distinto del competente, aunque siempre a cuenta de éste último; será la legislación de ese Estado que efectivamente otorga la cobertura la que deberá considerarles como miembros de la familia. En segundo lugar, considerando la posibilidad de que tales normas nacionales supediten la calificación de familiar a un requisito de convivencia, lo que perjudicaría especialmente a los migrantes,<sup>305</sup> el legislador comunitario establece que esta condición

---

<sup>303</sup> Véase la STJCE de 29-10-1998 sobre el Asunto Comisión contra la República Helénica (C-185/96), donde se declaran discriminatorias normas nacionales y prácticas administrativas griegas que excluyen a los nacionales de otros Estados miembros del reconocimiento de la situación de familia numerosa a efectos de la concesión de ciertas prestaciones.

<sup>304</sup> Disposiciones incluidas en el Capítulo I del Título III del R. 1408, sobre prestaciones de enfermedad y maternidad, el artículo 22 se refiere, grosso modo, a la cobertura sanitaria en un Estado miembro distinto del competente por motivo de urgencia, o porque medie una autorización. El artículo 31 de forma paralela al anterior, se refiere específicamente a la percepción de dichas prestaciones por los titulares de pensiones o de rentas y miembros de sus familias en los supuestos de “*estancia del titular y/o de los miembros de su familia en un Estado distinto de aquél donde tienen su residencia*”. El Reglamento 1223/98 modificó los artículos 29 y 31 del R.1408 introduciendo el artículo 95 del R.574, por el que se sustituye el reembolso a tanto alzado por familia, por un reembolso individual.

<sup>305</sup> En este sentido el TJCE ha considerado indirectamente discriminatorios ciertos requisitos establecidos en las normas nacionales, que no pueden cumplirse por los familiares que no se trasladaron con el trabajador migrante al Estado de empleo. El TJCE neutraliza el efecto discriminatorio de estas normas propiciando la asimilación de la condición discriminatoria, a la cumplida en otro Estado miembro,

se considerará cumplida cuando el supuesto familiar esté a cargo del trabajador, esto es, dependa económicamente de los ingresos del mismo. Por último, al igual que sucedía con el término trabajador, cuando no sea posible en el marco de una legislación nacional distinguir a los <miembros de la familia> del resto de sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, se deberán incluir ciertos criterios de distinción ad-hoc, en el apartado II del ya mencionado Anexo I.

Respecto del inciso ii), introducido por el Reglamento 1247/92 creador de las PENC, hay que señalar, que esta disposición establece un contenido mínimo del término <miembro de la familia> cuando una legislación nacional reconozca, bajo ciertos requisitos, una prestación para todos sus nacionales minusválidos. En este supuesto, en el marco de esa norma nacional se considerarán, como mínimo, miembros de la familia: al cónyuge y los hijos a cargo, del trabajador o el estudiante.

La letra g) del artículo 1 del R. 1408, por su parte, define el término <superviviente> en un sentido muy similar a los familiares; asimilándose, de nuevo, la condición de convivencia al hecho de estar a cargo del trabajador.

*“El término “superviviente” designa a toda persona definida o admitida como superviviente por la legislación en virtud de la cual se concedan las prestaciones; no obstante, si esta legislación sólo considera como superviviente a una persona que hubiera vivido en el hogar del fallecido, esta condición se considerará cumplida cuando la persona de que se trate hubiera estado principalmente a cargo del fallecido.”*

Respecto de los derechos que familiares y supervivientes pueden obtener del R. 1408, hay que señalar que, a tenor de la STJCE sobre el Asunto Kermaschek (40/76) que sólo pueden prevalerse de la norma comunitaria para la obtención de derechos a prestaciones de carácter derivado, o dimanantes de las relaciones de afiliación de los trabajadores comunitarios o estudiantes con los que están vinculados.<sup>306</sup> Esta STJCE sentaría la denominada teoría de <los derechos derivados>, que impedía a los colectivos

---

Véanse, en este sentido, las STJCEs dictadas el 22-2-1990 sobre los asuntos Gatto (228/1988) y Bronzino (12/1989) que versan sobre unos trabajadores migrantes italianos que obtuvieron ciertas prestaciones familiares alemanas consistentes en una ayuda para sufragar el mantenimiento de los hijos desempleados, exigiéndose que se hubieran puesto a disposición de las Oficinas de empleo alemanas. El TJCE consideró cumplido este último requisito cuando los hijos de los trabajadores migrantes, residentes en Italia, se hubieran puesto a disposición de las Oficinas de empleo italianas en calidad de desempleados.

<sup>306</sup> Por todos, **MOORE, Matthew**. “Case C-308/93 Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank v. J.M. Cabanis-Issarte...” CMLReview. 34/1997 p.727-28. “...desde el momento en que un particular derecho de SS o prestación reclamado poseía naturaleza individual, el reclamante únicamente podía solicitar la aplicación de las normas del Reglamento si era un trabajador. Esto es lo que comenzó a ser conocido como “la doctrina de los derechos derivados”.”



citados adquirir, vía coordinación, derechos originarios a prestaciones fundamentadas en una relación de afiliación propia.<sup>307</sup> Esta STJCE supuso el inicio de una línea jurisprudencial,<sup>308</sup> y el fin de otra en cuyo marco el TJCE había defendido que familiares y supervivientes nacionales comunitarios, obtuviesen derechos originarios a prestaciones para minusválidos, mediante la aplicación del mero principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad, reconocido en el artículo 3 del R. 1408.<sup>309</sup> Sin embargo, como se adelantaba, prevaleció la doctrina de los derechos derivados, que tan sólo permitía a los familiares y supervivientes prevalerse del artículo 3 del R.1408 para la obtención exclusiva de tal tipo de derechos derivados, como puso de manifiesto, de forma inconcusa la STJCE de 27-5-1993 sobre el asunto Schmid (C-310/91).<sup>310</sup> La

---

<sup>307</sup> La STJCE de 23-11-1976 sobre el asunto Kermaschek (40/76) aludía a una nacional yugoslava, cónyuge de un trabajador de nacionalidad alemana, la cuál solicitó prestaciones por desempleo en Alemania, al amparo del R. 1408, pues precisaba totalizar los períodos de seguro cumplidos en los Países Bajos para cubrir el período de carencia exigido por la normativa alemana. El TJCE, consideró que “ *los artículos 67 a 70 del Reglamento únicamente tienen por objeto la coordinación de los derechos a prestaciones de desempleo servidas en virtud de las legislaciones nacionales de Estados miembros a favor de trabajadores por cuenta ajena nacionales de un Estado miembro. Los miembros de la familia de tales trabajadores no tienen derecho más a las prestaciones previstas por estas legislaciones para los miembros de la familia de trabajadores en desempleo, debiéndose entender que la nacionalidad de estos miembros de la familia es en este sentido indiferente.*” En efecto, siguiendo la interpretación literal del artículo 2 del R. 1408 realizada por Abogado General el TJCE señaló que la expresión *<asi como>* que precede a la mención de familiares y supervivientes divide tal artículo en dos grupos claramente diferenciados: los trabajadores con derechos propios y los familiares con derechos derivados del vínculo que les une a los anteriores. Una crítica a esta STJCE ajena toda valoración teleológica de la libre circulación y el derecho de igualdad de trato por razón de la nacionalidad, en **PEERS, Steve**. “Equality, Free Movement and Social Security.” *European Law Review*. August/1997. P.343 y ss.

<sup>308</sup> La doctrina de los derechos derivados se reiteró, entre otros asuntos, en las siguientes STJCEs: en la de 20-6-1985 sobre el asunto Deak (94/84), en la STJCE de 6-6-1985 sobre el Asunto Frascogna (157/84), en la de 17-12-1987 sobre el Asunto Zaoui (147/87), en la de 8-7-1992 sobre el asunto Thagavi (243/91), la STJCE de 16-7-1992 sobre el Asunto Hughes (C-78/91).

<sup>309</sup> Con el precedente de la STJCE de 13-11-1974 sobre el asunto Costa (39/74), en la STJCE de 17-6-1975 sobre el Asunto Fracas (7/75) el TJCE se pronunció favorablemente sobre el reconocimiento de un subsidio para minusválidos a favor del hijo, nacional comunitario, del matrimonio Fracas. El TJCE consideró que este sujeto nunca podría adquirir la condición de trabajador por sí mismo, y que no existía en el R. 1408 una disposición que estipulase que los miembros de la familia de un trabajador no podían beneficiarse en el Estado donde residiesen del mismo trato en materia de SS que los nacionales de ese Estado. Señalando que en virtud de los artículos 2.1 y 3 del R. 1408 “... *se deduce que los miembros de la familia de un trabajador que nunca han ejercido ni ejercen una actividad por cuenta ajena, profesional o de otro tipo, como la mencionada en el Título II de este Reglamento, deben poder disfrutar de las ventajas que ofrece la legislación en materia de SS del Estado miembro de residencia en las mismas condiciones que los nacionales de éste*”. Véase en igual sentido la sentida la STJCE de 23-11-1976 sobre el Asunto Inzirillo (63/76), casi contemporánea a la STJCE Kermaschek.

<sup>310</sup> Donde se señaló que: “*los artículos 2 y 3 del Reglamento deben interpretarse en el sentido de que no pueden ser invocados por un descendiente a cargo de un trabajador migrante para solicitar un subsidio para personas con minusvalías (discapacitados) establecido por una legislación nacional como derecho propio y no derivado de su condición de miembro de la familia de un trabajador. En virtud del*

imposibilidad de que el R. 1408 protegiera los derechos originarios que asistían a familiares y supervivientes provocó la aplicación de otras normas comunitarias, recurriéndose especialmente al artículo 7.2 del Reglamento 1612/68<sup>311</sup> para proteger la adquisición de tales prestaciones como ventajas sociales. Sin embargo, debe reconocerse la protección de este último Reglamento es incompleta, ajena a la totalización y a la exportación de prestaciones; resultando, por otro lado inaplicable, respecto de los familiares de trabajadores autónomos.<sup>312</sup>

La doctrina de los derechos derivados ha sido matizada por la STJCE de 30-4-1996 sobre el Asunto Cabanis (C-308/93), donde el TJCE admitió la aplicación del principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad, reconocido en el artículo 3 del R. 1408, a un superviviente con una finalidad distinta a la adquisición de un derecho derivado.<sup>313</sup> El Alto Tribunal comenzó su argumentación<sup>314</sup> realizando una crítica a la doctrina de los derechos derivados, como obstáculo a la aplicación uniforme del Derecho Comunitario de coordinación. Considerando que su aplicación no dependía, como sería deseable, de criterios comunitarios, sino de la distinción realizada por el legislador nacional entre derechos derivados u originarios, cada vez más difusa en el marco de una tendencia generalizada a la universalización de la cobertura. El TJCE contempla la doctrina de los derechos derivados como una excepción a la aplicación del principio fundamental de no discriminación por razón de la nacionalidad, contemplado en el artículo 3 del R. 1408. En efecto, impedía la igualdad de trato entre todos los

---

*Reglamento los miembros de la familia de un trabajador sólo tienen derechos derivados, es decir, adquiridos en su calidad de miembros de la familia de un trabajador”.*

<sup>311</sup> En este sentido resulta clarificadora la postura adoptada por el TJCE en la STJCE de 20-6-1985 sobre el Asunto Deak (94/84) donde se señaló que: “Las prestaciones de desempleo concedidas en virtud de la legislación de un Estado miembro a los jóvenes que buscan empleo constituyen una ventaja social en el sentido del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento 1612/68. Un Estado miembro no puede negarse a conceder esas prestaciones a los hijos a cargo de un trabajador nacional de otro Estado miembro basándose en la nacionalidad de los hijos, tanto si son nacionales de un Estado miembro, como si lo son de un país tercero”. Véase también la STJCE de 6-6-1985 sobre el Asunto Frascogna (157/84), un breve comentario de ambas en **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. “Le champ ...” op cit. p. 80 y 81.

<sup>312</sup> En este sentido véase **PEERS, Steve**. “Equality...” op. cit. P. 344.

<sup>313</sup> En efecto, el TJCE estimó la pretensión de la Sra Cabanis que solicitaba al amparo del artículo 3 del R. 1408 la aplicación de un tipo de cotización voluntaria reducida que el Sistema holandés reservaba a sus nacionales, y al que estuvo asegurado su marido en calidad de trabajador, con dichas cotizaciones la interesada pretendía mejorar la cuantía del derecho originario que le asistía a una pensión de vejez holandesa, por el tiempo allí residido.

<sup>314</sup> Reflejo de la mayoría de los argumentos esgrimidos por el Abogado General Tesauro en las segundas Conclusiones presentadas el 26-2-1996 sobre el Asunto Cabanis, y que supusieron un cambio sustancial

sujetos incluidos en el ámbito subjetivo del R. 1408 sin que existiera, en el marco del Asunto Cabanis, una justificación objetiva que la avalase.

Como admite la STJCE de 25-10-01 sobre el Asunto Ruhr (C-189/00),<sup>315</sup> la STJCE Cabanis no abolió la teoría de los derechos derivados, si no que la matizó de forma relevante.<sup>316</sup> Este cambio jurisprudencial, ratificado en la STJCE de 10-10-1996 sobre el Asunto Hoever y Zachow (C-254/94 y 312/94),<sup>317</sup> tan sólo obliga a analizar, caso por caso, la procedencia de aplicar a familiares y supervivientes algunas medidas de coordinación, como el principio de igualdad de trato. Hasta el momento, la <doctrina Cabanis> tan sólo ha permitido proteger el derecho de familiares y supervivientes, de nacionalidad comunitaria, a prevalerse del R. 1408 para lograr el reconocimiento de prestaciones no contributivas, supeditadas a un mero requisito de residencia o nacionalidad.<sup>318</sup> En este contexto, hay que señalar, que la defensa de los intereses de estos ciudadanos comunitarios, que avala esta nueva línea jurisprudencial retomando argumentos establecidos hace décadas en el Asunto Fracas, podría lograrse

---

de postura respecto de las presentadas en primer lugar el 21-9-1994 donde defendía la doctrina de los derechos derivados. De acuerdo con **MOORE, Matthew**. "Case C-308/93 Bestuur ..." op. cit. p.730.

<sup>315</sup> En el Fallo de esta STJCE relativa a la esposa polaca de un trabajador sedentario alemán que solicita en calidad de familiar la aplicación del R. 1408, para adquirir vía totalización una prestación por desempleo, se señala que: "*La interpretación que el TJCE efectuó en su STJCE de 23-11-1976, Kermaschek (40/76) sigue siendo aplicable al artículo 2, apartado, 1 del R. 1408(...) en relación con sus artículos 67 a 71 bis*". A pesar de que el supuesto de hecho aludía a un trabajador comunitario sedentario, en el apartado 23 de la STJCE se rechaza la posibilidad de que "*los límites de la aplicabilidad personal del R. 1408 en relación con los miembros de la familia de un trabajador pueden menoscabar el derecho del propio trabajador a circular libremente en el interior de la Comunidad.*"

<sup>316</sup> Prueba de ello es que el TJCE, considerando las consecuencias económicas que sobre los sistemas nacionales podía suscitar este cambio de posición jurisprudencial, limitó <rationae temporis>, los efectos económicos de tal decisión a los asuntos planteados con posterioridad a la fecha de la STJCE o pendientes en el momento en que ésta fue dictada. Sin embargo, resulta sorprendente que esta matización no se haya reflejado en <la Propuesta> que continúa definiendo a los familiares como personas con <derechos derivados> (Véase artículo 7 de la misma)

<sup>317</sup> Esta STJCE versa sobre dos ciudadanas alemanas, incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación del R. 1408 en calidad de familiares como cónyuges de trabajadores, que solicitan la aplicación del artículo 73 del R. 1408, con el objeto de eliminar el requisito de residencia al que se supeditaba el reconocimiento de un derecho originario a una prestación familiar para el mantenimiento de los hijos. El TJCE, descarta la aplicación de la teoría de los derechos derivados, tras analizar la naturaleza no contributiva de la prestación y haciendo hincapié en el argumento teleológico conectado con la libre circulación de trabajadores que ya había utilizado en la STJCE Cabanis. En efecto, considera que "*cuando un trabajador por cuenta ajena está sometido a la legislación de un Estado miembro y vive con su familia en otro Estado miembro, su cónyuge tiene derecho, en virtud del artículo 73 del Reglamento a percibir una prestación como la prestación por crianza en el Estado de empleo.*"

<sup>318</sup> En este mismo sentido véase la STJCE de 3-6-1999 sobre el Asunto Gómez Rivero (C-211/97), en cuyo apartado 26, aludiendo al Asunto Fracas, el TJCE permite la aplicación del artículo 3 del R.1408 a favor del cónyuge de un trabajador migrante, ambos de nacionalidad española, con la finalidad de que



de una forma más directa al amparo del derecho a la libre circulación, que de acuerdo con el propio TCE, asiste a todo ciudadano comunitario.<sup>319</sup>

#### **V-1-4.- <SUPERVIVIENTES> CON NACIONALIDAD COMUNITARIA, DE ESTUDIANTES Y TRABAJADORES EXTRACOMUNITARIOS.**

El artículo 2.2 incluye en el ámbito subjetivo del R.1408 a los nacionales comunitarios que sean supervivientes de aquellos sujetos que no pudieron ser calificados como trabajadores o estudiantes, al carecer de la nacionalidad comunitaria y, por tanto, del derecho a la libre circulación. En primer lugar, debe señalarse que la inclusión de este colectivo “*con un origen completamente independiente de la libertad de circulación*” en torno a la cual gira todo el articulado del R. 1408, la dota de una “*naturaleza extremadamente original, pues se vincula sólo a la ciudadanía de los supervivientes.*”<sup>320</sup> Respecto del momento en que será exigible la ciudadanía comunitaria de los supervivientes, no resulta excesivamente claro si será el momento de producirse el hecho causante, o bien en el el trabajador o estudiante extracomunitario, causante de las prestaciones, realizó sus cotizaciones. Sin embargo, resulta razonable, dada la finalidad protectora de la norma y su fundamento jurídico, decantarse por la primera de las posibilidades. Estos supervivientes al amparo del R. 1408, con las matizaciones fijadas en la STJCE Cabanis, obtendrán básicamente derechos derivados a prestaciones totalizándose, cuando sea preciso, los períodos de seguro cumplidos por el trabajador o estudiante extracomunitario en distintos Estados miembros. Sujetos que paradójicamente habían carecido de estos beneficios de la coordinación para el reconocimiento de derechos originarios a causa de su nacionalidad.

#### **V-1-5.- PROPUESTAS DE AMPLIACION DEL AMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO.**

Desde épocas muy tempranas, el ámbito subjetivo de aplicación de la coordinación viene sufriendo un proceso de ampliación paulatino, en primer lugar,

---

este familiar obtuviese un derecho originario a ciertas prestaciones familiares que la legislación alemana concedía simplemente por la residencia en este país.

<sup>319</sup> Véase la ya mencionada STJCE de 20-9-2001 sobre el Asunto Grzelczyk (C-184/99) o el apartado 61 de la STJCE de 12-5-1998 sobre el Asunto Martínez Sala (C-85/96) donde el TJCE señaló que la Sra. Martínez como ciudadana comunitaria tiene derecho a “...no sufrir discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado, previsto en el artículo 6 (...) incluida la situación en la que este Estado miembro retrasa o le deniega la concesión de una prestación que se concede a todas las personas que residen legalmente en el territorio de este Estado...”.

<sup>320</sup> FERNANDEZ LOPEZ, M.F. Ambito... op. cit. p. 24

existió una tendencia expansiva que trataba de integrar a todos los asegurados en calidad de trabajadores a un sistema nacional, distintos del trabajador migrante por cuenta ajena, titular por antonomasia de la libre circulación. Esta tendencia se inició en los años 60 con la inclusión de los denominados <trabajadores fronterizos> y <los trabajadores por cuenta ajena de temporada>; continuó en 1981 con la inclusión de los trabajadores por cuenta propia<sup>321</sup> y se puede entender culminada por el R.1606/1998 que propició la inclusión completa de los funcionarios públicos.

Una segunda tendencia extensiva, pretendía la inclusión de los extracomunitarios afiliados a un sistema nacional de SS en calidad de trabajadores. Esta tendencia contó con el apoyo mayoritario de la doctrina,<sup>322</sup> llegando algunos autores a considerar posible su inclusión de facto a través de una alambicada interpretación de los principios fijados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia Gaygusuz.<sup>323</sup> Ajena a estas disquisiciones teóricas, la Comisión ha propuesto sin éxito la inclusión de este colectivo en el ámbito subjetivo de aplicación del R. 1408, para la

---

<sup>321</sup> Los trabajadores fronterizos y de temporada fueron incluidos en 1963 en el R. N° 3/1958, su protección hasta entonces se había realizado imperfectamente mediante convenios de carácter bilateral. Respecto de los autónomos hay que señalar que la necesidad de su inclusión fue reconocida por el Consejo ya en 1974 (Resolución de 21 de enero de 1974 concerniente a un Programa de Acción Social (DOCE N° C13, 12-2-74), sin embargo, su inclusión no se aprobó hasta el R n° 1390/1981 (DOCE N° 143, 29-5-81). En el interín ciertos trabajadores autónomos se beneficiaron de la normativa de coordinación como <asimilados> a los trabajadores por cuenta ajena, la figura de la asimilación que desaparecería del R.1408, permitía incluir en el ámbito subjetivo de la coordinación a trabajadores autónomos afiliados a un Régimen de SS aplicable a los trabajadores por cuenta ajena. Véanse sobre esta última posibilidad la STJCE de 19-12-1968 sobre el Asunto De Cicco (19/68) o la de 27-10-1971 sobre el Asunto Janssen (23/71), comentadas por **PANAYOTOPOULOS, M.** *La sécurité...* op. cit. p. 33-37; **TANTAROUDAS, Ch.** *La protection...* op. cit. p. 45-55 y **WATSON, Ph.** *Social Security...* op. cit. p.62 y 63;

<sup>322</sup> Objetivo prioritario ya en 1981 al constatarse que “...el número de los trabajadores nacionales de terceros Estados empleados en el territorio de los Estados miembros ha sobrepasado desde hace tiempo al de los migrantes comunitarios.” **VOIRIN, Michel.** “Situación actual, problemas y perspectivas de la coordinación de los sistemas de SS en la CEE” /en/ **VV.AA.** *La SS española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación.* Instituto de Estudios de sanidad y SS. Madrid. 1981. P.156. Apoyando la integración de este colectivo véase, asimismo, todas las ponencias del Congreso de Oporto recogidas en **VV.AA** *La Sécurité Sociale en Europe égalité* ...op. cit.. En contra de tal ampliación, explicando las reticencias del Reino Unido, véase: **ROBERTS, Simon.** “<Our view has not changed>: the UK’s response to the proposal to extend the co-ordination of social security to third country nationals” *European Journal of Social Security.* Vol 2/2, 2000, p. 189-204.

<sup>323</sup> La STJCE de 16 de septiembre de 1996, Caso n° 39/1995/545/631 (Gaygusuz v. Austria), concibe los derechos de SS como derechos de propiedad y permite la aplicación a los extracomunitarios, como el Sr. Gaygusuz de nacionalidad turca, la cláusula de no discriminación por razón de nacionalidad incluida en el artículo 14 del Convenio Europeo de protección de los Derechos humanos, que debe ser respetada por las instituciones comunitarias. **VERSCHUEREN, Herwig.** “EC Social Security ... op. cit. p. P. 1013 y ss. **SANCHEZ RODAS NAVARRO, C.** “La tutela de las prestaciones sociales como derecho de propiedad: el asunto Gaygusuz: STEDH de 16 de septiembre de 1996.” *REDT.* N° 95/1999.p. 391 y ss.

aplicación de las normas sobre asistencia sanitaria urgente,<sup>324</sup> como de forma completa se recoge en <la Propuesta>,<sup>325</sup> o en su última propuesta presentada el 6-2-2002 y pendiente de aprobación. Esta última superando el debate sobre su posible fundamento jurídico en los artículos 42 y 308 TCE,<sup>326</sup> se basa en el artículo 63.4 introducido en el TCE, tras su modificación por el Tratado de Amsterdam y consagrado a las condiciones de entrada y de residencia en la Comunidad de los nacionales de terceros países.<sup>327</sup>

Existe una última tendencia expansiva del ámbito subjetivo del R. 1408, de carácter <desprofesionalizado>, acorde con la universalización de la cobertura de los sistemas nacionales de SS. En su marco se podría mencionar el Reglamento 307/99 que introdujo a los estudiantes y la propia <Propuesta> que pretende la inclusión de todo asegurado a un sistema nacional de SS eliminando la exigencia de un aseguramiento en calidad de trabajador.<sup>328</sup>

---

<sup>324</sup> No fue aceptada esta propuesta DOCE 1995, C 247/7 de ampliar a los nacionales de terceros Estados la aplicación del artículo 22.1.a) del Reglamento, sobre asistencia sanitaria urgente, para personas aseguradas en un Estado miembro, y que precisarán tal atención durante una estancia breve en otro estado miembro. Más detalladamente **ROBERTS, Simon**. “<Our view...” op. cit. p. 191-4.

<sup>325</sup> El artículo 1 de <la Propuesta> donde se define el ámbito subjetivo, comentado en su Exposición de motivos, supone que “... las disposiciones comunitarias abarcarán a los nacionales de terceros países afiliados a un régimen de SS en cualquier Estado miembro. Respecto a este último punto, es preciso subrayar, por una parte, que el nacional de un tercer país será una persona afiliada a un régimen de la SS, si bien las condiciones de dicha afiliación al régimen nacional en cuestión seguirán perteneciendo al ámbito y a la competencia del sistema nacional. Por otra parte, esta disposición no concedería de ningún modo a un nacional de un tercer país el derecho a circular libremente dentro de la Comunidad; todo lo que está previsto es que si un nacional de un tercer país se desplaza a otro Estado miembro, disfrutará de los derechos que concede el Reglamento propuesto.”

<sup>326</sup> Defendiendo la suficiencia del artículo 42 TCE como fundamento jurídico véase **PIETERS, Danny**. “Etude sur les bases légales d’une possible extension des dispositions communautaires sur la Sécurité Sociale aux nationaux d’Etats tiers résidant et/ou travaillant légalement dans l’Union Européenne” /en/ **VV.AA La Sécurité Sociale...** op. cit. P. 193 y ss. O **PIETERS, Danny**. “Enquiry...” op. cit. p.107 y ss. Sobre la progresiva desvinculación del R. 1408 de la libre circulación de trabajadores comunitarios y la posibilidad de sustentar tal modificación en el artículo 308 TCE **VERSCHUEREN, H**. “The Commission proposal to extend Regulation (EEC) N° 1408/71 to Third Country Nationals” /en/ **VV.AA. (JORENS, Y.; SCHULTE, B. Eds) European Social Security Law and Third Country Nationals**. Antwerp. Max-Planck Institut. 1998. En este mismo sentido véase también el punto primero de la Resolución del Parlamento Europeo de 3-2-01 sobre “Libre circulación de personas” (B5-0090/2001.)

<sup>327</sup> Esta propuesta (COM 2002 59 final 2002/0039 (CNS) es fruto del acuerdo político alcanzado en el Consejo Europeo de Laeken en Diciembre de 2001, cuya adopción seguirá el procedimiento previsto en el artículo 67 TCE. Sobre la adecuación del nuevo fundamento jurídico y el apoyo de Reino Unido a la misma **ROBERTS, Simon**. “<Our view...” op. cit. p. 196.

<sup>328</sup> Véase el artículo 1 de <la Propuesta> que, de acuerdo con su Exposición de motivos, “significa que el sistema de coordinación abarcará a personas que no forman en realidad parte de la población “activa” pero que a pesar de ello, están afiliadas en determinados ámbitos a un régimen de SS y pueden ejercer su derecho a la libre circulación (estudiantes)...”.

## **VI.- PRINCIPALES MEDIDAS DE COORDINACIÓN ADOPTADAS EN LA NORMA DERIVADA.**

Definido el ámbito de aplicación de la normativa de coordinación, a continuación se abordarán las soluciones específicas que legislador comunitario ha establecido en la norma derivada a los problemas mencionados en el primer epígrafe de este capítulo. En primer lugar, el legislador comunitario afronta el problema de la determinación de la ley nacional aplicable, común a todo sistema de coordinación, mediante el establecimiento de normas de conflicto que designan, mediante ciertas conexiones, la normativa o normativas nacionales competentes. En segundo lugar, ya en el marco de la aplicación de la norma nacional competente, con el fin de facilitar el cumplimiento de la condición impuesta por la normativa nacional designada, para el nacimiento de una relación de afiliación o protección, el legislador comunitario establece en el artículo 3 del R. 1408 una prohibición expresa de discriminación por razón de la nacionalidad. Consciente que la anterior medida no es suficiente para proteger las expectativas de derecho del migrante y sus derechohabientes se establecen, en tercer lugar, las denominadas <asimilaciones de condiciones>; destacando entre todas ellas, la totalización que para el cálculo de ciertas prestaciones se complementa con la denominada <prorrata temporis> que también será objeto de análisis. En cuarto lugar, el legislador comunitario interviene sobre la acumulación de prestaciones reconocidas en distintos Estados miembros, cuando considera que genera una sobreprotección del migrante. La normativa general establecida por el R. 1408, por un lado, prohíbe la acumulación de ciertas prestaciones que cubren la misma contingencia; por otro lado, se refiere a la virtualidad de las normas nacionales anticumulo respecto de prestaciones adquiridas vía comunitaria. En quinto lugar, como manifestación típica de protección de los derechos adquiridos, el R. 1408 permite la exportación de ciertos tipos de prestaciones. Por último, a las cinco medidas sustantivas mencionadas, se suma la necesaria <colaboración entre administraciones nacionales de SS>, estableciendo el legislador comunitario un cauce procedimental por donde transcurre la aplicación de la norma comunitaria y a la que contribuyen ciertos órganos comunitarios creados ad-hoc.

### **VI-1.- LA DETERMINACIÓN DE LA LEY NACIONAL COMPETENTE.**

El R. 1408, como toda norma de coordinación, ha de establecer normas de conflicto que designen, de forma uniforme e imperativa, las legislaciones nacionales competentes en cada caso, ordenando su participación. El legislador comunitario en estas normas, de modo indirecto, sin prejuzgar el contenido material de las legislaciones

nacionales concurrentes, prioriza una serie de conexiones que permiten identificar en cada caso la legislación o legislaciones nacionales competentes. La regulación de esta materia se analiza con detenimiento, principalmente, en el segundo capítulo de este trabajo, por lo que para evitar reiteraciones, tan sólo se adelantarán los siguientes aspectos básicos:

En primer lugar, hay que señalar que la normativa comunitaria general sobre Ley aplicable se encuentra recogida en el Título II del R.1408, en su marco se designa, salvo excepciones, una única norma nacional competente, privilegiándose como conexión el lugar de trabajo que conduce a la denominada <lex loci laboris>.<sup>329</sup> Estas normas de conflicto generales se aplican, sin reservas, a la relación de afiliación del trabajador migrante, designando el sistema nacional de SS al que debiera quedar obligatoriamente afiliado el trabajador migrante. Al estudio de esta normativa general y sus excepciones se dedica el capítulo siguiente de este trabajo.

En segundo lugar, hay que señalar que cuando un trabajador o sus derechohabientes pretenden prevalerse del R. 1408 para la obtención de una determinada prestación, no se suele aplicar el Título II, sino normas de conflicto específicas que adaptan y, en ocasiones exceptúan la normativa general mencionada, a los elementos configuradores de las distintas contingencias. En efecto, de acuerdo con el principio <*specialita generalibus derogant*><sup>330</sup> el Título II, sólo será aplicable en la medida en que no se existan normas de conflicto particulares para designar la legislación o legislaciones nacionales cuya acción protectora cubrirá al migrante y sus derechohabientes. Estas normas de conflicto específicas se encuentran diseminadas, principalmente, en los distintos capítulos que componen el Título III del R. 1408. En ocasiones, las prescripciones de estas normas de conflicto las completan normas del R. 574 donde se establecen conexiones adicionales, con el objeto principal de preservar el principio de unicidad de ley aplicable. El contenido de estas normas de conflicto que designan como competente, por regla general, <la ley de afiliación en calidad de trabajador>; se desglosará en el epígrafe VI-4-1-3 de este capítulo al estudiar la norma

---

<sup>329</sup> STJCE Luitjen de 10-7-1986,(60/85) y la de 3-5-1990 sobre el asunto Kits van Heijningen (C-2/89).

<sup>330</sup> Véase STJCE de 27-5-1982 sobre el Asunto Aubin (227/81) donde el TJCE constató que las normas de conflicto del Título II se exceptuaban por las disposiciones establecidas en el capítulo VI del Título III del R.1408, donde se determina específicamente la ley nacional competente para el reconocimiento de la prestación por desempleo. Abundando sobre esta materia véanse las STJCEs de 29-6-1988 sobre el asunto Rebmann (58/87) y la dictada el 9-12-1992 sobre el Asunto McMenamin (C-119/91).



anticúmulo comunitaria básica, pues como se verá realizan una acción preventiva del cúmulo de prestaciones prohibido por el artículo 12.1 del R. 1408.

#### **VI-2.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO: El artículo 3 del R.1408.**

En el marco de la legislación nacional designada competente por el legislador comunitario, las normas de coordinación tratarán de favorecer el cumplimiento de los requisitos impuestos en la misma; sí se exige la nacionalidad de ese Estado miembro, resulta crucial el artículo 3.1 del R.1408 donde se señala que:

*“Las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento, estarán 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 Reglamento”.*

El principio de igualdad de trato, <pedra angular> de la coordinación comunitaria,<sup>331</sup> supera la denominada igualdad de trato limitada o reciprocidad, definida prestación a prestación, propia de los Convenios bilaterales.<sup>332</sup> Se trata de un cambio sustancial, pues la igualdad de trato que el artículo 3 impone es una reciprocidad global, que no precisa para su aplicación una equivalencia o analogía entre los esquemas de las legislaciones coordinadas, más propia de las asimilaciones de condiciones. Sin embargo, no debe olvidarse que se trata de una igualdad “... jurídico-formal que no impide ni evita las importantes desigualdades de hecho que puede sufrir la población migrante.”<sup>333</sup> La norma de coordinación no garantiza un trato idéntico en el marco de las diferencias existentes entre legislaciones nacionales, impidiendo tan sólo las discriminaciones directas e indirectas en el marco de una legislación nacional.<sup>334</sup>

---

<sup>331</sup> Por todos, **CORNELISSEN, Rob.** “Les quatre principes de la coordination” Europe Social nº 3 de 1992. Utilizando este término **PENNINGS, Frans.** *Introduction...* ed. 1994. p.111. Calificándolo de “*fundamento de la coordinación*” véase <la Propuesta> p. 5 del Documento COM (98) 779/2 final.

<sup>332</sup> Sobre el tránsito de la reciprocidad a la igualdad de trato en el marco de los Convenios multilaterales de la OIT, véase **PERRIN, Guy.** “Los principios de la SS Internacional” /en/ **VV.AA.** *La SS española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación.* Instituto de Estudios de sanidad y SS. Madrid. 1981. P.176 y ss. **GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** *Introducción al Derecho...* op. cit. p. 52. **TANTAROUDAS, Charilaos.** *La protection..* op. cit. p. 140. **VAN RAEPENBUSCH, Sean.** “L’égalié de traitement entre nationaux et non nationaux en matiere de sécurité sociale”. RBSS. 1991.p.236.

<sup>333</sup> El R. 1408 “...no puede evitar, dadas las disparidades de los regímenes nacionales, el que se produzcan desigualdades, porque unos sean más ventajosos que otros” **RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel.** *La Seguridad...* Op. Cit. p. 166 y 169

En primer lugar, respecto de las condiciones susceptibles de discriminar indirectamente al migrante, de acuerdo con el TJCE, destaca la exigencia de residencia en el territorio de la legislación competente para el reconocimiento y mantenimiento del derecho a prestaciones.<sup>335</sup> Para evitar que este requisito vaya en detrimento de los intereses del migrante, hay que señalar que el artículo 10.1 del R. 1408 sobre “*supresión de las cláusulas de residencia...*” ha sido interpretado por el TJCE en el sentido que un requisito de residencia no puede impedir el reconocimiento, ni la conservación, en el marco de Comunidad, de las prestaciones que enumera. Estas prestaciones son exportables y la residencia del interesado en un Estado miembro distinto del competente no puede constituirse en un obstáculo para el reconocimiento de las prestaciones solicitadas.<sup>336</sup>

En segundo lugar, hay que señalar que respecto de las posibles justificaciones que impidan calificar de discriminatorias ciertas medidas establecidas en las normas nacionales de SS aunque generan un trato desigual u obstaculizan o hacen menos atractiva la libre circulación; el TJCE ha realizado una interpretación restrictiva considerando que son libertades fundamentales.<sup>337</sup> En efecto, no ha considerado razones

---

<sup>334</sup> Véase la STJCE de 12-7-1979 sobre el Asunto Toia (237/78), que versaba sobre una prestación no contributiva francesa a favor de mujeres a partir de los 65 que hubieran cuidado a sus hijos, que fue denegada a la Sra Toia, trabajadora migrante italiana, alegando que sus 7 hijos no tenían la nacionalidad francesa. El TJCE señaló que el artículo 3.1 del R. 1408 “*prohíbe no sólo la discriminación manifiesta basada en la nacionalidad de los beneficiarios de los regímenes de SS, sino también todas las formas de discriminación encubierta que, mediante la aplicación de otros criterios discriminatorios, produzcan el mismo resultado en la práctica. Este puede ser el caso de una disposición que haga depender la concesión de un subsidio para mujeres con hijos a cargo, de la nacionalidad de los hijos de la madre en cuestión*”. Más recientemente, Apartado 18 de la STJCE de 23-5-1996 sobre el Asunto O’Flynn (C-237/94) o el apartado 45 de la STJCE de 27-11-1997 sobre el Asunto Meints (C-57/96).

<sup>335</sup> Véase la STJCE de 15-1-1984 sobre el Asunto Pinna (41/84); la de 8-5-1990 sobre el Asunto Biehl (C-175/88); de 10-11-1992 sobre el Asunto Comisión c. Bélgica (C-326/90); de 10-3-1993 sobre el Asunto Comisión c. Luxemburgo (C-111/91); de 12-6-1997 sobre el Asunto Merino García (C-266/95) y de 27-11-1997 sobre el Asunto Meints (C-57/96).

<sup>336</sup> Según la STJCE de 7-11-1973 sobre el Asunto Smieja (51/73) “*El artículo 10 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que no se puede impedir a una persona la adquisición o retención del derecho a las prestaciones, las pensiones y los subsidios a los que se hace referencia en esa disposición sólo por el hecho de que no resida en el territorio del Estado miembro en el que se ubica la institución a la que corresponde el pago.*” Interpretación confirmada por las STJCEs de 23-10-1986 sobre el Asunto Van Roosmalen (300/84) y la dictada el 24-2-1987 sobre el Asunto Giletti y acumulados (379/85). <La Propuesta> refleja esta interpretación, esta vez sin discriminar prestaciones, en su artículo 5 sobre “*supresión de las cláusulas de residencia.*”

<sup>337</sup> Desde un punto de vista general, como ha reiterado el TJCE, “*las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizados por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para garantizar dicho*

de interés general, objetivas e independientes de la nacionalidad: los problemas o dificultades que la aprobación de medidas no discriminatorias conllevaría, o el coste económico que supondría para el Estado afectado eliminar la desigualdad, salvo que se pusiera en riesgo el equilibrio financiero del propio sistema; ni siquiera ha considerado la existencia de políticas demográficas de carácter natalista.<sup>338</sup>

En tercer lugar, respecto de las consecuencias jurídicas que se derivan de la calificación como discriminatoria de una norma nacional, de discriminatoria por razón de la nacionalidad para los órganos nacionales, judiciales y administrativos que deben aplicarla son las siguientes: en primer lugar dichos órganos deben *“hacer todo lo posible para dar a la Ley interna que deban aplicar una interpretación conforme con las exigencias del Derecho comunitario.”*<sup>339</sup> En el marco de la reinterpretación de una norma nacional discriminatoria, con el objeto de impedir la desigualdad de trato que genera cierto requisito impuesto por la norma nacional, se puede realizar una *<asimilación de condiciones>*,<sup>340</sup> aceptando como válido, su cumplimiento en el territorio o en el marco de la legislación de otro Estado miembro.<sup>341</sup> En segundo lugar,

---

*objetivo*”, apartado 34 de la STJCE de 9-3-1999 sobre el Asunto Centros (C-212/97). En un sentido similar en materia de SS, apartado 19 de la STJCE de 23-5-1996 sobre el Asunto O’Flynn (C-237/94).

<sup>338</sup> Véase en el primer sentido, el apartado 9 de la STJCE de 28-3-1985 sobre el asunto Comisión v. Bélgica (275/83) o el apartado 47 de la STJCE de 26-1-1999 sobre el Asunto Terhoeve (C18/95) donde se rechazan alegaciones relativas a *<dificultades de orden técnico>*. Tampoco acepta como justificación el elevado coste que supondría impedir la discriminación véase el apartado 32 de la STJCE de 21-9-2000 sobre el Asunto Borowitz (C-124/99) o STJCE de 28-4-1998 sobre el Asunto Decker (C-120/95) en cuyo apartado 39 sólo podría valorarse esa justificación cuando existiese un riesgo tal en el equilibrio financiero del sistema de SS involucrado, que se convirtiese en una causa imperativa de interés general. Respecto a las políticas demográficas Véase la mencionada STJCE de 12-7-1979 sobre el Asunto Toia (237/78) o la STJCE de 10-3-1993 sobre el asunto Comisión v. Luxemburgo ( 111/91

<sup>339</sup> Apartado 34 la STJCE de 5-10-1994 sobre el asunto Van Muster (C- 165/91), y los apartados 38 a 40 de la STJCE de 26-9-00 sobre el Asunto Engelbrecht (C-262/97). Se trata de una obligación que se deriva del propio artículo 5 del Tratado en virtud del cual se impone la obligación *“de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas las autoridades jurisdiccionales en el ámbito de sus competencias.”*

<sup>340</sup> *“La ausencia de asimilación posible de ciertos hechos o sucesos ocurridos en el extranjero a aquellos producidos en el territorio nacional... puede ser fuente de discriminación prohibida” VAN RAEPENBUSCH, Sean. “L’égalté de traitement...”* op. cit. p. 246.

<sup>341</sup> Paradigmáticas de esta asimilación de condiciones para subsanar los efectos indirectamente discriminatorios de una norma nacional, véanse las STJCEs dictadas el 22-2-1990 sobre el Asunto Gatto (C-12/89) y el Asunto Bronzino (C-228/88) o más recientemente la STJCE de 25-6-1997 sobre el Asunto Mora Romero (C-131/96) donde se señaló que: *“... El apartado 1 del artículo 3 del Reglamento n° 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que, cuando la legislación de un Estado miembro (Alemania) prevea la prórroga del derecho a una pensión de orfandad más allá de la edad de 25 años para los titulares de pensión cuya formación se haya interrumpido debido al cumplimiento del servicio militar, dicho Estado está obligado a asimilar el servicio militar cumplido en otro Estado miembro (España) al*

si esta interpretación de la norma nacional acorde al Derecho Comunitario no fuera posible, los órganos mencionados deben “*aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho Comunitario*”.<sup>342</sup> En efecto, la disposición controvertida no desaparece de la Legislación nacional que la establece, ni es derogada; tan sólo se inaplica y es desplazada por la norma comunitaria, en una clara manifestación del principio de <primacía del Derecho Comunitario>.

Por último, hay que señalar que, la igualdad de trato establecida en el artículo 3 del R.1408, tan sólo protege al trabajador migrante, tomando como referencia al sedentario. Pues este último no puede prevalerse del artículo 3 cuando se considere discriminado respecto del trabajador migrante por los beneficios que haya logrado, vía coordinación. El Derecho comunitario como consecuencia directa de su carácter coordinatorio y netamente tuitivo, no puede evitar que el migrante reciba vía coordinación, en ocasiones, un trato más beneficioso que el trabajador sedentario.<sup>343</sup> Efectivamente, los trabajadores sedentarios no pueden ampararse en el artículo 3 del R.1408 con el objeto de recibir el mismo tratamiento que los migrantes, porque supondría comparar a sujetos en situaciones diferentes que reciben un trato jurídico diverso y no calificable de discriminatorio.<sup>344</sup> En definitiva, se podría considerar que las

---

*servicio militar cumplido con arreglo a su propia legislación.*” Sobre alguna estas Sentencias que parecen cuestionar la necesidad de establecimiento expreso de las asimilaciones de condiciones por el legislador comunitario, véanse **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. *Seguridad...* op. cit. p. 279 y 280. **NOVAK, Meinhard**. “Basic Principles...” op. cit. p. 272-285

<sup>342</sup> Véanse los apartados 38 a 40 de la STJCE de 26-9-00 sobre el Asunto Engelbrecht (C-262/97), o el apartado 24 de la STJCE de 26-1-1999 sobre el Asunto Terhoeve (C-18/95)

<sup>343</sup> En este sentido tempranamente **SECHE, J.C.** “Bilan de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes relative aux réglements n° 3 et 4 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants”. *Revue Trimestrelle de Droit Européen*. 1968.p. 479-80. Véase también el apartado 51 de su STJCE de 6-7-2000 sobre el Asunto Movrin el TJCE señala que: “*Aun suponiendo, como sostiene el Gobierno alemán que el interesado puede hallarse en una situación ventajosa en comparación con un jubilado que haya residido siempre en Alemania, dicha consecuencia se debe, no a la interpretación del Derecho comunitario, sino al sistema actualmente en vigor, que a falta de un régimen común de SS, se basa en una mera coordinación de legislaciones nacionales no armonizadas (véanse en particular las sentencias de 10-11-1971, Keller, 27/71 Rec. 885, apartado 13 y de 13-10-1977, Mura, 22/77, Rec. P. 1699 apartado 10)*”. A las que pueden añadirse la STJCE de 28-6-1978 sobre el Asunto Kenny (1/78), la de 20-10-1977 sobre el Asunto Giuliani (32/77) y la de 5-5-1983 sobre el Asunto Van der Bunt-Craig (238/81). Sobre las ventajas de la coordinación ajenas al sedentario véase **OGUS, A.I.** *The Law of Social Security*. 4º ed. Butterworths. London. 1995.p. 722 y 723.

<sup>344</sup> En la comparación entre sedentarios-migrantes no concurren los presupuestos de la discriminación que, como es sabido, consiste en tratar situaciones idénticas de forma diferente o situaciones desiguales de forma idéntica. **TANTAROUDAS, Charilaos**. *La protection juridique des travailleurs migrants de la*

ventajas que pueden derivarse de la coordinación a favor del trabajador migrante, forman parte de una discriminación positiva o inversa de defensa de este colectivo más débil que, por sus especiales características, está necesitado de protección.<sup>345</sup>

### VI-3.- LAS ASIMILACIONES DE CONDICIONES: La totalización. La técnica de <prorrata temporis.>

Como ya se señaló al analizar la totalización en el marco del artículo 42 TCE, las asimilaciones de condiciones pretendían proteger al migrante más allá de la igualdad jurídico-formal que propicia la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad. Esta técnica permite el cumplimiento de los requisitos territorialistas exigidos desde una norma nacional de SS designada competente, asimilando los análogamente cumplidos en el territorio de otro Estado miembro; o en palabras de <la Propuesta> “...significa en esencia, que las situaciones que ocurren en otros Estados miembros deben abordarse como si ocurrieran en el Estado miembro cuya legislación es aplicable.” Hay que señalar, que en el marco del R. 1408 no existe una asimilación generalizada de condiciones<sup>346</sup> sino que el legislador comunitario impone ciertas asimilaciones sobre materias que pueden afectar al migrante y que poseen en todos los sistemas nacionales de un cierto grado de analogía en su tratamiento.<sup>347</sup> Entre las muchas establecidas, dejando al margen la totalización, se puede destacar, a modo de ejemplo, la contenida en el artículo 87.2 del R.1408, en virtud del cual “los reconocimientos médicos efectuados conforme a las condiciones previstas en el apartado 1, serán considerados como si hubieran sido efectuados en el territorio del Estado competente.”<sup>348</sup> Entre las

---

CEE. Economica. Paris. 1976. P. 143, especialmente las páginas 147 y 148. En este sentido véase **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. *La Seguridad ...* op. Cit. P. 297 y ss. “...únicamente se podría hablar de igualdad de trato entre migrantes y no migrantes en el sentido único de protección de estos últimos.”

<sup>345</sup> En este sentido **MONTOYA MELGAR, Alfredo (et alii)**. *Derecho Social...* op.cit. p. 240. Conclusión que puede deducirse del primer Considerando del R. 1408 donde se señala que “...las normas para la coordinación de las legislaciones nacionales de SS se insertan en el marco de la libre circulación de las personas y deben contribuir a mejorar su nivel de vida y las condiciones de su empleo.”

<sup>346</sup> **RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel**. *La Seguridad...* Op. Cit. p. 172,; **CRISTOFANELLI BROGLIO REINALDI, Luigi; GRILLI, Caterina**. *Libera circolazione...* op. cit. p. 49.

<sup>347</sup> Paradigmática respecto de la inexistencia de una asimilación generalizada, es la STJCE de 9-7-1975 sobre el Asunto D’Amico (20/75), donde el TJCE considera que el requisito de desempleo previo al que la legislación alemana supedita la percepción de una prestación anticipada de jubilación, no se puede asimilar al no estar prevista por el R. 1408. El Alto Tribunal considera, por el contrario, que “es una condición suplementaria independiente y no se deduce de las disposiciones de los Reglamentos comunitarios que sea obligatoria la toma en consideración la circunstancia de que el interesado este inscrito como desempleado en otro Estado miembro.” En igual sentido véanse también la STJCE del 28-6-1978 sobre el Asunto Kenny (1/78) o la STJCE de 1-12-1977 sobre el asunto Kuyken (66/77)

que carecen de esta concordancia, destaca la ausencia de asimilación del grado de invalidez reconocido en el marco de la legislación de otro Estado miembro, materia trascendente que se ha dejado en manos de posibles acuerdos bilaterales entre los Estados miembros.<sup>349</sup> Este tipo de carencias se podrían entender subsanadas en el supuesto de que se aprobase <la Propuesta>, en cuyo artículo 3.2 se establece una asimilación generalizada de condiciones.<sup>350</sup>

La totalización es la principal asimilación de condiciones destinada a la preservación de los derechos en curso de adquisición y su subsiguiente cálculo.<sup>351</sup> Pese a su importancia, el R.1408 no la regula como un principio general, sino mediante disposiciones diseminadas en normas ad-hoc relativas a cada una de las prestaciones coordinadas.<sup>352</sup> En la totalización las condiciones que se asimilan son los períodos de

---

<sup>348</sup> Esta asimilación de condiciones, reiterada en el artículo 18 del Reglamento 574/72, no impide que se pueda contrastar la veracidad de tales informes médicos, como confirmó la STJCE de 2-5-1996 sobre el Asunto Paletta I (C-206/94). Asunto que versaba sobre los miembros de una familia italiana de trabajadores migrantes empleados por un empresario alemán, que durante el veraneo en su país de origen aportan informes médicos por enfermedad, que les impiden reincorporarse al trabajo; ante las sospechas de fraude, el empresario alemán obligado al pago inicial de las prestaciones de incapacidad, suspendió su abono. El TJCE señaló que el empresario alemán tan sólo se podría haber negado al abono de las mismas mediante la realización de pruebas médicas contradictorias. En efecto, a tenor del artículo 51.1 del R. 574 y como se señaló en la STJCE de 27-6-1991 sobre el Asunto Martínez Vidal (344/89), el beneficiario puede ser obligado por la institución competente a someterse a controles médicos en el Estado deudor de las prestaciones, *“a condición de que ésta se haga cargo de los gastos correspondientes al desplazamiento y estancia y de que el interesado pueda desplazarse sin perjuicio para su salud”*.

<sup>349</sup> Véase el artículo 40.4 y el Anexo V del R. 1408 donde sólo se hallan las concordancias establecidas entre Francia, Bélgica, Italia y Luxemburgo. Sobre los efectos perniciosos de esta falta de asimilación puede verse, entre otras, la STJCE de 10-3-1983 sobre el asunto Baccini II (232/82) y la monografía de **OJEDA AVILES, Antonio**. *“Las pensiones...”* op. cit. p. 46 y ss.

<sup>350</sup> *“El Estado miembro cuyas disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas atribuyan efectos jurídicos a que ocurran determinados hechos o acontecimientos tendrá en cuenta, en la medida necesaria, esos mismos hechos o acontecimientos ocurridos en cualquier otro Estado miembro como si se hubiesen producido en el territorio nacional”* Sobre las posibles consecuencias de esta disposición y la resistencia de los Estados miembros a aceptar tal asimilación general de condiciones **PENNINGS, Frans**. *“The European...”* op. cit. p. 55.

<sup>351</sup> La totalización, como señaló el TJCE en las STJCEs de 26-10-1995 dictadas en idénticos términos sobre los Asuntos Moscato (C-481/93) y Klaus (C-482/93): *“constituye uno de los principios básicos de la coordinación comunitaria de los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros, que tiende a garantizar que el ejercicio de la libre circulación que confiere el Tratado no tenga como efecto privar a un trabajador de las ventajas de SS a las que hubiera tenido derecho en el caso de haber realizado toda su carrera en un solo Estado miembro. En efecto, semejante consecuencia podría disuadir al trabajador comunitario de ejercitar su derecho a la libre circulación y constituiría por lo tanto, un obstáculo para dicha libertad.”*

<sup>352</sup> Véase respecto de las prestaciones de enfermedad y maternidad: artículo 18 del R.1408; prestación por desempleo: artículo 67; subsidio por defunción: artículo 64; las prestaciones familiares: artículos 72 y 72 bis, en los subsidios familiares y orfandad: artículo 79.1, las PENC: artículo 10.bis.2; por último, las pensiones de invalidez la totalización se regirá por el artículo 38.1 o bien a través del artículo 45, siendo este último aplicable asimismo a las pensiones de vejez y supervivencia. Respecto de las prestaciones

seguro, empleo o residencia que se definen, respectivamente, en las letras r, s), y s bis del artículo 1 del R. 1408. En estas disposiciones básicamente se estipula que la legislación nacional bajo la que fueron cubiertos es la única competente de su definición, admisión y acreditación; debiendo ser totalizados en el marco de una legislación foránea que no puede, en principio, cuestionar su naturaleza. De acuerdo con el artículo 1.r) los períodos de seguro computables en la totalización no han de ser reales, admitiéndose también los ficticios que tal legislación reconozca como cubiertos.<sup>353</sup> Sobre la aplicación práctica de este principio destaca el artículo 15 del R. 574, que se estudiará con detenimiento en el capítulo tercero de este trabajo, y donde se establecen pautas generales para la identificación de los períodos computables superpuestos o la conversión de períodos de seguro foráneos en la unidad empleada en la legislación que totaliza.

Hay que señalar que en el marco del complejo procedimiento de cálculo de pensiones descrito en el capítulo III del Título III, el empleo de la totalización se acompaña de una técnica complementaria denominada <prorrata temporis>, que se estudiará con detenimiento en el capítulo tercero de este trabajo. En este momento tan sólo adelantar que la prorrata básicamente se utiliza para calcular las pensiones, adecuando su cuantía a los períodos de seguro o residencia completados en el Estado miembro que está realizando el cálculo y que recurrió previamente a la totalización. Grosso modo se puede afirmar que la <prorrata temporis> no es más que un porcentaje que se aplica a una pensión calculada vía totalización, resultante de dividir el tiempo concreto en que dicho sujeto estuvo sometido a esa legislación nacional, por el tiempo de aseguramiento cumplido por dicho trabajador en todos los sistemas nacionales involucrados en su carrera de seguro.<sup>354</sup>

---

profesionales de accidente de trabajo y enfermedad profesional no se alude a la técnica de la totalización, “... *ya que ninguna legislación nacional subordina la adquisición del derecho a estas prestaciones al cumplimiento de períodos bastando que el interesado se encuentre asegurado contra el riesgo profesional en el momento de producirse el hecho causante.*” **RECIO LAZA, Antonio M<sup>a</sup>.** *La Seguridad...* op. cit. p. 162. El artículo 15 del R. 574 desarrolla la aplicación de tal técnica recogida en los 18, 38, 45, 64 y 67 del R.1408, aunque se debe considerar dirigido a la totalización en general.

<sup>353</sup> Sobre lo que deba entenderse por períodos de seguro en la STJCE de 20-2-1997 sobre el asunto Martínez Losada y otros (C-88/95, C-102/95 y C-103/95) el TJCE señaló que el juez nacional era quien debía valorar la naturaleza de ciertas cotizaciones delegadas realizadas por el INEM, respecto de ciertas prestaciones, durante la percepción de un subsidio de desempleo para emigrantes retornados. El TS las consideró períodos de seguro a efectos del R.1408, sin embargo como refleja el voto particular a la STS dictada el 19-10- 1998 (Rec. N<sup>o</sup> 504/97), existía otra interpretación más restrictiva que no prospero y que proponía limitar tal asimilación exclusivamente a los períodos de <alta>, lo que permitía excluir de los beneficios de la coordinación a muchos de los migrantes que nunca habían trabajado en nuestro país.

#### VI-4.- LA NORMATIVA COMUNITARIA DE COORDINACION Y EL CUMULO DE PRESTACIONES.

Desde un punto de vista general, la normativa anticúmulo pretende limitar o impedir el cúmulo de prestaciones de SS a favor de un mismo beneficiario, cuando éste genere una sobreprotección del mismo o su enriquecimiento injustificado, siempre desde la perspectiva del alcance tuitivo de su acción protectora. En efecto, la aprobación de una normativa anticúmulo en el marco de un sistema de SS lleva implícito un juicio sobre cuál ha de ser la cobertura justa, en todo caso máxima, que puede recibir un beneficiario en su seno. Estas normas encuentran su fundamento en el carácter de servicio público de la SS, así como en los principios de solidaridad y redistribución de la renta que informan su normativa; poniendo de manifiesto el carácter limitado de los recursos disponibles en los sistemas de SS y la necesidad de su reparto equitativo.<sup>355</sup>

En primer lugar, hay que señalar que el marco de la coordinación resulta complejo adoptar una normativa anticumulo con las características descritas en el párrafo anterior, porque, como es sabido, no existe un sistema de SS comunitario o supranacional que contrarreste las acumulaciones aplicando una lógica interna. En efecto, en el marco de la coordinación se produce la confluencia constante de los ordenamientos nacionales con la norma comunitaria, pues se designa competente a una legislación nacional en cuyo seno pueden surgir derechos en virtud de su aplicación autónoma o gracias a la intervención de técnicas comunitarias de coordinación.<sup>356</sup> En

---

<sup>354</sup> *“Dicho de otro modo, el numerador de la fracción para el cálculo a prorrata es la duración de los periodos efectivamente cumplidos en el territorio del Estado considerado; el denominador es la duración total de los periodos cumplidos”*. VAN RAEPENBUSCH, Sean. SS...op. cit. p. 461. Debe quedar claro, no obstante, que no se trata de calcular una pensión única y luego repartirla porcentualmente entre los Estados miembros competentes. Se trata, por el contrario, de que en cada Estado miembro se calcula una pensión teórica de acuerdo con su normativa que luego se reduce con base a la prorrata

<sup>355</sup> Como es sabido, *“... la SS reposa sobre el conjunto de la sociedad para su financiación y su equilibrio social, es la idea de justicia distributiva la que debe limitar los derechos individuales a las prestaciones”* MAGREZ, M. “Le cumul des...” op. cit. p. 248. De manera que *“...el beneficiario no puede obtener un beneficio desorbitado de un servicio público a través de la acumulación de prestaciones”*. NERI, Sergio. “Le cumul des prestations de Sécurité sociale en droit communautaire”. Revue Trimestrelle de Droit Européenne. 1988/oct-dec. P. 574. Las normas anticúmulo por su finalidad se sitúan entre aquellas disposiciones *“...dedicadas a redistribuir la renta nacional y evitar el aumento de diferencias cuantitativas y cualitativas entre el sector nacional protegido”*. GARCIA RODRIGUEZ, Isabel. “La aplicación de las normas materiales imperativas sobre concurrencia de prestaciones de SS en el Derecho Internacional y en el Derecho Comunitario”. Revista de Instituciones Europeas. Madrid. Vol 18. nº3. Sept-Dic. 1991. p. 898.

<sup>356</sup> De hecho, como señala PAGE, C. “The Scope of Community and National Rules Against the Overlapping of Social Security Benefits”. Common Market Law Review. 1980. P. 215, en el marco de la coordinación o bien se aplican las normas nacionales por separado o aisladamente dando lugar a prestaciones autónomas, o bien se complementa su aplicación, en la medida de lo necesario con las



este contexto, los criterios que maneje el legislador comunitario para definir la acumulación abusiva y los mecanismos jurídicos que emplee para contrarrestarla, concurrirán con los empleados en las normativas nacionales involucradas.

En segundo lugar, no hay que olvidar que la difícil adopción de una norma anticúmulo en el seno del Derecho de coordinación estriba en el propio fundamento jurídico que sustenta la intervención del legislador comunitario en este ámbito, pues el tenor del artículo 42 TCE sólo le habilita para la adopción de disposiciones de carácter tuitivo y que faciliten la libre circulación. En este contexto, netamente protector, resulta complejo que por acumulación de prestaciones en distintos sistemas nacionales, la norma comunitaria pueda intervenir reduciendo, suspendiendo o incluso eliminando algunas de ellas. Efectivamente, de acuerdo con el TJCE, la adopción de este tipo de normas comunitarias anticúmulo sólo es factible cuando incidan negativamente sobre prestaciones surgidas gracias a la aplicación del propio Reglamento:

*“...es incompatible con los objetivos de los artículos 48 y 51 del Tratado CEE, que constituyen el fundamento, marco y límites de los Reglamentos de SS, imponer a los trabajadores una reducción de sus derechos sin la contrapartida de los beneficios establecidos por dichos Reglamentos. Por ello, sólo se pueden imponer limitaciones a los trabajadores en los casos en que los Reglamentos comunitarios les concedan ventajas que no podrían obtener sin la aplicación de las disposiciones de éstos”.*<sup>357</sup>

De manera que únicamente en los supuestos de prestaciones adquiridas vía coordinación, el efecto peyorativo de la normativa comunitaria anticúmulo sobre los intereses del migrante se podría entender justificada como una contrapartida a los beneficios obtenidos previamente de la coordinación e incluso un presupuesto para su funcionamiento equitativo. En sentido contrario, como se recordará, los derechos de SS adquiridos autónomamente en el marco de las legislaciones nacionales deben calificarse

---

normas de coordinación comunitaria, para evitar que el migrante sufra desventajas por haber ejercitado su derecho a la libre circulación.

<sup>357</sup> STJCE de 10-12-1969 sobre el Asunto Duffy (34/69); que versaba sobre una viuda titular de una pensión de vejez belga adquirida por su actividad asalariada en ese Estado y que adquirió en Francia, Estado donde residía, una pensión de supervivencia en virtud de los períodos de seguro cumplidos allí por su marido. El TJCE se opuso a la aplicación de una norma anticúmulo francesa que reducía proporcionalmente la pensión francesa tomando en consideración la cuantía de la pensión de vejez belga con la que se acumulaba, pues este tipo de normas *“sólo se pueden oponer a los asegurados, en virtud del (...) Reglamento N° 3, si los mismos perciben prestaciones causadas gracias a la aplicación de dicho Reglamento”*. En este mismo sentido véanse, entre otras, la STJCE de 15-5-1974 sobre el Asunto Kaufmann (184/73), la STJCE de 25-11-1975 sobre el Asunto Massonet (50/75).

de intangibles a la intervención del legislador comunitario, que no estaría habilitado jurídicamente para coartarlos.<sup>358</sup>

En tercer lugar, conviene destacar que el legislador comunitario en este estrecho margen operativo, donde no resulta sencillo ni la definición comunitaria del cúmulo prohibido, ni el establecimiento de mecanismos jurídicos que lo contrarresten o anulen, ha abordado el problema del cúmulo de prestaciones desde dos puntos de vista que se desarrollarán en los epígrafes siguientes. Por un lado, establece en su artículo 12.1 una norma comunitaria contraria al cúmulo de prestaciones adquiridas comunitariamente, que posean la misma naturaleza y cuyo reconocimiento haya tenido como base los mismos períodos de seguro obligatorio. Por otro lado, el legislador comunitario en el resto de apartados del artículo 12 se refiere a la posible incidencia de una norma nacional anticúmulo, en lo sucesivo NNA, sobre una prestación adquirida en ese Estado miembro vía coordinación. Hay que señalar que la norma general establecida en el artículo 12.2 sobre esta materia, no es de aplicación cuando la prestación que se pretende suprimir, reducir o suspender por una NNA sea una pensión de invalidez, vejez o supervivencia reconocida vía coordinación comunitaria. En efecto, para estos supuestos el Reglamento 1248/92 introdujo en el capítulo III del Título III del R.1408, una normativa especial conformada por los artículos 46 bis, 46 ter y 46 quater, cuya aplicación se enmarca en el procedimiento comunitario de cálculo de las pensiones. El objetivo de estas normas especiales, que serán objeto de un estudio detallado en el tercer capítulo de este trabajo, será la creación de un marco comunitario para su aplicación coordinada, que se puede considerar una manifestación del principio de protección de los derechos adquiridos.<sup>359</sup> En este epígrafe, por tanto, tan sólo se estudiarán las normas establecidas en el artículo 12 del Título I sobre “*Disposiciones generales*” del R. 1408,

---

<sup>358</sup> Se está haciendo referencia al principio de intangibilidad de los derechos nacionales, principio hermenéutico básico de la coordinación, establecido nítidamente en la STJCE dictada el 21-10-1975 sobre el asunto Petroni (24/75), donde se señaló que “ *Una limitación sobre la acumulación de prestaciones que conlleve una disminución de los derechos que los interesados ya disfrutaban en un Estado miembro en virtud de la aplicación exclusiva de la legislación nacional es incompatible con el artículo 51 del Tratado...*”

<sup>359</sup> Estas normas específicas tratan de paliar la ausencia de <uniformidad de trato a los trabajadores migrantes>, derivada de las diferencias que sobre esta materia puedan existir en los distintos ordenamientos nacionales, limitando las consecuencias indeseables que una aplicación descoordinada de las NNA puede ocasionar. Véase PENNING, Frans. *Introduction...* ed. 1994. Op. Cit. P. 28 y 29.

que han desaparecido del articulado de <la Propuesta>, la cuál sólo mantiene la norma comunitaria específica sobre pensiones, en el sentido expuesto.<sup>360</sup>

#### **VI-4-1.- La norma anticúmulo comunitaria básica: el artículo 12.1**

12.1.-“*El presente Reglamento no podrá conferir ni mantener el derecho a beneficiarse de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo período de seguro obligatorio. Esta disposición no se aplicará a las prestaciones de invalidez, vejez, de muerte (pensiones) o de enfermedad profesional, que sean liquidadas por las instituciones de dos o varios Estados miembros con arreglo a las disposiciones del artículo 41, de los apartados 2 y 3 del artículo 43, de los artículos 46, 50 y 51 o de la letra b) del apartado 1 del artículo 60*”.

##### **VI-4-1-1.- La acumulación prohibida por el artículo 12.1**

El artículo 12.1 prohíbe el cúmulo de prestaciones comunitarias que sean de la misma naturaleza, y relativas a un mismo período de seguro obligatorio. Comenzando por la primera característica: el origen comunitario de las prestaciones acumuladas, hay que señalar que éste se deduce del propio tenor de la norma que al señalar que <el presente Reglamento no puede conferir ni mantener> deja “...al margen las prestaciones no conferidas ni mantenidas por su aplicación.”<sup>361</sup>

Respecto del segundo requisito hay que señalar que la expresión <misma naturaleza>, no ha sido definida por el legislador comunitario con carácter general.<sup>362</sup> No obstante, la doctrina, con base en la numerosa jurisprudencia dictada al respecto, ha apuntado las siguientes características.<sup>363</sup> Primeramente, que para que dos prestaciones sean de igual naturaleza no han de poseer exacta denominación, pues como es sabido, el <nomen iuris> o las características formales atribuidas a cada prestación por el

---

<sup>360</sup> La desaparición del artículo 12.1 resultará más comprensible cuando se estudien las consecuencias jurídicas de su aplicación, dejadas en manos de normas de conflicto relativas a las distintas contingencias, que si se mantienen en <la Propuesta>. Respecto de las posibles causas que hayan motivado la supresión de la norma contenida en el artículo 12.2 podría apuntarse su confuso tenor y la evidencia de que las NNA mayoritariamente inciden sobre las pensiones, que poseen, una marco comunitario ad-hoc.

<sup>361</sup> De acuerdo con **RAMIREZ, Juan Manuel**. “La Seguridad Social en la CEE” /en/ **VV.AA. El Espacio Social Europeo**. Valladolid. Lex Nova 1991. P. 140; o **OGUS, A. I. The Law...** op. cit. P.720.

<sup>362</sup> Tan sólo se ha definido en el artículo 46 bis.1 respecto del cúmulo de pensiones “*A efectos del presente capítulo (capítulo III del Título III del R. 1408) se entenderá por acumulación de prestaciones de la misma naturaleza toda acumulación de prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivencia calculadas o abonadas sobre la base de los periodos de seguro y/o residencia cumplidos por una misma persona*”.

<sup>363</sup> Sobre la evolución de la jurisprudencia del TJCE sobre esta materia véase, **NERI, Sergio**. op. cit. p. 588 y ss. y **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. *SS...* op. cit. p. 471 y ss..

legislador nacional, no determinan su naturaleza.<sup>364</sup> En segundo lugar, si será relevante que las prestaciones coincidan en elementos configuradores como su finalidad u objeto,<sup>365</sup> exigencia se ha interpretado, por un lado, en el sentido de que las prestaciones acumuladas deben otorgar cobertura respecto de la misma contingencia, esto es, deben tener una finalidad tuitiva coincidente. De esta forma el TJCE asume uno de los criterios básicos empleados para calificar un cúmulo como abusivo, pues “*la prohibición o limitación del cúmulo, en materia de SS se inspira en el principio general del Derecho <non bis in idem>*”.<sup>366</sup> Por otro lado, han de ser análogos los requisitos a los que se supedita su reconocimiento y los criterios que rigen su cálculo; debiéndose descartar una total identidad considerando las diferencias estructurales entre las legislaciones de los Estados miembros.<sup>367</sup> Abundando en la coincidencia de los requisitos de reconocimiento, el TJCE señaló que existiría una acumulación de prestaciones contributivas de igual naturaleza cuando el reconocimiento de éstas se hubiera basado en los períodos de seguro cumplidos por la misma persona. Afirmación que equivale, en general, a afirmar que no existirá un cúmulo de prestaciones de igual naturaleza, cuando una sea un derecho originario y la otra un derecho derivado.<sup>368</sup>

---

<sup>364</sup> Sobre la irrelevancia de los elementos formales y la propia denominación de la prestación a la hora de determinar la naturaleza de las prestaciones, véanse, por todas, la STJCE de 5-7-1983 sobre el Asunto Valentini (171/82), la STJCE de 6-7-1978 sobre el Asunto Guillard (9/78) y la STJCE de 10-1-1980 sobre el asunto Jordens-Vosters (69/79).

<sup>365</sup> En la STJCE de 5-5-1983 sobre el Asunto Van der Bunt-Craig (238/81) el TJCE señaló “...*con independencia de las características propias de las diversas legislaciones nacionales, las prestaciones de SS deben considerarse de la misma naturaleza cuando su objeto y las bases sobre la que se calculan coinciden. En ese aspecto, las prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de dos Estados miembros, que se conceden para asegurar los medios de subsistencia de una persona de edad, privada de los ingresos de su cónyuge fallecido y cuyos importes respectivos se establecen sobre la base del aseguramiento y de las cotizaciones de SS de dicho cónyuge, deben considerarse prestaciones de la misma naturaleza en razón de su objeto y de la base utilizada para su cálculo.*”.

<sup>366</sup> **MAGREZ, M.** “Le cumul des prestations de sécurité sociale en droit comparé”. RBSS. Vol 26. N° 3/1984. p. 222.

<sup>367</sup> Como señala **RODRIGUEZ GUTIERREZ, Javier.** “Visión general de la SS en el derecho comunitario europeo”. Revista del MTAS. N° 2/1997. P. 124. En este sentido en la STJCE de 8-7-1992 sobre el Asunto Knoch (C-102/91) se consideraron de igual naturaleza dos prestaciones de desempleo alemana e inglesa que poseen una finalidad común: “*sustituir el salario perdido a causa de al situación de desempleo con el fin de contribuir a la manutención de una persona y cuando las diferencias que existen entre esas prestaciones, especialmente las relacionadas con la base de cálculo y las condiciones para su concesión, son el resultado de diferencias estructurales entre los regímenes nacionales.*”

<sup>368</sup> Este último criterio es el único establecido por el legislador comunitario en el artículo 46 bis para distinguir entre pensiones de igual o distinta naturaleza. Sobre su aplicación, véase el apartado 13 de la STJCE de 6-10-1987 sobre el Asunto Stefanutti (197/85), la STJCE de 24-9-1987 sobre el Asunto

Este último requisito jurisprudencial para identificar la acumulación de prestaciones de igual naturaleza conecta con la tercera característica del cúmulo prohibido por el artículo 12.1 donde se hacía referencia a prestaciones "... *relativas a un mismo período de seguro obligatorio.*" Con esta expresión, el legislador comunitario se refiere a que, en el proceso de reconocimiento y cálculo de las prestaciones acumuladas, el cómputo de los mencionados períodos de seguro obligatorio, se haya realizado "... *con los mismos fines y de forma idéntica.*"<sup>369</sup>

#### **VI-4-1-2.- Las acumulaciones permitidas por el artículo 12.1**

En primer lugar, desde un punto de vista tácito, e interpretando *sensu contrario* el artículo 12.1, resulta conforme al derecho comunitario:

- a) El cúmulo de prestaciones de distinta naturaleza;
- b) La acumulación de prestaciones liquidadas sobre períodos de seguro distintos o que no poseen carácter obligatorio, sino voluntario;
- c) La acumulación de prestaciones no reconocidas vía comunitaria, sino en el marco exclusivo de una norma nacional.
- d) La acumulación de una prestación contributiva con una no contributiva, aunque vayan destinadas a proteger la misma contingencia, pues normalmente para el reconocimiento de las segundas no se precisará el cumplimiento de un período de carencia conformado por períodos de seguro obligatorios.
- e) La acumulación de prestaciones derivadas de las relaciones de afiliación-cotización, mantenidas simultánea y obligatoriamente, en dos sistemas nacionales de SS por un trabajador migrante por imperativo de las normas de conflicto del Título II. En efecto, como se verá en el capítulo siguiente con detenimiento, en los artículos 14 quater b) y 14 septies, el legislador comunitario exceptúa el principio de unicidad de ley aplicable y establece la competencia simultánea de dos sistemas nacionales a los que el migrante debe afiliarse y cotizar. En este contexto de doble afiliación, derivada de la norma comunitaria, se permite que, en ocasiones, el trabajador reciba

---

Coenen (37/86); en la STJCE de 11-8-1995 sobre el Asunto Schmidt (98/94); y en el apartado 20 y siguientes de la STJCE de 12-2-1998 sobre el Asunto Cordelle (C-366/96).

<sup>369</sup> En este sentido VAN RAEPENBUSCH, Sean. *La Seguridad...* op. cit. p. 459, que basa tal afirmación en la STJCE de 25-11-1975 sobre el Asunto Massonet (50/75); véase punto 4º del Fallo.

cobertura simultáneamente por la misma contingencia, de ambos Estados miembros donde cotiza obligatoriamente.<sup>370</sup>

En segundo lugar, el artículo 12.1 in fine, a pesar de poseer las características del cúmulo prohibido, permite expresamente el reconocimiento simultáneo de:

*“ las prestaciones de invalidez, vejez, de muerte (pensiones) o de enfermedad profesional, que sean liquidadas por las instituciones de dos o varios Estados miembros con arreglo a las disposiciones del artículo 41, de los apartados 2 y 3 del artículo 43, de los artículos 46, 50 y 51 o de la letra b) del apartado 1 del artículo 60”.*

Todas las acumulaciones mencionadas derivan de la competencia simultánea de varias normas nacionales establecida por las propias normas de conflicto comunitarias, el legislador comunitario no prohíbe estos cúmulos porque simultáneamente incide sobre el cálculo de estas prestaciones impidiendo obtener en el marco de todos los sistemas involucrados, prestaciones de cuantía completa. En efecto, en el R. 1408 se atempera el monto de las prestaciones acumuladas mediante la aplicación de la técnica <prorrata temporis> o estableciendo que la prestación que se acumula a posteriori tan sólo sea un complemento de una prestación principal ya reconocida y abonada íntegramente. Desde esta perspectiva los cúmulos de prestaciones comunitarias consentidos expresamente en el artículo 12.1 se podrían agrupar en dos categorías. Una primera, relativa a la acumulación sobrevenida de prestaciones como consecuencia de la agravación del estado de salud del beneficiario de una prestación, que genera el reconocimiento de una prestación complementaria. Los artículos 41 y 60.1.b) permiten el reconocimiento de una segunda prestación complementaria a cargo de otro Estado miembro distinto del inicialmente competente, cuando se produzca, respectivamente, incremento del grado de invalidez y o el empeoramiento de una enfermedad profesional. Una segunda categoría sería la relativa a la acumulación de pensiones de igual naturaleza reconocidas simultánea en el seno de distintos sistemas nacionales competentes, calculadas en el marco del procedimiento establecido en el capítulo III del Título III donde se impone la utilización de las técnicas de totalización y prorrata temporis. En efecto, se está haciendo referencia a las acumulaciones propiciadas por las siguientes disposiciones del R. 1408 citadas, cuyo contenido se estudia exhaustivamente en el capítulo tercero de este trabajo: en primer lugar, el artículo 46, donde se establece

---

<sup>370</sup> Véase en este sentido el artículo 9.3 del R.574 donde respecto de estos sujetos se establece que “se mantendrán los derechos al subsidio por fallecimiento adquiridos en virtud de la legislación de cada uno de los Estados miembros en cuestión...” No obstante, tal cúmulo no se permite respecto de todas las

el procedimiento de cálculo de las pensiones de vejez y muerte; en segundo lugar los apartados 2 y 3 del artículo 43 sobre transformación de ciertas pensiones de invalidez en pensiones de vejez; en tercer lugar, el artículo 51 relativo a la revalorización de las pensiones reconocidas y la posibilidad de realizar un nuevo cálculo de las mismas. Por último, el artículo 50 del R. 1408 establece la obligación de que el Estado deudor de una de las prestaciones acumuladas donde resida el beneficiario, abone un complemento de mínimos cuando el total de las pensiones percibidas no alcancen el mismo.

**VI-4-1-3.- Consecuencias jurídicas de la prohibición de cúmulo establecida en el artículo 12.1.**

El artículo 12.1 se limita a prohibir el cúmulo de prestaciones mencionado, sin establecer mecanismos jurídicos específicos que dotasen de virtualidad a tal prohibición impidiendo su nacimiento o poniendo fin al cúmulo una vez producido. No existe un criterio único, sino que tales mecanismos se establecen fragmentariamente en distintas disposiciones de los Reglamentos de coordinación, en función de la contingencia que cubran las prestaciones cuyo cúmulo se pretenda prevenir o eliminar. En primer lugar, con esa función preventiva del nacimiento del propio cúmulo, el legislador comunitario en el marco de las normas de conflicto que designan la norma nacional competente para la cobertura de la contingencia de que se trate, establecerá la competencia de una única legislación nacional.<sup>371</sup> En segundo lugar, cuando la conexión abierta establecida en las normas de conflicto permita la aplicación de dos normas nacionales, se establece a posteriori una norma anticúmulo en sentido propio que permite priorizar el abono de una sola prestación entre las concurrentes. Ambos tipos de disposiciones comunitarias están diseminadas indistintamente en el Título III del R. 1408, y en los artículos 7 a 10 bis del Título II del R. 574, en <aplicación del artículo 12> del R. 1408. Circunstancia que pone de manifiesto, no sólo la quiebra de los roles atribuidos a ambos Reglamentos, sino también la inexistencia de una regulación conjunta y coherente de la normativa general anticúmulo comunitaria. A continuación se abordará el contenido básico de estas disposiciones en función de la contingencia a la que aluden:

En primer lugar, en el Capítulo I del R.1408 sobre <prestaciones de enfermedad y maternidad>, se estipula que la legislación competente es la del último Estado al que

---

contingencias, como pone de manifiesto el artículo 8.3 del R. 574, donde, como se verá se limita el cúmulo de prestaciones de enfermedad o maternidad que puede derivar de esa doble afiliación.

el migrante haya estado afiliado en calidad de trabajador, normalmente coincidente con la *Lex loci laboris*.<sup>372</sup> En dicho capítulo se establecen normas de conflicto ad-hoc destinadas a regular las situaciones en las que el beneficiario reside en un Estado miembro distinto del competente; distinguiendo según los destinatarios de las prestaciones sean: trabajadores, trabajadores en paro, solicitantes de pensiones y pensionistas, aludiendo simultáneamente a los derechos de los familiares de todos ellos. Respecto de este tipo de prestaciones los artículos 8 y 8 bis<sup>373</sup> del R.574 establecen sendas normas anticúmulo, destacando la establecida en el artículo 8 que pone fin al cúmulo de prestaciones por maternidad a favor de un trabajador o sus familiares, designando como competente una única legislación nacional: la del Estado donde hubiera tenido lugar el parto. No obstante, si el parto no se hubiera producido en ninguno de los Estados de afiliación, se tendrá derecho a la prestación en el marco de la legislación a la que haya estado afiliado en último lugar.<sup>374</sup> Por su parte, el artículo 8.3 impide el enriquecimiento injusto que derivaría del doble reembolso de este tipo de prestaciones a favor de aquéllos trabajadores que, como se señaló, están afiliados obligatoria y simultáneamente a dos sistemas nacionales. En este caso sólo podrán solicitarlo en el marco de la legislación del Estado miembro que proporcionó efectivamente la asistencia médica, y si éste no coincidiera con ninguno de los Estados de afiliación, acudirán al sistema donde está afiliado como trabajador por cuenta ajena.

---

<sup>371</sup> **RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel.** *La Seguridad ...* op. cit. p.224. En este sentido **VAN RAEPENBUSCH, Sean.** *La SS...* op. cit. p. 472 y ss, que señala que: “*toda regla comunitaria sobre conflicto de leyes constituye en este sentido una regla anticúmulo ...*”.

<sup>372</sup> Véase STJCE de 12-1-1983 sobre el Asunto Coppola (150/82): “*únicamente la institución o instituciones competentes del Estado miembro en cuyo territorio está empleado o ha estado empleado el trabajador en último lugar son competentes para proceder a la totalización de los periodos de seguro de acuerdo con el artículo 18 del Reglamento y sólo la legislación de ese Estado miembro es aplicable a la prestación de enfermedad en virtud de la letra a) del apartado 2 del artículo 13 del Reglamento*”.

<sup>373</sup> El artículo 8 bis, por su parte, establece una norma de conflicto ad-hoc para el caso en que un trabajador pueda pretender simultáneamente prestaciones de enfermedad, de accidente de trabajo, o de enfermedad profesional en virtud de la legislación nacional griega y las de otros Estados miembros; priorizándose, en este caso, la aplicación de la Ley a la que haya estado sometido en último lugar.

<sup>374</sup> En la STJCE de 22-5-1980 sobre el Asunto Walsh (143/79) se puntualizó que “*esta disposición no impide a una persona que haya agotado el período máximo de la prestación concedida por el Estado donde tiene lugar el parto, beneficiarse de un período adicional en concepto de prestación concedida por otra legislación a la que estuvo sujeta y la cual, en razón del bienestar de la madre y el niño, concede un período de más largo de baja laboral. Desde luego, no podría considerarse que ese hecho entra dentro de la categoría de <acumulación injustificada> que la disposición en cuestión pretende prevenir.*”. El artículo 8.2 evita la acumulación de prestaciones de enfermedad de Irlanda y Reino Unido, señalando que sólo se concederán las del Estado a cuya legislación estuvo sometido el beneficiario en último lugar.



En segundo lugar, en el marco de los Capítulos II y III relativos a las pensiones sólo se establecen normas de conflicto preventivas del cúmulo, que se estudiarán con detenimiento en el capítulo tercero de este trabajo. Grosso modo se puede señalar que el Capítulo II destinado a la contingencia de <invalidez>, establece que será competente de su cobertura la legislación del Estado miembro al que el trabajador estuviera afiliado en el momento de surgir el hecho causante. Las normas de conflicto del Capítulo II están destinadas únicamente a aquéllos trabajadores migrantes que hubieran estado siempre afiliados a legislaciones nacionales <tipo A>, mencionadas en el Anexo IV del R. 1408 y en cuyo marco la cuantía de las pensiones de invalidez es independiente de los períodos de seguro. En efecto, cuando el migrante haya estado afiliado a una legislación <tipo B>, donde la cuantía de estas pensiones es proporcional a los períodos de seguro cumplidos, la normativa de coordinación aplicable, por remisión expresa del legislador comunitario es la contenida en el capítulo III del Título III. En este último capítulo se establece una norma de conflicto totalmente diversa para el reconocimiento de estas pensiones de invalidez, vejez o supervivencia, designándose competentes, simultáneamente, todas las normas a las que el migrante haya estado afiliado por un período superior al año, siempre con independencia del lugar donde se hubiera producido el hecho causante. Como es sabido, el cúmulo prestacional que puede derivar de la aplicación de este tercer capítulo es admitido expresamente por el legislador comunitario en el artículo 12.1, como consecuencia del cálculo proporcional de su cuantía mediante la prorrata temporis.

En tercer lugar, en el marco del Capítulo IV sobre <accidentes de trabajo y enfermedades profesionales> hay que señalar que se designa como competente la legislación del Estado donde el migrante estaba afiliado en calidad de trabajador en el momento de producirse el hecho causante, incluso cuando se trate de un accidente in itinere en el territorio de otro Estado miembro distinto del competente. En este caso, al no exigirse en la legislación de SS de ningún Estado miembro la afiliación efectiva para tener derecho a tal cobertura, en defecto de la misma será competente directamente la lex loci laboris donde se produjo el hecho causante. El artículo 57 establece que en el supuesto de que el interesado haya estado expuesto al mismo riesgo de enfermedad profesional en varios Estados miembros, será competente la última lex loci laboris en la que surja efectivamente derecho a tal prestación por enfermedad profesional.

En cuarto lugar, en el marco del Capítulo V, relativo a los <subsídios por defunción>, de nuevo se establece la competencia de la legislación nacional a la que el

migrante hubiera estado afiliado en calidad de trabajador. Los apartados primero y segundo del artículo 9 del R. 574 establecen sendas normas anticúmulo priorizando la percepción de una única prestación y extinguiendo las restantes. En principio se establece la percepción de la prestación reconocida por la ley nacional competente del Estado miembro donde se produjo el fallecimiento y si no se hubiera reconocido prestación en su seno, se podrá percibir la reconocida en el sistema donde el difunto hubiera estado sometido en último lugar. No obstante, en el artículo 9.3 se consiente el cúmulo de este tipo de prestaciones cuando sean reconocidas por los dos sistemas nacionales a los que están afiliados obligatoria y simultáneamente los trabajadores por imperativo de los artículos 14 quater b) y 14 septies del R.1408.

En quinto lugar, en el marco del Capítulo VI, relativo a las *<prestaciones por desempleo>*, la legislación nacional competente será, por regla general, aquella donde el migrante estuvo empleado o cubrió períodos de seguro en último lugar.<sup>375</sup> En este contexto el R.1408 impide que cierta asimilación de condiciones, establecida por el artículo 68.2 para el cálculo de estas prestaciones, produzca un beneficio abusivo al aplicarse simultáneamente a las prestaciones de desempleo concurrentes de ambos cónyuges.<sup>376</sup> El artículo 71.2, por su parte, suspende las prestaciones que pudiera reconocer la Ley del Estado de residencia durante la percepción de las reconocidas por el Estado de empleo.<sup>377</sup> Por último puede encontrarse en el artículo 9 bis del R. 574 una norma anticúmulo vinculada con el sistema de SS nacional griego.<sup>378</sup>

---

<sup>375</sup> Como se señaló en la STJCE de 9-7-1975 sobre el Asunto D'Amico (20/75) "*el derecho comunitario, en principio, no contempla, en cuanto al derecho de un trabajador desempleado, que éste pueda solicitar prestaciones por desempleo en virtud de la legislación de un Estado miembro distinto del Estado en el cual le sobrevino el desempleo*". De hecho, "*si una persona desempleada abandona un Estado miembro donde se le ha reconocido un derecho a prestación por desempleo y encuentra trabajo en otro Estado miembro, éste es el Estado donde la persona ha estado empleada por última vez y por consiguiente es el Estado competente en el sentido del artículo 69...*" STJCE de 28-4-1988 sobre el Asunto Vanhaeren (192/88).

<sup>376</sup> Se trata de una norma que establece una asimilación de condiciones interpretada por el TJCE en su Sentencia de 2-8-1993 sobre el Asunto Acciardi (C-66/92) en el sentido de que cuando "*en el cálculo de las prestaciones la institución competente de un Estado miembro cuya legislación estipule que la cuantía de las prestaciones de desempleo varíen en función del número de miembros de la familia, también deberá tener en cuenta a los miembros de la familia que residan en el territorio de otro Estado miembro como si residieran en el territorio del Estado competente...*" Sin embargo, el artículo 68.2 del R. 1408 para evitar un beneficio abusivo señala que "*esta norma no se aplicará si, en el país donde residen los miembros de la familia, otra persona tiene derecho a las prestaciones por desempleo, y si dichos miembros de la familia son tenidos en cuenta para el cálculo de estas prestaciones.*"

<sup>377</sup> Este artículo se refiere a una de las excepciones establecidas a la conexión general respecto de los trabajadores fronterizos en desempleo total para los que resulta competente la ley del lugar de residencia. Por otro lado, el trabajador no fronterizo en desempleo total puede optar por la aplicación de la legislación del Estado de residencia, poniéndose a disposición de sus servicios de empleo. En este caso, la

En sexto lugar, en el Capítulo VII del Título III del R.1408, relativo a <prestaciones familiares>, se establece como competente, de nuevo, la ley de afiliación en calidad de trabajador que al poder ser esgrimida por ambos cónyuges, respecto de los mismos familiares, puede generar un cúmulo de prestaciones de la misma naturaleza.<sup>379</sup> El artículo 76 del R. 1408 contiene una norma anticúmulo que trata de impedir el derecho concurrente de ambos progenitores a prestaciones familiares en distintos Estados miembros y con causa en los mismos hijos.<sup>380</sup> Este artículo prioriza la percepción de la prestación reconocida por la Ley del lugar de trabajo del progenitor que coincida con la del lugar de residencia de los hijos, suspendiéndose la percepción de la concurrente. No obstante la suspensión de esta prestación será parcial cuando tenga una cuantía superior a la de la prestación priorizada, pues subsiste la obligación de abonar un complemento diferencial, que garantiza al beneficiario la percepción de la prestación más elevada a la que hubiera tenido derecho.<sup>381</sup>

En séptimo lugar, en el marco del capítulo 8 relativo <prestaciones por hijos a cargo de titulares de pensiones o rentas y por huérfanos>, hay que señalar que se establecen normas preventivas del cúmulo a través de normas de conflicto contenidas respectivamente en los artículos 77 y 78. En primer lugar, se señala que si el pensionista

---

norma anticúmulo contenida en el artículo 71 impide la acumulación de otras prestaciones de desempleo a las reconocidas inicialmente en el marco de la Ley del lugar de trabajo, señalando que su beneficiario mientras tenga derecho a las mismas “...no podrá pretender las prestaciones que pudieran corresponderle en virtud de la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida”.

<sup>378</sup> El artículo 9 bis del Reglamento 574/72 establece una norma ad-hoc respecto de la acumulación de prestaciones de desempleo exportadas por otros Estados miembros a Grecia, cuando en este último país también exista derecho a este tipo de prestaciones. En este caso las prestaciones griegas quedan en suspenso durante los tres meses que, como se verá en el epígrafe siguiente de este trabajo, el artículo 69.1.c) del R.1408 permite exportar las prestaciones por desempleo a otro Estado miembro.

<sup>379</sup>Véanse sobre el cúmulo de prestaciones familiares: **VIVES CABALLERO, Marta**. “Normas de coordinación comunitaria en materia de acumulación de prestaciones. Examen de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia Europeo”. /en/ **VV.AA. Problemática Española de la SS Europea**. Instituto Europeo de Relaciones Industriales. Granada. 1999. P. 49 y ss. **LUMAY, Françoise**. “Cumul de droits aux prestations familiales dans l’Espace Economique Européen. Paiements par difference”. RBSS. N° 1/ Marzo 1996.

<sup>380</sup> El legislador comunitario recogiendo la doctrina adoptada por el TJCE sobre esta materia, aprobó los Reglamentos N° 2332/89 de 18-7-1989 (DO N° L 224 de 2-8-1989) y N° 3427/89 de 30-10-1989 (DO N° L 331 de 16-11-1989). Precediendo la citada normativa, véanse, por todas, la STJCE de 20-4-1978 sobre el Asunto Regazzoni (134/77); y de 10-7-1986 sobre el Asunto Luijten (C-60/ 1985), comentada esta última por **GARCIA RODRIGUEZ, Isabel**. “Los conflictos...”op. cit. p. 43 y ss.

<sup>381</sup> Sobre el objetivo de esta norma la STJCE de 19-2-1981 sobre el asunto Beck (104/80) señaló que “una norma elaborada para impedir la superposición de prestaciones familiares es aplicable sólo en la medida en que no prive a los interesados, sin causa justificada, del beneficio de un derecho a prestaciones conferido por la legislación de un Estado miembro”.

recibe una única pensión, será competente para reconocer una prestación por hijo a cargo la legislación del Estado miembro que abona tal pensión; en ese mismo sentido, si el causante de la pensión de orfandad sólo estuvo afiliado a una legislación nacional en calidad de trabajador será esa legislación la competente de su abono. En segundo lugar, cuando el pensionista recibe varias pensiones o si el causante de la pensión estuvo sometido a más de una legislación, el R. 1408 declara competente una única legislación entre las de afiliación concurrentes. Efectivamente, como primera opción resulta competente la ley del lugar donde resida el beneficiario; siempre que en su seno se tenga derecho, vía totalización si fuera preciso, a tales prestaciones por hijo a cargo o a una pensión de orfandad.<sup>382</sup> Si no existiese derecho a prestaciones en el marco de esa legislación, se deberá aplicar subsidiariamente aquélla en cuyo marco el migrante hubiera estado afiliado por más tiempo. Finalmente, si en el marco de esta última normativa tampoco se lograra la cobertura pretendida, el legislador establece, en los artículos 77.2.b)ii) y 78.2.b)ii) in fine, una cláusula de cierre idéntica, que establece que:

*“se examinará que derechos pueda tener ante las legislaciones de los restantes Estados miembros afectados, siguiendo, en escala decreciente, el orden marcado por la distinta duración de los períodos de seguro o de residencia que haya cubierto bajo las legislaciones de tales Estados miembros.”*

Si en el marco de la aplicación de dicha cláusula de cierre resultan *“competentes varios Estados miembros por ser igual la duración de los períodos correspondientes”* a tenor del artículo 79.2 sólo se aplicará *“la legislación del Estado miembro a la que el titular o el fallecido hubiera estado sometido en último lugar.”* Por último, el artículo 79.3 establece una norma comunitaria anticúmulo, suspendiendo las prestaciones reconocidas en las legislaciones designadas en los artículos 77.2 y 78.2 que se acumulan con las que se reconocen a los hijos *“como consecuencia del ejercicio de una actividad profesional.”* Según el TJCE en el marco de la suspensión que establece el artículo 79.3, existe, de forma semejante a lo que sucedía con las prestaciones familiares, el derecho a un complemento diferencial cuando la prestación suspendida tuviera una cuantía superior a aquélla cuya percepción integral, se prioriza.<sup>383</sup>

---

<sup>382</sup> Véase el artículo 77.2.b.i) interpretado en la STJCE de 14-3-1989 sobre el asunto Baldi (1/88) y el artículo 78.2.bi) aplicado en la STJCE de 9-7-1980 sobre el Asunto Gravina (807/79) y la STJCE de 7-5-1998 sobre el asunto Gómez Rodríguez (C-113/96)

<sup>383</sup> Véase STJCE de 6-3-1979 sobre el Asunto Rossi (100/78) confirmada por la de 24-11-1983 sobre el Asunto D'Amario (320/82) y la STJCE de 11-6-1991 sobre el Asunto Athanasopoulos (C-251/89) donde se establece de forma diáfana la obligación de abonar el complemento diferencial en el supuesto de que *“...la cuantía de las prestaciones abonadas por el Estado miembro de residencia sea inferior a la cuantía de las prestaciones abonables por otro Estado miembro, el pensionista, o el huérfano del trabajador”*

Las disposiciones de los capítulos VII y VIII del Título III del R. 1408 deben ser completadas por la normativa anticúmulo establecida en el artículo 10 del R. 574,<sup>384</sup> respecto a *<prestaciones o subsidios familiares>*. Este artículo no parece referirse al cúmulo prohibido por el artículo 12.1, sino a la posibilidad de percibir una prestación nacional autónoma o comunitaria en virtud de la aplicación de los artículos 73, 74, 77 o 78, a la que se acumularía, una prestación de carácter no contributivo para cuyo reconocimiento no se exige requisito alguno de seguro, de empleo o de actividad para su reconocimiento, aunque presumiblemente sí de residencia. En este caso el artículo 10.1.a) suspende la percepción de esta prestación no contributiva eliminando el cúmulo; suspensión que, de nuevo, tendrá tan sólo carácter parcial persistiendo, en su caso, la obligación de abonar un complemento diferencial. Debe recalarse que la prestación suspendida parcialmente debe ser de origen autónomo, esto es, no puede haberse reconocido vía comunitaria, pues ninguna legislación distinta de la competente tendrá obligación de abonar tal complemento, *“cuando el derecho (en este caso) a la pensión, a la renta o a la pensión de orfandad no se haya adquirido exclusivamente en razón de los períodos de seguro cubiertos en dicho Estado.”*<sup>385</sup> No obstante, de acuerdo con el artículo 10.1.b) del R. 574, sí en el Estado que brinda tales prestaciones independientes de los períodos de empleo o de seguro; el migrante hubiera ejercido una actividad profesional, la suspensión jugará en sentido contrario, al considerarse competente esta última. En efecto, tal y como se establece en los incisos i) e ii) de la mencionada letra b), se suspende la prestación nacional autónoma o reconocida, vía comunitaria, en virtud de los artículos 73, 74, 77 o 78; suspensión, en cuyo marco, existe de nuevo la posibilidad de que se haya de reconocer un complemento diferencial.

Por último, para completar esta visión de la normativa anticúmulo comunitaria, hay que señalar que el Reglamento 1247/92 que, como es sabido, introdujo a las PENC

---

*fallecido, tiene derecho a percibir, de la institución competente del último Estado miembro, una prestación complementaria equivalente a la diferencia entre las dos cuantías mencionadas, aunque en virtud de la legislación de ese Estado la concesión de las prestaciones esté sometida a la condición de que tanto el solicitante, como el hijo del derechohabiente residan dentro de su territorio nacional.”* Esta última STJCE se menciona como crucial en la Decisión N° 150 de la CASSTM de 26-6-1992 (DO N° C 229 de 25-8-1993) donde se desarrolla prolijamente la aplicación del complemento.

<sup>384</sup> Véase sobre la aplicación de este artículo las STJCEs: la de 19-2-1981 sobre el Asunto Beeck (104/80); la de 3-2-1983 sobre el Asunto Robards (149/82), la de 4-7-1984 sobre el Asunto Kromhout (104/84), la de 9-7-1987 sobre el Asunto Burchell (377/85) y la de 9-12-1992 sobre el Asunto McMenamin (C-119/91);

<sup>385</sup> Véase la STJCE de 27-2-1997 sobre el asunto Bastos Moriana (59/95) y las Conclusiones del Abogado General sobre el Asunto Martínez Domínguez y otros (C-471/99) presentadas el 7-2-2002.

en el ámbito objetivo del R. 1408, estableció simultáneamente para estas prestaciones una norma de conflicto ad-hoc en su artículo 10 bis.1. A tenor de esta disposición, únicamente será competente para el reconocimiento de estas PENC la ley del lugar de residencia del solicitante, o <lex loci domicilii>. Este mismo R. 1247 introdujo su propia normativa transitoria en el Título VII del R.1408, concretamente en el artículo 95 ter, cuyo apartado 11 contiene una norma anticúmulo. En efecto, el mencionado artículo se refiere al supuesto en el que las PENC reconocidas en el marco del Título III del R. 1408, antes del 1-6-1992 fecha en que entró en vigor dicho R. 1247, se acumulen con las PENC reconocidas en el marco de la lex loci domicilii, por imperativo de la nueva norma de conflicto ad-hoc del artículo 10 bis del R. 1408. El legislador comunitario consiente tal acumulación, estableciendo, sin embargo, la cobertura máxima que el beneficiario en su marco:

*“cuando las prestaciones especiales de carácter no contributivo contempladas en el apartado 2 bis del artículo 4 del Reglamento (CEE) N° 1408/71 puedan ser concedidas, durante el mismo período y para la misma persona, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10 bis por la institución competente del Estado miembro en cuyo territorio resida dicha persona y con arreglo a los apartados 1 a 10 del presente artículo por la institución competente de otro Estado miembro, el interesado sólo podrá acumular dichas prestaciones hasta el importe de la prestación más elevada que le corresponda en aplicación de una de las legislaciones en cuestión.”<sup>386</sup>*

#### **VI-4-2.- La aplicación de la normativa nacional anticúmulo.**

A esta materia se dedican los apartados 2, 3 y 4 del artículo 12 del R. 1408, los dos primeros se analizan a continuación, no así el último de importancia muy relativa al referirse exclusivamente al sistema holandés.<sup>387</sup>

##### **VI-4-2-1.- El apartado 2 del artículo 12**

12.2.- *“Salvo en los casos en que el presente Reglamento disponga otra cosa, las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión establecidas en la legislación de un Estado miembro en caso de acumulación de una prestación con otras prestaciones de SS o con otros ingresos de cualquier tipo podrán hacerse valer frente al beneficiario,*

---

<sup>386</sup> Las normas de desarrollo de esta norma anticúmulo, como se preveía en el apartado 12 de ese mismo artículo 95 ter, se establecieron en la Decisión N° 152 de 13-5-1993 (DO N° L 244 de 19-9-94).

<sup>387</sup> Grosso modo la aplicación del artículo 12.4 supone que cuando la institución holandesa haya reconocido una pensión de invalidez y deba abonar una prestación parcial de enfermedad profesional por <neumoconiosis esclerógena>; la pensión de invalidez debe reducirse en la cuantía de la prestación por enfermedad profesional mencionada, cuyo coste se reparte mediante prorrata temporis entre las legislaciones donde estuvo afiliado y sufrió el riesgo de contraerla. El tenor de esta disposición aconsejaría su traslado al Anexo VI del R. 1408, donde se establecen disposiciones que consideran las particularidades de las normativas de algunos Estados miembros.

*aunque se trate de prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otro Estado miembro o de ingresos obtenidos en el territorio de otro Estado miembro.”*

El artículo 12.2 del R.1408 establece la posibilidad de aplicar NNA sobre aquellas prestaciones comunitarias, esto es, adquiridas gracias a la aplicación de la norma de coordinación; incluso cuando la causa de su aplicación sea la acumulación con otras prestaciones de SS u otros ingresos obtenidos en otro Estado miembro.

En primer lugar, hay que señalar que se considerarán NNA las disposiciones de un sistema nacional de SS que establezcan la supresión, suspensión o reducción de las prestaciones reconocidas en su seno, como consecuencia del disfrute simultáneo por el mismo beneficiario de otras prestaciones o la percepción de ciertos ingresos.<sup>388</sup> Estas NNA pueden poseer carácter interno o externo,<sup>389</sup> teniendo, en este segundo supuesto, un tenor internacional al aludir expresamente al posible origen extranjero de las prestaciones o ingresos con los que limita o prohíbe la concurrencia de las propias prestaciones. En sentido contrario, las NNA internas sólo establecen la incompatibilidad de las prestaciones reconocidas en su seno, cuando concurren con otras prestaciones en el marco de su propio sistema de SS o con otros ingresos de origen nacional.<sup>390</sup> Considerando el tenor indiscriminado del artículo 12.2, se puede afirmar que esta disposición avala la aplicación de ambos tipos de NNA sobre la prestación adquirida en el marco de su legislación nacional gracias a la aplicación del R. 1408. Sin embargo, de acuerdo con el TJCE, el artículo 12.2 va más lejos dotando a las NNA internas, que pretendan incidir sobre una prestación <comunitaria>, de un carácter externo.<sup>391</sup> En

---

<sup>388</sup> Cuando la NNA se ubica en el marco del procedimiento de cálculo de la propia prestación, según el apartado 16 de la STJCE de 7-3-02 sobre el Asunto Insalaca (C-107/00) *“una norma nacional debe ser calificada de cláusula de reducción en el sentido de lo dispuesto en el R. 1408, si el cálculo que impone tiene como efecto reducir el importe de la pensión que puede solicitar el interesado por disfrutar de una prestación en otro Estado miembro.”* Postura ya mantenida en los apartados 25 de las STJCEs de 18-11-1999 sobre el Asunto Van Coile (C-442/97) y la del Asunto Platbrood (C-161/98).

<sup>389</sup> Esta distinción entre el carácter externo e interno de las NNA puede encontrarse en la STJCE del TJCE de 4-6-1985 sobre el Asunto Romano (58/84); así como en la STJCE de 13-3-1986 sobre el Asunto Sinatra (296/84) donde se recogen las alegaciones de la Comisión en ese sentido.

<sup>390</sup> La calificación de externas o internas, esto es, la determinación del alcance de la propia NNA queda, como toda norma nacional, en manos del juez nacional. En igual sentido éste deberá pronunciarse sobre alcance de la expresión <otros ingresos> mencionada en el artículo 12.2 de acuerdo con la STJCE de 14-3-1978 sobre el Asunto Naselli (83/77). **VAN RAEPENBUSCH, Sean.** *Seguridad...* op. cit. p. 466.

<sup>391</sup> En el apartado 12 de la STJCE de 15-9-1983 sobre el Asunto Jerzak (279/82) se señala que *“conviene admitir que la aplicación, conforme al artículo 12.2 del R. 1408, de una cláusula de no acumulación que contemple únicamente las prestaciones nacionales (esto es, interna) a una prestación debida en virtud de la legislación de otro Estado miembro, no se justifica sino cuando la prestación que hay que reducir se*

otras palabras, se ha considerado que el artículo 12.2 tiene el efecto jurídico de permitir la aplicación de una NNA interna sobre una prestación comunitaria, asimilando las prestaciones extranjeras a las nacionales con las que efectivamente prohíbe o limita su cúmulo.<sup>392</sup> Perspectiva que supone la existencia de una asimilación de condiciones peyorativa “...o en sentido <negativo>, al tomarse en consideración circunstancias acaecidas en otros países para limitar sus derechos”.<sup>393</sup>

En segundo lugar, considerando que se trata de una norma comunitaria que avala la aplicación de NNA internas de intrínsecos efectos peyorativos sobre los derechos del migrante, como se señaló, tan sólo pueden incidir sobre prestaciones adquiridas vía coordinación; siendo el 12.2 la contrapartida a los beneficios obtenidos previamente de la propia norma comunitaria de coordinación.<sup>394</sup> Como es sabido, los derechos a prestaciones nacionales adquiridos autónomamente, esto es, al margen de la norma de coordinación resultan intangibles a la intervención del legislador comunitario. Conviene señalar, no obstante, que el Derecho Comunitario no se opone a que una NNA que goce de carácter externo incida sobre una prestación nacional autónoma. El R. 1408 no interfiere en la aplicación de las NNA que pretendan incidir sobre el cúmulo de sus prestaciones nacionales con ingresos procedentes de otro Estado miembro o pensiones reconocidas en el marco del sistema de SS de otro Estado miembro, gracias o al margen de la norma de coordinación.<sup>395</sup> En definitiva, las NNA que pretendan incidir sobre

---

*ha adquirido gracias a la aplicación de las disposiciones de este mismo Reglamento.” En este mismo sentido, véase previamente, por todas, la STJCE de 15-5-1974 sobre el Asunto Kaufmann (184/73)*

<sup>392</sup> VAN RAEPENBUSCH, Sean. *Seguridad...* op. cit. p. 467 En un sentido similar se ha señalado que “...el art. 12.2 y 3 establecen la vigencia, más allá de los límites territoriales nacionales, de las normas de SS internas relativas a la reducción, suspensión o supresión de la pensión...”. GARCIA RODRIGUEZ, Isabel. “La aplicación ...” op. cit. P. 898. En sentido contrario, RODRIGUEZ GUTIERREZ, Javier. “Visión general...” op.cit. P. 124, donde señala que el “...artículo 12.2 se refiere únicamente a las cláusulas anticúmulo externas”.

<sup>393</sup> COLINA ROBLEDO, Miguel. (et alii). *Derecho...* op. cit. p. 214 y 211.

<sup>394</sup> Como señaló el TJCE en su STJCE de 15-9-1983 sobre el Asunto Jerzak (279/82) no se puede aplicar, al amparo del artículo 12.2, una <NNA interna> alemana sobre la pensión de invalidez reconocida en su seno por percibir el beneficiario simultáneamente una prestación belga por enfermedad profesional. En efecto, “... la primera frase del apartado 12.2 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que impide la reducción o la suspensión de una prestación adquirida, únicamente en virtud de la legislación de un Estado miembro.”

<sup>395</sup> “No hay ninguna regla comunitaria que regule la concurrencia de disposiciones anticúmulo nacionales, cuando se trata de prestaciones que se calculen tan sólo con arreglo al Derecho nacional”. VAN RAEPENBUSCH, Sean. *SS...* op. cit. p. 486. En este sentido véase el Fallo de la STJCE de 13-3-1986 sobre el Asunto Sinatra (296/84): “...el apartado 2 del artículo 12 del Reglamento (CEE) 1408/71 no se opone a la aplicación de una **regla anticúmulo externa**, para determinar las prestaciones adquiridas en virtud de la aplicación exclusiva de las disposiciones de una legislación nacional”.



prestaciones nacionales autónomas deberán poseer vocación externa, aunque sea implícita, para poder considerar su confluencia con prestaciones e ingresos extranjeros,<sup>396</sup> pues no pueden beneficiarse de las prescripciones del artículo 12.2.<sup>397</sup>

En tercer lugar y respecto de los cúmulos a los que se refiere el artículo 12.2, hay que señalar, por un lado, que las NNA no podrán pronunciarse sobre la acumulación prohibida expresamente por el artículo 12.1 del R. 1408. En efecto, la concurrencia de prestaciones comunitarias de igual naturaleza, reconocidas con base en idénticos períodos de seguro obligatorios, es atajada por las disposiciones comunitarias mencionadas en el epígrafe anterior, cuyas prescripciones se imponen a cualquier NNA que quisiera incidir sobre este tipo de acumulaciones, estableciendo otras soluciones jurídicas.<sup>398</sup> Por otro lado, las NNA a las que se refiere el artículo 12.2 serán aquéllas que se aplican sobre una prestación adquirida comunitariamente cuando se acumule, en primer lugar, con prestaciones adquiridas, vía comunitaria, que: a) posean distinta naturaleza; b) se hayan adquirido con base en períodos de seguro voluntarios; c) tengan naturaleza no contributiva en el sentido que se exija para su reconocimiento período de carencia alguno. En segundo lugar, cuando se acumulen con todo tipo de prestaciones nacionales, esto es, adquiridas autónomamente en el marco de ese Derecho nacional, o cualquier otro tipo de ingreso con origen en otro Estado miembro. Hay que recordar, asimismo, que el artículo 12.2 comienza con la expresión “*salvo en los casos en que el presente Reglamento disponga otra cosa...*”, lo que supone que no se aplica cuando existan normas comunitarias específicas que lo exceptúen, como sucede con los

---

<sup>396</sup> Como se verá, la exigencia de que las NNA posean carácter externo se estipula expresamente por el artículo 46 bis.3.a) respecto de aquéllas que pretendan incidir sobre las pensiones en el marco del capítulo III del Título III del R. 1408. Como señala el Abogado General en el apartado 37 de sus Conclusiones de 25-10-2001 sobre el Asunto Insalaca (C-107/00) en ese contexto el concepto de NNA posee dos requisitos básicos “*El primer requisito consiste en un elemento de extranjería. Las prestaciones a las que tiene derecho el interesado deben corresponder al régimen jurídico de dos o más Estados miembros. El segundo requisito se refiere al objeto de la norma nacional de cálculo. Debe tener por consecuencia principal la disminución del importe de la pensión concedida al beneficiario.*” Postura confirmada en el apartado 16, ya transcrito, de la STJCE dictada sobre este mismo asunto el 7-3-02.

<sup>397</sup> Como señala la Comisión en el Documento COM (89) 370 final, p. 12 en su informe sobre la propuesta que generó el R. 1248/92. Si el 12.2 dotase de carácter externo a NNA internas para que incidiesen sobre prestaciones nacionales autónomas se hallaría “*manifiestamente en contradicción con el principio general según el cual la reducción de una pensión <autónoma> es competencia exclusiva del legislador nacional.*” En otras palabras, sería contrario al principio de intangibilidad de tales derechos.

<sup>398</sup> La concurrencia de “... *disposiciones anticúmulo comunitarias y nacionales, aplicables a un mismo caso específico, solamente se puede resolver reconociendo la primacía al Derecho Comunitario, cualesquiera que sean las modalidades de aplicación de la prohibición de acumular (exclusión,*

artículos 46 bis, ter y quater del capítulo III del Título III que establecen un marco ad hoc para la aplicación de la NNA ante el cúmulo de pensiones.<sup>399</sup>

En cuarto lugar, hay que señalar que el artículo 7.1 del R. 574 coordina la aplicación simultánea de varias NNA, al amparo del artículo 12.2, limitando cuantitativamente sus efectos peyorativos sobre las prestaciones comunitarias. En virtud de esta disposición la supresión, suspensión o reducción que cada una de las NNA prevea sobre las prestaciones comunitarias de las que es beneficiario el interesado, se dividirán por el número de NNA aplicables:

*“Para la aplicación de las disposiciones de los apartados 2, 3 y 4 del artículo 12 (...) las instituciones competentes afectadas se comunicarán, a petición propia, toda la información pertinente cuando determinadas prestaciones debidas con arreglo a la legislación de dos o más Estados miembros puedan ser reducidas, suspendidas o suprimidas mutuamente, las cuantías que no se abonarían en caso de aplicarse estrictamente las cláusulas de reducción, suspensión o supresión contenidas en la legislación de los Estados miembros afectados, se dividirán por el número de prestaciones sujetas a reducción suspensión o supresión.”*<sup>400</sup>

#### **VI-4-2-2.- El apartado tercero del artículo 12 señala que:**

*“Las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión previstas por la legislación de un Estado miembro en el caso en que el beneficiario de prestaciones de invalidez o de prestaciones anticipadas de vejez ejerza una actividad profesional, le afectarán aunque ejerza su actividad profesional en el territorio de otro Estado miembro.”*

El artículo 12.3, al igual que el apartado anterior, permite la aplicación de las NNA externas e internas que reduzcan, suspendan o supriman las prestaciones de invalidez o prestaciones anticipadas de vejez reconocidas vía comunitaria, en este caso, cuando su percepción se simultanee con el ejercicio de una actividad profesional en otro Estado miembro. La existencia de esta norma específica que avale la aplicación de NNA relativas al cúmulo <prestación comunitaria-actividad profesional> permite concluir en primer lugar, que el salario y rentas profesionales quedan excluidos de la expresión

---

*suspensión, reducción, etc.)*” En este sentido **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. *Seguridad...* op. cit. p. 484, con base en la STJCE sobre el Asunto Beck (104/80)

<sup>399</sup> Como se señala en el apartado 23 de la STJCE de 7-3-2002 sobre el Asunto Insalaca (C107/00) “*El artículo 46 ter, apartado 1, del R. 1408, con arreglo al cual, en caso de acumulación de prestaciones de la misma naturaleza, las cláusulas de reducción previstas en una legislación nacional no son aplicables a una prestación calculada según lo dispuesto en el artículo 46 apartado 2 de dicho Reglamento, introduce una excepción al principio enunciado en el artículo 12 apartado 2 del mismo.*”

<sup>400</sup> “*En la práctica esto significa que, si en virtud del artículo 12 párrafo 2 del Reglamento, un Estado reduce o suspende una prestación X por existir una prestación Y en el Estado B, y este último Estado reduce o suspende la prestación Y por existir la prestación X en el Estado A, reducción o la suspensión*

<otros ingresos> recogida en el artículo 12.2. En segundo lugar, se puede deducir, *sensu contrario*, que sólo se admite la aplicación de estas NNA, contrarias al desempeño simultáneo de una actividad profesional, sobre prestaciones específicas de invalidez o prestaciones anticipadas de vejez; quedando el resto de prestaciones comunitarias indemnes ante este tipo de NNA salvo que el R. 1408 estableciera otra cosa.

#### **VI-5.- LA EXPORTACIÓN DE PRESTACIONES.**

El artículo 10 del R. 1408 se refiere a la exportación de prestaciones impidiendo que el cambio de residencia del beneficiario a un Estado miembro distinto del deudor, de las mismas suponga la caducidad o suspensión de tales derechos, o la modificación o reducción de su cuantía:

*“A menos que el presente Reglamento disponga otra cosa, las prestaciones en metálico ya adquiridas de invalidez, vejez, supervivencia, 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, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en que se encuentra la institución deudora.”*

A tenor de ese artículo solo las prestaciones nacionales de SS que cubran las contingencias mencionadas serán totalmente exportables en el territorio de cualquiera de los 18 Estados que integran el sistema de coordinación. Este derecho es independiente de que el reconocimiento del derecho a la prestación sea, vía coordinación, o haya surgido en el marco exclusivo de la norma nacional. Beneficiándose de él, no sólo el trabajador migrante, sino también el sedentario, que puede no haber ejercido nunca su derecho a la libre circulación hasta el momento de la exportación. Desde un punto de vista procedimental, la exportación de las pensiones se regula en el Capítulo III del Título IV del Reglamento 574/72, en los artículos del 53 al 59.<sup>401</sup>

El artículo 10 comienza con la expresión *“... a menos que el presente Reglamento disponga otra cosa...”*, como prelude de las excepciones y limitaciones a

---

*que se realice en cada uno de los Estados sólo podrá afectar a la mitad de la cuantía de la reducción o de la prestación suspendida”.* VAN RAEPENBUSCH, Sean. SS... op. cit. p. 485.

<sup>401</sup> Siendo el contenido de estos artículos: la forma de pago de las prestaciones (art. 53), la comunicación de la relación de pagos debidos al órgano pagador (art.54), los sistemas de abono de los atrasos por cuenta del organismo pagador (art.55), el pago de atrasos al beneficiario por ese mismo organismo (art. 56), la liquidación de cuentas correspondientes a dichos pagos (art. 57) y la recuperación de los gastos motivados por el pago de las prestaciones (art. 58). En el artículo 59 se establece que el beneficiario de prestaciones tiene la obligación de notificar a la institución de SS deudora de la prestación, su cambio de residencia; obligación que debe interpretarse de modo flexible, pues en realidad el R. 574 no impone al interesado

las que la exportación se somete en la norma derivada de coordinación. Como ha señalado reiteradamente el TJCE “...*el principio de la exportabilidad de las prestaciones de SS se aplica mientras el legislador comunitario no adopte disposiciones que introduzcan excepciones al mismo*”.<sup>402</sup>

En primer lugar, y respecto de las prestaciones conectadas con las contingencias mencionadas en el artículo 10, hay que recordar que no resultarán exportables, a tenor del artículo 10 bis, las PENC mencionadas en el Anexo II bis,<sup>403</sup> ni el complemento por pensiones establecido por del artículo 50,<sup>404</sup> prestaciones cuyo reconocimiento se supedita a un requisito de residencia.

En segundo lugar, y respecto de las prestaciones que cubren contingencias distintas de las mencionadas en el artículo 10, hay que señalar, que el R. 1408 establece un sistema ad-hoc para la conservación de ciertas prestaciones. En este sentido, en el marco del Capítulo I del Título III, a tenor del artículo 19.1.b) resultan exportables las prestaciones de enfermedad y maternidad en metálico. Respecto de las prestaciones en especie la exportación podría contemplarse como la posibilidad de disfrutar de tal asistencia en un Estado miembro distinto del competente, de acuerdo con la legislación del Estado miembro que las sirve, pero siempre a costa del Estado competente. Este tipo de medidas se establece, desde un punto de vista general, en el artículo 19.2, que se desarrollan, respecto de diferentes supuestos y sujetos, en los siguientes artículos del capítulo I, del Título III del R.1408 y en el capítulo II del Título IV del Reglamento 574/72.<sup>405</sup> Respecto de esta normativa, hay que señalar que en el marco de los sistemas

---

una forma o un plazo concreto de realización. Véase, en este último sentido la STJCE de 11-7-1985 asunto Scaletta (262/84).

<sup>402</sup> En este sentido véase el apartado 41 de la STJCE de 4-11-1997 sobre el Asunto Snares (C-20/96); previamente, la STJCE de 31-3-1977 sobre el Asunto Bozzone (87/76); de 5-5-1983 sobre el Asunto Piscitello (139/82); de 24-2-1987 sobre el Asunto Giletti y otros (379/85, 380/85, 381/85 y 93/86) y STJCE de 12-7-90 sobre el Asunto Comisión/Francia (C-236/88)

<sup>403</sup> Sobre la compatibilidad de este artículo con el TCE, véase, por todas, STJCE de 4-11-1997 sobre el Asunto Snares (C-20/96), siempre que sean prestaciones realmente especiales y no contributivas como matizó el TJCE en su STJCE de 8-3-01 sobre el Asunto Jauch (C-215/99).

<sup>404</sup> El beneficiario de pensiones reconocidas y calculadas en el marco del Capítulo III del Título III del R. 1408, en virtud del artículo 50, cuando resida en un Estado deudor de una de esas prestaciones ha de recibir un complemento diferencial entre la pensión mínima fijada en ese Estado de residencia y el total de las pensiones nacionales que recibe. Este complemento no es exportable pues su reconocimiento y disfrute se supedita a la residencia en uno de los Estados deudores de pensiones.

<sup>405</sup> El artículo 20 del R.1408 da un derecho de opción al trabajador fronterizo y su familia que pueden recibir dichas prestaciones directamente del Estado competente como si allí residiera. Lo mismo sucede, a tenor del artículo 21, cuando el trabajador, residente de forma habitual en otro Estado miembro, se halla

nacionales donde funciona un sistema de reembolso de gastos médicos, las posibilidades de exportación de estas prestaciones por enfermedad en especie han sido ampliadas por el TJCE más allá del estricto marco de la autorización que el Estado competente debe conceder al beneficiario en virtud del artículo 22 del R. 1408. En efecto, grosso modo se puede afirmar que el Alto Tribunal entiende que, al margen de tal autorización, le asiste al beneficiario el derecho a acudir a los servicios sanitarios de otro Estado miembro, amparándose en la protección de la libre prestación de servicios y la libre circulación de mercancías,<sup>406</sup> siempre dentro de unos márgenes que ha ido perfilando en sucesivas sentencias.<sup>407</sup> En segundo lugar, respecto de las prestaciones familiares y las pensiones de orfandad en virtud de la regulación establecida en los capítulos 7 y 8 del Título III, resultan plenamente exportables. No obstante, respecto de las prestaciones familiares por hijo a cargo, a favor de los pensionistas, a tenor del artículo 77 tan sólo serán exportables los denominados <subsidiarios familiares> definidos en el artículo 1.u ii) que señala que son “*prestaciones periódicas en metálico*

---

en el territorio del Estado competente. A tenor del artículo 22, cuando el trabajador precise asistencia inmediata a prestaciones en especie está se otorgará por cualquier Estado miembro a cuenta del competente; este artículo regula también la posibilidad de que el interesado sea autorizado a desplazarse a otro Estado miembro para recibir la asistencia apropiada bajo ciertos requisitos. Los artículos 25 y siguientes distribuyen los roles entre Estado de residencia y Estado competente respecto de los trabajadores en paro y miembros de sus familias, solicitantes de pensiones o de rentas y los miembros de su familia, así como respecto de los titulares de las mismas.

<sup>406</sup> Véanse desde este punto de vista general las STJCEs de 28-4-1998 dictadas sobre el Asunto Kohl (C-158/96) y el asunto Decker (C-120/95), relativas respectivamente, a normas de SS luxemburguesas que obstaculizaban la libre prestación de servicios médicos y la libre circulación de mercancías; sin que concurriese ninguna razón imperiosa de interés general que justificase su restricción. Un análisis de esta jurisprudencia en **GIESEN, Richard**. “Case C-120/95, Nicolas Decker v. Caisse de maladie des employés privés. Judgment of 28 April 1998, (1998) ECR I-1831; Case C-158/96, Raymond Kohl v. Union des caisses maladie”, Judgment of 28 April (1998) ECR I-1935. CMLReview. N° 36/1999. Sobre su repercusión en el sistema de SS español véase **LOPEZ LOPEZ, Julia**. “Libre prestación de servicios y reembolso de gastos médicos. Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de las CCEE de 28 de abril de 1998” Revista de Derecho Social N° 4. Octubre-Diciembre. 1998. **GRAU PINEDA, María del Carmen**. “Reembolso de los gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a la SS española: las sentencias Decker y Kohl del TJCE”. RMTAS. N° 19/1999. P. 53-77. Un estudio amplio enmarcando la mencionada jurisprudencia del TJCE y su incidencia en los sistemas nacionales de salud comunitarios en **PALM, W.; NICKLESS, J (et alii)** *Implications...* op. cit. P.169.

<sup>407</sup> Véanse las Sentencias dictadas el 12-7-01 respectivamente sobre los Asuntos Smits&Peerbooms (C-157/99) y Vanbraekel (C-368/98) comentadas por **MOORE, Matthew**. “Freedom ...” op. cit. p. 818 y ss. o **HATZOPOULOS, Vassilis**. “*Killing National Health and Insurance Systems but healing patients? The European Market for health Care Services after the Judgments of the ECJ Vanbraekel and Peerbooms.*” CMLReview N° 39/2002. P. 683 y ss

*concedidas exclusivamente en función del número y, en su caso, de la edad de los miembros de la familia.*”<sup>408</sup>

Por último, respecto de las prestaciones de desempleo, hay que señalar que el artículo 69.1 del R. 1408 establece la posibilidad de que se exporten a otro Estado miembro durante 3 meses, derecho que sólo puede ser invocado una vez entre dos períodos de empleo. Este plazo se computa desde el momento en que deja de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado de origen, pues en primer lugar, a los que debe haber estado inscrito durante un período mínimo previo de 4 semanas antes del desplazamiento. En segundo lugar, como el objeto de la exportación es buscar empleo en otro Estado miembro, en un plazo de 7 días desde su desvinculación con los servicios de empleo del Estado de origen deberá inscribirse en los servicios correspondientes del Estado miembro de destino. Hay que destacar, por último, que si el trabajador regresa al Estado de origen antes de agotar los mencionados tres meses, a tenor del artículo 69.2, “*seguirá teniendo derecho a las prestaciones que pudieran corresponderle en virtud de la legislación de dicho Estado*”.<sup>409</sup> En sentido contrario, perderá todo derecho que le asistiese en el Estado de origen, en el supuesto de que regresara expirado el mencionado plazo, de 3 meses, salvo ampliación excepcional de tal plazo por la institución competente.<sup>410</sup>

El TJCE ha considerado que esta normativa es acorde al Tratado, pues tales disposiciones dotan a los migrantes de un derecho a la exportación del que carecían y que, pese a su carácter limitado, colabora a garantizar la libre circulación.<sup>411</sup> Sin

---

<sup>408</sup> Apartado 33 de la STJCE de 20-3-01 sobre el Asunto Fahmi (C-33/99) y apartado 41 de la STJCE de 31-5-01 sobre el Asunto Leclere (C-43/99) o la STJCE de 27-9-88 sobre el Asunto Lenoir (313/86) donde se declara la compatibilidad del artículo 77 con el Tratado. Un comentario de esta última STJCE VAN RAEPENBUSCH, Sean. “Limites á l’exportation de prestations pour enfants a charge au sein de la CEE”. Revue de Jurisprudence Sociale. N° 7/1989. P. 328 y ss.

<sup>409</sup> Sin embargo, a tenor del artículo 69.4, interpretado por la STJCE de 10-5-1990 sobre el Asunto De Conti (C-163/89), si el Estado de origen es Bélgica, “...*el desempleado que regrese a su territorio una vez agotado el plazo de tres meses (...) no recobrará el derecho a las prestaciones de ese país hasta después de haber ocupado un empleo durante tres meses, como mínimo.*” Debe quedar claro que este apartado sólo se refiere a la recuperación del derecho y no a su adquisición inicial, como recalcó la STJCE de 13-6-1996 sobre el asunto Spataro (C-170/95).

<sup>410</sup> Como se señaló en la STJCE de 20-3-1979 sobre el Asunto Coccioli (139/78) y ratificó la STJCE de 19-6-1980 sobre los Asuntos Testa y otros (41/79) los servicios competentes “...*gozan de gran discrecionalidad*” pudiendo ampliar los plazos establecidos en el artículo 69, siempre debiendo “*tener en cuenta la medida en que se ha excedido el período en cuestión, la razón de la demora en el retorno y la gravedad de las consecuencias legales de esa demora*”.

<sup>411</sup> Ratificando la STJCE Testa, citada en la nota anterior, véase la STJCE de 8-4-1992 sobre el Asunto Gray (C-62/91), donde se señaló que “*el R.1408 otorga a esos trabajadores unos derechos que de otro*”.

embargo, la doctrina ha cuestionado los mencionados límites a la exportación de la prestación por desempleo, cuya eliminación ha propuesto reiteradamente la Comisión,<sup>412</sup> al considerar injustificado este obstáculo al ejercicio del derecho fundamental comunitario a la libre circulación. En efecto, no resulta convincente el argumento de que su exportación dificulta el control sobre la capacidad de trabajo del beneficiario y le impide ser destinatario de políticas activas de empleo, pues en el marco creciente de la cooperación entre Administraciones nacionales se pueden establecer mecanismos de control eficaces o que el beneficiario, en el Estado de destino, reciba la formación precisa. Tampoco resulta irrefutable la presunción de que el beneficiario en el territorio del Estado deudor se encuentra en el entorno más favorable para una rápida vuelta al empleo, pues el hecho de que allí trabajara en último lugar y perdiera su empleo, no hace menos factible su desarrollo profesional en otro Estado miembro. Más convincente resulta, la conexión de la cuantía de estas prestaciones con el entorno socio-económico del Estado que las reconoce, pues su exportación a Estados miembros con niveles de vida inferiores podría propiciar que los beneficiarios, en ese nuevo entorno, careciesen de incentivos para incorporarse a la vida activa, al superar la prestación la cuantía de los salarios del Estado de destino. No obstante, considerando el acercamiento salarial entre los Estados miembros, esta última justificación terminará también perdiendo validez.

#### **VI-6.- COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA**

La imprescindible colaboración administrativa entre los Estados miembros en el marco de la coordinación, se puede considerar una manifestación del principio general de leal cooperación entre los Estados miembros recogido en el artículo 10 TCE. El R. 1408 aborda esta materia desde dos puntos de vista, en primer lugar, desde una

---

*modo no habrían tenido y que, por ello, colaboran a garantizar la libre circulación de trabajadores de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Tratado.*” Asimismo el TJCE ratificó que respecto de los artículos 67.3 y 69.1 del R. 1408, “...la legislación comunitaria ha hecho un uso correcto de sus poderes discrecionales en relación con la puesta en práctica de la libre circulación.”

<sup>412</sup> Una crítica a las limitaciones a la exportación de esta prestación **MAVRIDIS, Prodomos**. “Y a-t-il libre circulation des chomeurs?”. *Droit Social*. N° 5/Mai-1998. P.473 y ss. **MERCADER UGUINA, Jesús R.** “Desempleo y libre circulación de trabajadores”. *RMTAS*. n° 7/1998. p. 93 y ss. **FERNANDEZ de la MATA, Emilio**. “Las prestaciones por desempleo y los trabajadores emigrantes” /en/ **VV.AA. Derecho Social Comunitario**. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid 1998. p.249 y ss. **EICHENHOFER, E.** “Co-ordination of social security and equal treatment of men and women in employment: recent social security judgments of the Court of justice”. *CMLReview*. N° 30/1993. P.1033 y 1034. **OGUS, A. I.** *The Law of Social...*” op. cit. P.713. Haciendo referencia a las propuestas de la Comisión que desde 1980 pretende modificar su regulación en **GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, Carlos**. “Las nuevas propuestas de la Comisión para modificar el R.1408. Prestaciones de

perspectiva institucional los Títulos IV y V están consagrados, respectivamente, a dos órganos comunitarios creados para facilitar la colaboración entre los Estados miembros: la “*Comisión Administrativa para la SS de los Trabajadores Migrantes*”, CASSTM y el “*Comité Consultivo sobre la SS de los trabajadores migrantes*”, CCSSTM. La CASSTM,<sup>413</sup> es un órgano de carácter consultivo, vinculado a la Comisión, pero integrado básicamente por un representante del Gobierno de cada uno de los Estados miembros, asistido, cuando sea necesario, por consejeros técnicos. Entre sus funciones destaca, por un lado, la sumisión a la Comisión de propuestas de aprobación de nuevos Reglamentos y modificación de los presentes; siendo, la encargada de la resolución de cuestiones administrativas e interpretativas surgidas en el marco de los Reglamentos. Por otro lado, en su seno, se aprueban, por unanimidad, las denominadas <Decisiones y Recomendaciones> de gran valor interpretativo aunque, como es sabido, adolezcan de un valor jurídico vinculante. En el seno de estas Decisiones, en ocasiones, se aprobaron los más de 80 modelos de formularios establecidos para la comunicación entre instituciones competentes.<sup>414</sup> El CCSSTM, por su parte, está compuesto por 6 miembros por Estado miembro: dos representantes del Gobierno, dos de las Organizaciones Sindicales y dos en representación de la patronal. Entre sus funciones destaca el examen de “*cuestiones generales o de principio y los problemas que suscite la aplicación de los Reglamentos*” y la formulación de “*dictámenes sobre la materia, así como propuestas encaminadas a la eventual revisión de los Reglamentos.*”<sup>415</sup>

En segundo lugar, en el R. 574 y en los artículos 84 y siguientes del R. 1408, el legislador comunitario establecerá normas de carácter procedimental por las que discurrirá la aplicación de la norma de coordinación y la comunicación entre las instituciones competentes nacionales. El artículo 84 del R.1408 impone a las

---

desempleo y de jubilación” NUE. nº157/Febrero 1998. Hay que señalar, en este sentido que el artículo 50 de <la Propuesta> amplía el período de exportación de esta prestación a 6 meses.

<sup>413</sup> Más ampliamente sobre las actividades de la CASSTM. **DIEZ RODRIGUEZ, Bernardo**. “El papel de la Comisión Administrativa en el desarrollo de la SS Comunitaria”. NUE. nº 158/1998. p.31 y ss.

<sup>414</sup> Estos formularios, redactados en todos los idiomas oficiales, facilitan la comunicación entre las instituciones y entre éstas con sus administrados, recogiendo la información y las incidencias más comunes, que deben quedar reflejadas en la tramitación de cualquier expediente administrativo de SS. Las series de formularios son: la E 100 (traslados y derecho a prestaciones por enfermedad o maternidad), la E 200 (cálculo y pago de pensiones), la E 300 (desempleo) y la E 400 (prestaciones familiares.)

<sup>415</sup> Véase en el Documento COM (98) 394 final (DOCE 12-11-1998) la propuesta, pendiente de aprobación, de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se crea “*un Comité consultivo sobre la libre circulación y la seguridad social de los trabajadores comunitarios*” como único órgano que agruparía los Comités creados en el marco del R. 1612/68 y el R. 1408.



autoridades competentes nacionales la mutua ayuda administrativa mediante “*el apoyo de sus buenos oficios, como si se tratase de aplicar sus propias legislaciones.*” En este sentido, por un lado, se prohíbe el rechazo de peticiones y documentos redactados en la lengua oficial de otro Estado miembro; existiendo la posibilidad de acudir a la CASSTM, obligada a realizar las labores de traducción que pudieran necesitarse.<sup>416</sup> Por otro lado, el artículo 85 en el marco del intercambio de documentación entre administraciones, se debe asimilar la procedente de otro Estado miembro como si fuera propia; lo que no significa que la documentación foránea deba considerarse una prueba irrefutable de los datos que certifican, pues cabe prueba en contrario sobre su validez, especialmente cuando existen indicios de su carácter fraudulento.<sup>417</sup> Además, a tenor del artículo 86 debe entenderse que si una solicitud, declaración o recurso se presenta ante una autoridad, institución o jurisdicción de cualquier otro Estado miembro, éstos darán traslado de la documentación a la autoridad competente, la cuál para el cómputo de los plazos legales, deberá considerar, a todos los efectos, la fecha de presentación ante estas otras instituciones nacionales.<sup>418</sup> Por último hay que señalar que el R. 1408 fue modificado por el Reglamento nº 1290/97 de 27-6-1997 que, entre otras materias, apostaba por la modernización de los medios de intercambio de información entre las instituciones, proponiendo la utilización de servicios telemáticos. La CASST, encargada de la promoción de este proceso, instauró en 1991 el denominado <Programa TESS>, “*telematics for Social Security*”, en la actualidad en su tercera fase iniciada en 1999, que trata de implantar progresivamente, en todos los sistemas nacionales de SS, un servicio telemático aplicable en el marco de la coordinación.<sup>419</sup>

---

<sup>416</sup> La obligación de aceptar los documentos en las lenguas oficiales afecta a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes en materia de SS, los cuales están comprendidos dentro del término <autoridad nacional>. Véase STJCE de 5-7-1967 sobre el Asunto Guerra (6/67) y la de 13-12-1972 sobre el Asunto Merola (45/72). Sobre la función traductora de la CASSTM véase el artículo 81. b) del R. 1408.

<sup>417</sup> En este sentido véase la STJCE de 8-7-1992 sobre el Asunto Knoch (C-102/91), más recientemente la dictada el 2-12-1997 sobre el Asunto Dafeki (C-336/94) relativo a las reticencias de la institución alemana a aceptar como válida la documentación de un nacional griego que solicitaba una prestación.

<sup>418</sup> Véase sobre esta materia las STJCEs de 22-5-1980 sobre el Asunto Walsh (143/79) y la de 27-1-1994 sobre el Asunto Toosey (C-287/92).

<sup>419</sup> Véase **ADMINISTRATIVE COMMISSION ON SOCIAL SECURITY FOR MIGRANT WORKERS. Telematic for Social Security: Master Plan for the second stage 1994-98.** European Commission. Luxemburgo. 1995; y **ELHAZAZ MOLINA, Andrés.** “La agilización de los procedimientos administrativos de los Reglamentos 1408/71 y 574/72. Los intercambios telemáticos. El programa TESS”. NUE. Núm 158. Marzo 1998. P. 9-21.



## **CAPITULO II**

### **LA DETERMINACION DE LA LEGISLACION NACIONAL COMPETENTE. El Título II del R. 1408 y su incidencia en la relación jurídica de afiliación-cotización.**

#### **I.- INTRODUCCIÓN**

Como ya se señaló al inicio de este trabajo, el objeto de este segundo capítulo es el análisis de las normas comunitarias destinadas a designar la legislación nacional de SS competente y su incidencia en la relación jurídica de afiliación-cotización del trabajador migrante. Como es sabido, en el marco del Título II del R.1408, bajo la rúbrica “*determinación de la legislación aplicable,*” se encuentra la normativa general sobre esta materia, compuesta por disposiciones que, mediante conexiones uniformes designan la legislación nacional de SS donde el trabajador migrante debe afiliarse obligatoriamente y cotizar. Siendo, normalmente, en el marco de esta legislación nacional <de afiliación en calidad de trabajador><sup>420</sup> donde el mismo y sus derechohabientes pueden obtener los beneficios de su acción protectora, mediante la aplicación de la norma de coordinación.

Para conocer la legislación competente en la que debe obligatoriamente afiliarse el trabajador migrante han de aplicarse exclusivamente las normas de conflicto del Título II del R. 1408. Donde tras una norma de conflicto general, que establece la aplicación exclusiva de la legislación nacional del lugar donde el migrante desempeña su actividad profesional o <lex loci laboris>; se suceden otras normas que exceptúan y matizan el alcance de esta conexión territorial.

Por otro lado, para determinar la legislación o legislaciones competentes para el reconocimiento de prestaciones a favor del trabajador migrante y sus derechohabientes, el legislador comunitario ha establecido normas de conflicto ad-hoc que, por su especialidad, desplazan a las normas de conflicto del Título II que tienen un carácter supletorio respecto de estas normas específicas.<sup>421</sup> Estas normas de conflicto

---

<sup>420</sup> El propio artículo 1 del R. 1408 al definir en su letra o) inciso i) la expresión <institución competente> señala que ésta será “*la institución a la cual el interesado esté afiliado en el momento de la solicitud de prestaciones.*”

<sup>421</sup> PENNINGS, Frans. *Introduction...*(ed. 1998) op. cit. p. 69. Como señala MONTROYA MELGAR, Alfredo. “El derecho internacional de la SS”. Revista de Política Social. nº 61. 1964, p. 408. En las normas de conflicto de las normas internacionales de coordinación de la SS “*...en líneas generales, se observa la existencia de dos grandes tipos de puntos de conexión: uno de ellos, el que se aplica respecto de las obligaciones que pesan sobre el asegurado; el otro, el que se aplica respecto de sus derechos.*”

<específicas>, como ya se ha puesto de manifiesto en este trabajo,<sup>422</sup> están diseminadas en los distintos capítulos del Título III del R. 1408. En estas normas la conexión priorizada es la del <lugar de afiliación en calidad de trabajador>, conexión jurídica que se modula en atención a la contingencia regulada en cada capítulo con el objeto principal de seleccionar una única legislación nacional entre las concurrentes. No obstante, en ocasiones, con la finalidad de proteger mejor las expectativas de derecho a prestaciones que asisten al migrante, se establece la aplicación complementaria o simultánea de varias legislaciones nacionales, esto es, se designan como competentes a varias normas nacionales para la cobertura de ciertas contingencias.

Evidentemente, la conexión territorial, *lex loci laboris*, privilegiada en el Título II y la jurídica priorizada en el Título III, designan, en muchos casos, la misma norma nacional competente, pues como se ha señalado, por regla general, el trabajador se afiliará de forma obligatoria a la ley del lugar donde ejerce su actividad profesional.<sup>423</sup> No obstante, existen importantes excepciones a la *lex loci laboris* en el Título II, que propician que el migrante no esté necesariamente afiliado en calidad de trabajador al sistema de SS del Estado miembro del lugar donde efectivamente desarrolla su actividad profesional. En estos casos, ambas conexiones no pueden designar a la misma norma nacional competente, pues respecto de la protección del migrante se hará cargo la legislación o legislaciones de aquellos Estados miembro con los que mantiene o mantuvo ese vínculo jurídico de afiliación en calidad de trabajador, aunque no trabajara allí de forma efectiva.

A pesar de las divergencias existentes entre las distintas normas de conflicto presentes en la normativa de coordinación es posible afirmar que todas ellas poseen la misma naturaleza. Al estudio de la misma se consagra la primera parte, de las tres, en que se ha estructurado este segundo capítulo. En efecto, se hará una reflexión inicial sobre la naturaleza de las mismas, en relación con el concepto clave de <conflicto de

---

<sup>422</sup> Véase el epígrafe VI-4-1-3 del capítulo anterior sobre la normativa anticúmulo comunitaria básica. Como ya se anunciaba en el citado epígrafe, las normas de conflicto sobre pensiones serán objeto de un análisis detallado en el marco del capítulo tercero de este trabajo.

<sup>423</sup> En efecto, como señala **GARCIA RODRIGUEZ, Isabel**. “Los conflictos de leyes en materia de SS: a propósito del Asunto Luitjen” Comunidades Europeas. Nº 1/1987.p. 46. “...Existen dos momentos en los que se tienen en cuenta las cuestiones relativas a la ley competente. Uno previo a la realización del riesgo y otro posterior, pero con la tendencia a que coincidan en una misma y única legislación nacional. (...) los artículos 13 a 17 están como supletorios de posibles lagunas y conflictos que aparezcan en el momento de solicitarse la prestación después de producirse el riesgo y para decidir qué Estado o Estados serán los obligados a conceder y asumir las cargas de la prestación.”.

leyes>, cuya extrapolación al Derecho público de la SS resulta polémica. A continuación y para completar esta primera parte se analizan ciertos rasgos comunes que, salvo excepciones, concurren en las normas de conflicto comunitarias también contempladas desde un punto de vista general. En efecto se pueden considerar notas definitorias del conjunto de normas de conflicto comunitarias: su carácter imperativo, indirecto y su tendencia a la unicidad.

El resto de este segundo capítulo se consagra al estudio específico de las normas de conflicto contenidas en el Título II en cuyo marco, como se señaló, se encuentra la solución comunitaria a los problemas de SS que el ejercicio de la libre circulación puede generar respecto de la relación jurídica de afiliación-cotización del trabajador migrante. Problemas que, básicamente, aluden a la determinación de la legislación nacional aplicable a dicha relación jurídica; el cumplimiento por el migrante de los requisitos exigidos en tal norma para que la relación de afiliación nazca efectivamente, con el consiguiente encuadramiento del interesado en el sistema nacional designado; y por último, los problemas atinentes a la obligación de cotización derivada de dicha relación de afiliación.<sup>424</sup>

La segunda parte de este capítulo comienza con el estudio del Título II desde una perspectiva general, realizándose, en primer lugar, algunas observaciones sobre su ámbito personal de aplicación, siempre en el marco del ámbito subjetivo de la propia norma derivada coordinación, ya estudiado el primer capítulo de este trabajo. En segundo lugar, se analiza la incidencia de la normativa comunitaria sobre la posibilidad de que el migrante se asegure voluntariamente a un sistema nacional de SS. En tercer lugar, antes de entrar a analizar las normas de conflicto del Título II se hará referencia al artículo 17 del R. 1408, donde se establece la posibilidad de exceptuar mediante acuerdos interestatales lo preceptuado en todas ellas. Por último, se estudia la conexión general <lex loci laboris> desde el punto de vista de la idoneidad de su elección como principal conexión del Título II.

A continuación, se analizan las normas de conflicto del Título II que exceptúan o matizan la conexión general <lex loci laboris> las cuales se han clasificado para su estudio atendiendo: a las características de sus destinatarios, al lugar donde se desarrolla su actividad profesional y a las circunstancias en las que se produce el desplazamiento

---

<sup>424</sup> En este sentido **GARCIA RODRIGUEZ, Isabel**. *Aspectos internacionales...* op. cit. p. 471 “...en la relación de afiliación tenemos que resolver, por tanto, el conflicto de leyes (positivo o negativo) del

que motiva la aplicación del Título II. En el marco del estudio de estas normas de conflicto del Título II también se aludirá a las escasas ocasiones en las que el legislador comunitario ha considerado oportuno que el trabajador migrante deba afiliarse obligatoriamente y de forma simultánea a dos legislaciones nacionales de SS.

La última parte de este segundo capítulo tiene como objeto de análisis la incidencia, ciertamente escasa, de la normativa de coordinación comunitaria sobre la obligación de cotizar que puede recaer sobre el trabajador migrante. Respecto de esta materia se estudian, en primer lugar, los mecanismos empleados por el legislador comunitario para impedir las situaciones de doble cotización, como claro obstáculo a la libre circulación. En segundo lugar, se analizan las disposiciones que regulan la obligación de cotizar en los supuestos concretos de pluractividad del trabajador en distintos Estados miembros, y que versan básicamente sobre la determinación de la cuantía de sus cotizaciones. En este sentido, se alude a aquellos supuestos en los que la obligación de cotización se deriva de la afiliación obligatoria simultánea a dos Sistemas nacionales de SS, propiciada, a su vez, por una norma de conflicto del Título II del R. 1408. En tercer lugar, se estudian las disposiciones de la coordinación comunitaria que inciden sobre la recaudación de cotizaciones cuando los obligados a su abono residen en un Estado distinto del competente; realizándose, por último, una breve referencia a la regulación comunitaria del reembolso de cotizaciones y las circunstancias que hacen posible que éste se produzca.

## **II.- NATURALEZA DE LA NORMA DE CONFLICTO COMUNITARIA.**

Como se ha señalado, la técnica normativa de coordinación obliga a designar en todo momento la norma nacional aplicable o competente entre aquéllas que, como consecuencia del ejercicio del derecho a la libre circulación, pudieran regular la relación jurídica de SS del trabajador migrante. De acuerdo con el TJCE, el legislador comunitario, con el fin de solventar este <conflicto de leyes> desarrolla un sistema completo, uniforme y exclusivo de <normas de conflicto><sup>425</sup> que prioriza distintas conexiones o criterios de referencia para elegir la norma nacional aplicable. Como es sabido, ambos términos, empleados por el TJCE, aunque no mencionados en el propio

---

*individuo que se encuentra en un país y que se traslade a otro. Es decir, deberemos determinar en que sistema de SS debe quedar afiliado y cotizar... ”.*

<sup>425</sup> Véase la STJCE de 10 de julio de 1986, sobre el asunto Luitjen (60/85), en igual sentido, el apartado 14 de la STJCE de 3-5-1990, sobre el Asunto Kits van Heijningen (C-2/89).

R. 1408,<sup>426</sup> fueron acuñados en el ámbito del Derecho Internacional Privado, que les atribuyó un concepto técnico-jurídico cuya aplicación, en el marco del Derecho Público de la SS, plantea ciertos problemas. Tradicionalmente la doctrina ha considerado que se está ante un <conflicto de leyes> cuando para la solución de una concurrencia de normas de diferentes nacionalidades aplicables a un supuesto concreto, existe una norma de conflicto encargada de designar el ordenamiento nacional competente, legislación que no tiene que coincidir necesariamente con el Foro competente, esto es, debe existir la posibilidad de <recepción del derecho extranjero en el Foro>.<sup>427</sup>

La extrapolación del término <conflicto de leyes> al ámbito del Derecho nacional de la SS no resulta problemática respecto de su primera premisa, pues como consecuencia de una migración, pueden existir varias legislaciones nacionales aplicables, o bien, que no exista ninguna a la que recurrir. Además para la solución de tales <conflictos positivos o negativos de leyes><sup>428</sup> el legislador nacional puede establecer normas de conflicto para solventarlos. Sin embargo, en el marco de un Derecho público y territorialista como el de la SS, estas normas no pueden propiciar que sus órganos administrativos o jurisdiccionales, o Foro competente, apliquen un Derecho extranjero. En otras palabras, siempre coincidirá la nacionalidad de la ley competente con la de tales órganos mencionados.<sup>429</sup>

---

<sup>426</sup> En sentido contrario, en la p. 4 de la Exposición de motivos de <la Propuesta> si se utiliza el término <conflicto de ley> cuando aborda el contenido de la normativa comunitaria sobre legislación aplicable.

<sup>427</sup> Por todos, sobre los elementos que deben concurrir en la definición de conflicto de leyes, véase **FREYRIA**. “Sécurité sociale et droit international privé” *Revue Critique de Droit International Prive*. 1956. P.409. Hay que señalar, no obstante, que la exigencia estricta de todos los requisitos mencionados, produjo que el uso del término <conflicto de leyes> se relegase por parte de la doctrina internacional privatista que lo acuñó, que “*prefiere hablar de relaciones jurídicamente heterogéneas o de tráfico externo para referirse a las relaciones privadas internacionales*” **CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis**. “La ley aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980).” *Derecho de los Negocios*. Año 5. nº 43. Abril 1994. p. 1 y 2.

<sup>428</sup> **EICHENHOFER, Eberhard**. “Co-ordination...” op. cit. P.1029. De acuerdo con la STJCE de 3-5-1990 sobre el Asunto *Kits van Heijningen (C-2/89)* “*Las normas de conflicto del Reglamento no se ocupan únicamente de la aplicación simultánea de varias normas nacionales (conflicto positivo) sino también aseguran que las personas incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento no puedan quedar sin cobertura porque no haya una legislación de SS que les sea aplicable (conflicto negativo).*”

<sup>429</sup> En este sentido **FREYRIA**. “Sécurité social...” Op.cit. especialmente p. 416. 437, 447 y 459; cuyos razonamientos han sido reiterados por la doctrina posterior, como **MONTOYA MELGAR** “El derecho internacional...” op.cit. p. 401 quien señala que no existe conflicto de leyes si no a lo sumo “*concurrencia de leyes en el espacio, en cuanto que cada ordenamiento interno fija rigidamente los límites de su aplicación*”. Como señala **WIBAULT, Jean**. “Le droit de ...”. Op.cit. p. 318 y 321; En el marco de este Derecho público existe una “*coincidencia de competencias judiciales y legislativas que no se encuentra en el derecho privado*”.

La ausencia de este tercer requisito configurador, la recepción del Derecho extranjero en el Foro, permite afirmar que en el marco del Derecho nacional de la SS “no hay lugar para el método del conflicto de leyes que supone que una relación de Derecho privado pueda regirse por varias normas concurrentes que emanan de Estados distintos y que invitan a buscar cual es el ordenamiento jurídico con que la situación concreta presenta la conexión más apropiada.”<sup>430</sup> En efecto, las normas de conflicto nacionales son unilaterales en el sentido de que sólo pueden pronunciarse sobre la conveniencia de aplicar o no su propia normativa en el Foro, sin poder reenviar a una legislación foránea como hacen las normas de conflicto bilaterales.<sup>431</sup> En otras palabras, resulta imposible que una legislación nacional imponga obligaciones de SS a otro Estado miembro, ni que un sistema nacional de SS las asuma en virtud de una legislación de SS extranjera.<sup>432</sup> Se trata de una manifestación del carácter territorialista de las legislaciones nacionales que, como se señaló, conectan su responsabilidad en materia de SS con su propio territorio reconociendo tan sólo derechos a favor de quienes trabajan o residen en el mismo; estableciendo, asimismo, la obligación de afiliación y cotización de tales sujetos.<sup>433</sup> Esta territorialidad responde a motivos “*de orden práctico*”, pues es innegable que la puesta en funcionamiento de una relación jurídica de SS precisa, en la mayoría de los casos, del apoyo de todo un engranaje administrativo que únicamente existe en su propio territorio.<sup>434</sup> Así, por ejemplo, sucede respecto de las prestaciones en especie por enfermedad que precisan la existencia de todo un sistema de sanidad, sito en el Estado competente, o en cuanto a la recaudación coactiva de cotizaciones difícilmente realizable fuera de las fronteras del Estado competente.<sup>435</sup>

---

<sup>430</sup> LYON-CAEN, Gerard; LYON-CAEN, Antoine. *Droit Social* op.cit. p. 73

<sup>431</sup> Sobre la distinción entre normas de conflicto bilaterales y unilaterales véase WIBAULT, Jean. “Le droit de...” op.cit. p. 318 y 323, que señala que las bilaterales son propias del Derecho Internacional Privado y pueden prescribir la aplicación en el Foro de la propia legislación nacional como de una extranjera, esto es, pueden generar un reenvío a la aplicación de una normativa foránea.

<sup>432</sup> FREYRIA. Op.cit p. 437. En este sentido véase también PENNINGS, Frans. *Introduction...* op. cit. ed. 1994. p. 27- 28. LYON CAEN, Gerard; LYON-CAEN, Antoine. *Droit...* op. Cit. P. 73 y 74.

<sup>433</sup> PENNINGS, Frans. *Introduction...* ed 1994. Op. cit. p. 26. LYON-CAEN, Gerard; LYON-CAEN, Antoine. *Droit...* Op. cit. p. 75.

<sup>434</sup> En este sentido WIBAULT, Jean. “Le droit de ...” op.cit. p. 323

<sup>435</sup> Ya que respecto de la recaudación de las cotizaciones parece que “*en principio ningún tribunal puede admitir la demanda de una institución o entidad gestora extranjera para la cobranza de cuotas adeudadas*” GARCIA RODRIGUEZ, Isabel. *Aspectos internacionales...* op.cit. p. 66.



Admitiendo la inexistencia del conflicto de leyes en el marco del Derecho nacional, no obstante, parte la doctrina ha defendido su concurrencia en el seno del Derecho comunitario de coordinación, considerando que esta normativa si propicia la recepción en el Foro competente de una legislación extranjera de SS.<sup>436</sup> Afirmación que estos autores sustentan, básicamente, en las distintas manifestaciones de la técnica de <asimilación de condiciones> que detectan en el R. 1408, así como en el alto grado de cooperación interadministrativa establecido en su marco.<sup>437</sup>

Tal opinión, a mi modo de ver resulta forzada, pues parte de un intento de desdibujar la diferencia existente entre la aplicación de una norma a título principal y las posibles asimilaciones de condiciones que una norma internacional de coordinación puede establecer en su seno. Efectivamente, las asimilaciones de condiciones propician que la norma nacional aplicable a título principal considere los efectos jurídicos derivados de la aplicación de una legislación foránea <como hecho>, esto es, en ningún caso se produce en su seno la aplicación de esa legislación <como norma> a título principal.<sup>438</sup> La coordinación únicamente permite que los efectos dimanantes de la

---

<sup>436</sup> En este sentido, por todos, véanse, **DUPEYROUX, J.J.** “Sécurité Sociale et le Marché ...” op. cit. p.31. **TANTAROUDAS, Ch.** *La protection...* op. cit. P.399 o **HANOTIAU, Bernard.** “La Sécurité Sociale...” op. cit. p.259; quien señala “ *si se puede decir que no hay conflicto de leyes en el Derecho interno, la respuesta es diferente en el Derecho convencional. Hay que decir que numerosos instrumentos internacionales y en particular los reglamentos europeos han organizado en numerosos casos la recepción de un sistema legislativo por otro y han, en consecuencia, introducido en el derecho de la SS la noción de conflicto de leyes, que estaba excluida hasta ese momento.*” **VAN RAEPENBUSCH, S.** *Seguridad ...* op. cit. p.678.

<sup>437</sup> Véase, **GARCIA RODRIGUEZ, I;** *Aspectos....* Op.cit. p.379 y p. 476, que suscribe las tesis mantenidas por **MAYER, P.** “Le rôle du droit public étranger et le droit international privé” *Revue internationale de Droit Comparé.* nº2/1986. p.473. Autor que tras afirmar que en el Derecho de la SS rige el principio de que “*los órganos a los que se encarga la gestión deben aplicar su propia ley*” observa dos excepciones a dicho principio en el marco europeo, la exportación de prestaciones y la prorrata temporis que según este autor “*obliga a las instituciones a que la pensión no sea calculada en función de su propia ley*”. Afirmación desconcertante porque, como es sabido, esta técnica sólo supone una delimitación cuantitativa de la pensión nacional obtenida y calculada de acuerdo con la legislación nacional de un Estado miembro, con el objeto de adecuar su cuantía al número de años de cotización efectiva en el mismo, en relación con los cumplidos en el resto de Estados involucrados en la carrera de seguro del migrante. Respecto de la exportación también resulta discutible pues, que un Estado exporte sus prestaciones no supone la aplicación de un derecho extranjero ya que la liquidación de la misma se habrá llevado a cabo, siempre, bajo la normativa nacional del país deudor, único competente.

<sup>438</sup> Diferenciando la aplicación de la ley extranjera a título principal de la realizada como accesoria o complementaria véase **WIBAULT, Jean.** “Le droit de...” op.cit. p. 318 y 322. Un ejemplo de aplicación a título accesorio del Derecho extranjero, es al que se refiere la STJCE de 2-12-1997 sobre el Asunto Dafeki (C336/94) que resuelve la cuestión prejudicial de un tribunal alemán planteada en el marco de un conflicto entre la Sra. Dafeki de origen griego y la caja de pensiones alemana, a la que presento varios certificados griegos cuando solicitó una pensión de jubilación alemana. Obviamente, que el TJCE imponga a la Caja alemana la aceptación de la partida de nacimiento griega salvo que “*existan indicios*

aplicación de la ley extranjera, que no la propia legislación, puedan trascender más allá de las fronteras físicas del Estado que las está aplicando. Nadie cuestiona que la coordinación propicia, mediante las asimilaciones de condiciones, una comunicación entre legislaciones nacionales permitiendo que se tengan en cuenta hechos producidos en el marco de una legislación foránea. Ni tampoco se niega que esta técnica rompa el carácter estanco de las mismas, pero la asimilación que se estipula siempre es para el cumplimiento de los requisitos exigidos por su propia normativa nacional, única legislación aplicable a título principal. Sin embargo, aun admitiendo que la coordinación permite la valoración de elementos que hubieran sido desconocidos desde una perspectiva de Derecho interno puro; hay que destacar que éstos se toman en consideración por la legislación nacional del Foro con un carácter meramente instrumental o fáctico. Así sucede, por ejemplo, respecto del requisito de la nacionalidad, el estado civil o con los períodos de seguro extranjeros en el marco de la totalización. Todos estos elementos son definidos, reconocidos y configurados en el marco de las relaciones jurídicas desarrolladas en el seno del ordenamiento de otro Estado miembro, del que la institución competente, que los admite como propios, sólo conoce tales resultados por imperativo de la norma comunitaria que establece tal asimilación de condiciones.<sup>439</sup>

Estos autores que consideran que existe un conflicto de leyes en el marco de la coordinación comunitaria han sustentado su tesis en ciertas disposiciones del R. 1408, entre las que destacaría, el artículo 22.1.c) y el artículo 93.1.a)<sup>440</sup> El primer artículo

---

*concretos, referidos al caso de que se trate, que hagan dudar seriamente de su exactitud*” no supone que esta haya de aplicar la legislación griega.

<sup>439</sup> En efecto, no se puede considerar que existe una recepción del derecho extranjero en el Foro, porque un juez pueda tener en cuenta el resultado de aplicar una ley extranjera, valorando su repercusión en el marco de la propia norma nacional. Así sucede al aplicar una norma nacional anticúmulo externa, pues hay que observar si se ha reconocido en el marco de otra legislación un determinado derecho a prestación. En estos supuestos tradicionalmente se había entendido que “*la regla de Derecho Público Extranjero interviene a título de <condiciones de aplicación de la lex fori>*” véase **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. *SS...op. cit.* p. 309.

<sup>440</sup> **TANTAROUDAS, Ch.** *Protection...op. cit.* p. 388 y 389 considera que se produce la recepción del derecho extranjero en el Foro en los artículos: 19, 22, 25, 26, 28, 55, 73, 74 y 93. En esta misma línea **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. *Seguridad...op. cit.* p. 312 y 313, comenta los artículos 19, 22, 25, 28, 29, 31 en materia de prestaciones por enfermedad a favor de personas que residen o se encuentran en un Estado distinto del competente; el artículo 73.2 sobre subsidios familiares; el artículo 40.4 sobre asimilación del grado de invalidez reconocido en otro Estado miembro; los artículos 84 y 86 sobre cooperación interestatal, o los artículos 92 y 93, aludiendo el primero, como se verá a la recaudación de cotizaciones de un Estado en el territorio de otro aplicando su propia normativa administrativa. Artículos que, a mi entender, más que la recepción del Derecho extranjero en el Foro establecen una asimilación de condiciones o un alto grado de cooperación interestatal.

citado se refiere a las prestaciones en especie por enfermedad que recibe un trabajador cuando es autorizado por la institución competente, la del lugar de afiliación en calidad de trabajador, a desplazarse a otro Estado miembro para recibir la asistencia apropiada. Estas prestaciones serán servidas por esta segunda institución según su propia legislación nacional, aunque sea finalmente la institución competente la que abone los gastos que se generen. Lo llamativo de esta disposición radica en que, en lo que respecta a la duración del servicio de las prestaciones, designa como aplicable la ley del Estado competente o deudor. De manera que a tenor de esta norma, que regula un supuesto bastante marginal, una institución de SS ha de aplicar las disposiciones de una norma extranjera sobre duración de la cobertura; para prestar, de acuerdo con su normativa interna, las prestaciones solicitadas. Este artículo, sin embargo, se puede entender que asimila la duración de la cobertura establecida en la legislación competente extranjera, como un hecho que condiciona la aplicación de su propia norma nacional a título principal. En efecto, la consideración del dato temporal establecido en la norma extranjera trata de salvaguardar los intereses de la institución deudora de la prestación, que conserva sobre ese punto cierto control sobre los gastos que ha de afrontar.

Por su parte, el artículo 93.1.a) se refiere a los derechos que asisten a las instituciones deudoras de prestaciones, frente a terceros responsables de los daños que cubren. Este artículo establece que si la norma nacional que aplica la institución deudora lo permite, esta institución se podrá subrogar en los derechos que asistan al beneficiario frente a un tercero responsable; en este caso, *“tal subrogación será reconocida por todos y cada uno de los Estados miembros”*. Esta disposición, que parece establecer una asimilación de condiciones, ha sido interpretada por el TJCE en un sentido que impone la obligación de aplicar el Derecho nacional de la institución deudora para determinar la naturaleza y alcance de los créditos en los que se ha subrogado.<sup>441</sup> Sin embargo, las consecuencias que se pueden extraer de la interpretación jurídica de este artículo 93 no son concluyentes, pues no se refiere directa y exclusivamente al Derecho público de SS, sino más bien a la indemnización por daños y perjuicios que en el marco del

---

<sup>441</sup> En el apartado 22 de la STJCE de 21-9-1999 sobre el Asunto Kordel (C-397/96) se señala que: *“...se presenta como una norma de conflicto de leyes que impone al órgano jurisdiccional nacional, ante el cual se ejercite una acción de resarcimiento frente al autor del daño, la aplicación del Derecho del Estado miembro al que pertenece la institución deudora, no solamente para determinar si dicha institución está legalmente subrogada en los derechos de la víctima o de sus derechohabientes, sino también para determinar la naturaleza y la amplitud de los créditos en los que la institución deudora se ha subrogado.”* En igual sentido, véase apartado 18 de la STJCE de 2-6-1994 sobre el Asunto DAK (C-428/92).

Derecho privado asiste a la institución competente frente a un tercero responsable.<sup>442</sup> En este contexto, podría entenderse que el artículo 93 no cuestiona la territorialidad intrínseca de la normativa de SS, al permitir a las instituciones de SS deudoras de prestaciones que hagan valer sus derechos en otro Estado miembro, frente a terceros responsables a quienes les incumbe la obligación de reparar los daños que cubren tales prestaciones. En este supuesto, la Institución de SS se comporta como una persona de Derecho privado y la responsabilidad extracontractual se rige, de acuerdo con el Derecho internacional privado, por la <lex loci delicti>.<sup>443</sup>

Por coherencia con los motivos expuestos, habría que señalar que en el marco de la SS no existe un <conflicto de leyes> en el sentido técnico jurídico del término en el ámbito de la coordinación comunitaria. No obstante, prefiero decantarme por una tercera vía, entre las dos mencionadas, en cuyo marco, aun admitiéndose la imposibilidad de la recepción del Derecho extranjero de SS en el Foro, se podría considerar que existe un conflicto de leyes, <sui generis>, de carácter <unilateral>, distinto del típico o <bilateral> caracterizado por dicha recepción.<sup>444</sup> Las normas de conflicto comunitarias son unilaterales porque designan simultáneamente la legislación nacional aplicable y la institución competente, pues la nacionalidad de ambas habrá de coincidir ineludiblemente. Esta ausencia de disociación entre Foro competente y legislación aplicable presente en las normas de conflicto comunitarias permitiría afirmar que antes que resolver un conflicto normativo, solventan un <conflicto de autoridades o jurisdicciones competentes>. Sin embargo, del tenor de este Título II y de los pronunciamientos del TJCE, parece más apropiado referirse al conflicto de leyes, aunque incidiendo siempre sobre su carácter unilateral.

---

<sup>442</sup> En efecto, a este tipo de situaciones de ya se refería, en 1954, **FREYRIA, Ch.** op. cit. p. 448 cuando aludía a que la aplicación de una ley de SS podía entrañar la entrada de una norma extranjera de forma incidental como contestación a un problema de derecho privado que conecta con la definición de los derechos del asegurado. Entre estos problemas aludía a “...*la capacidad de emprender una acción delante la jurisdicción de SS,*” para señalar, a continuación, que cada vez que existe una relación de derecho civil la noción de conflicto de leyes interviene para regular la relación de Derecho Privado en juego, pero sin penetrar en el dominio de los Derechos Públicos propiamente dichos.

<sup>443</sup> **TANTAROUDAS, Ch.** *La protection juridique...* op. cit. p. 402 y 403, comenta las siguientes sentencias que aplican el artículo 52 del R. N° 3/1958 donde se regulaba esta materia: la STJCE de 12-11-1969 sobre el asunto CFL (27/69); la de 11-3-1965 sobre el asunto Bertholet (31/64); la dictada el 11-3-1965 sobre el asunto Van Dijk (33/64) y la de 9-12-1965 sobre el asunto Singer (44/65)

<sup>444</sup> En un sentido contrario al mantenido en este trabajo, **VAN RAEPENBUSCH, Sean.** *Seguridad ...* op. cit. p. 678, que considera que las normas de conflicto comunitarias “...*son <bilaterales>, puesto que la legislación que ellas prescriben que se aplique puede ser tanto una legislación nacional, como la de otro Estado Miembro.*”

Esta postura intermedia resulta acorde con la adoptada por autores <ius privatistas> que, asumiendo que el Derecho de la SS escapa del objeto de estudio del Derecho internacional privado, han defendido la utilización del término <conflicto de leyes> en el ámbito de la coordinación comunitaria de la SS, siempre que se abandonase su concepción más formalista.<sup>445</sup> Resulta innegable que en el marco de la SS internacional existen junto a elementos estáticos, como son los propios sistemas jurídicos nacionales circunscritos a un territorio, elementos llamémosles móviles los trabajadores migrantes. Estos últimos, solos o acompañados de sus familiares, provocan con sus desplazamientos internacionales la concurrencia aplicativa de normas nacionales de SS e imponen el establecimiento de normas de conflicto de origen también internacional que, como las comunitarias, solventen el problema jurídico descrito. Motivos suficientes que imponen, en este ámbito del Derecho de la SS, la importación, cuando menos terminológica, de algunos mecanismos jurídicos de solución propios del Derecho Internacional Privado.<sup>446</sup> Esta última postura, no formalista, parece, asimismo, la opción más ponderada, pues permite la aplicación del término <conflicto de leyes> a cualquier problema de determinación del campo de aplicación de una ley nacional de SS en el marco comunitario de coordinación. Entendiendo siempre este término en un sentido unilateral que no choca con el carácter público y territorialista del Derecho de la SS. Habrá, por tanto, conflicto de leyes cuando exista concurrencia de normas nacionales aplicables, es decir, cuando “... *el Derecho interno de dos o más Estados puede determinar la regulación de la totalidad o de un aspecto concreto de una relación o situación jurídica de SS; debiendo decidirse entonces cuál o cuáles serán las legislaciones nacionales que procede aplicar.*”<sup>447</sup> Las

---

<sup>445</sup> En este sentido **FERNANDEZ ROZAS, José Carlos** y **SANCHEZ LORENZO, Sixto**. *Curso de Derecho*....op. cit. p. 49

<sup>446</sup> Algunos autores eludiendo la polémica utilizan otros términos para referirse a este fenómeno, como **MONTOYA MELGAR, A. (et alii)**. *Derecho Social*....op. cit. p. 226, quien alude a la existencia de un <concurso de leyes u ordenamientos> y que sin embargo, en la p.229 utilizan el término <conflicto de leyes> que las normas del Título II han de resolver a través de <reglas de conflicto>. Véase también **SEMPERE NAVARRO, A.V.** “Problemas aplicativos...”. Op. cit. p.181 y ss. tan pronto se refieren a <concurrencia de legislaciones> como a la utilización de <reglas de conflicto de leyes> para su solución.

<sup>447</sup> **GARCIA RODRIGUEZ, Isabel**. *Aspectos*.... Op.cit. p. 468. Esta autora señala en la p. 476 de su monografía mantiene un concepto amplio de conflicto de leyes que denomina “*aplicación del Derecho extranjero de forma indirecta*” y que parte de la idea de la existencia de recepción del Derecho extranjero en el Foro en el marco de las asimilaciones de condiciones establecidas en la coordinación. En efecto, esta autora previamente en la p.69 de su monografía proponía una concepción, según ella más avanzada, de conflicto de leyes adhiriéndose a la definición que de tal concepto había realizado la profesora **PÉREZ VERA** “*como aquellas tensiones legislativas que sólo pueden resolverse con la colaboración legislativa*



normas de conflicto comunitarias que ordenen esta materia son cruciales, pues en el marco de la coordinación, la competencia de una legislación nacional u otra no es neutra pudiendo su aplicación “... *comportar consecuencias jurídicas diferentes*”.<sup>448</sup>

### III.-RASGOS BASICOS DE LAS NORMAS DE CONFLICTO COMUNITARIAS

#### III-1.- IMPERATIVIDAD

La eficacia de las normas de conflicto comunitarias, que delimitan uniformemente el ámbito de aplicación de las normas nacionales de SS de todos los Estados miembros que coordina el R. 1408, radica en su carácter imperativo.<sup>449</sup> La imperatividad supone que la norma nacional designada por el legislador comunitario como competente, sea la aplicable exclusivamente de forma obligatoria. No sólo al migrante, sino también a su empresario, cuando sea un trabajador por cuenta ajena; e incluso a sus familiares y supervivientes, siempre y cuando pretendan obtener, en el marco del R.1408, derechos derivados de su relación con el trabajador migrante.

La norma nacional elegida mediante las normas de conflicto comunitarias queda investida de una competencia comunitaria<sup>450</sup> y debe ser directamente aplicable, sustituyendo a las reglas de conflicto establecidas unilateralmente, pues su virtualidad no puede ser restringida desde el plano nacional. El carácter imperativo de las normas de conflicto comunitarias impide que los requisitos establecidos en las normas nacionales para definir su ámbito de aplicación, puedan restar virtualidad a la obligatoria aplicación de la norma nacional seleccionada comunitariamente, mediante criterios uniformes y objetivos. De manera, que la “*legislación nacional designada*

---

*total o parcial, administrativa o judicial en donde se aprecian las interrelaciones existentes entre los conflictos de leyes y de las autoridades ya administrativas, ya judiciales y que se soluciona a través de distintos procedimientos técnicos de reglamentación que suponen la concurrencia de normas materiales del Foro y normas materiales extranjeras y no sólo de normas procesales del Foro y materiales extranjeras”.*

<sup>448</sup> **BONNET, René.** “Conflicts entre...” op.cit.p.2. Como se señala en el apartado 51 de la STJCE de 19-3-02 sobre los Asuntos Hervein y Lothiois (C-393/99 y C-394/99) “*El Tratado no garantiza a un trabajador que la extensión de sus actividades a más de un Estado miembro o su traslado a otro Estado miembro sean neutros en materia de SS. Habida cuenta de las disparidades de las legislaciones de SS de los Estados miembros, tal extensión o tal traslado pueden, según los casos, ser más o menos ventajosos o desventajosos para el trabajador en el plano de la protección social....*”

<sup>449</sup> Jurisprudencia reiterada del TJCE, véanse, entre otras, STJCE de 10 de julio de 1986, Luitjen (60/85) y STJCE de 3-5-1990, Kits van Heijningen (C-2/89) principalmente apartado 14.

<sup>450</sup> **LYON-CAEN, Gerard.** “La jurisprudence sociale de la Cour de Justice des Communautés en 1964”. Revue Trimèstrelle de Droit Européen. 1965. P. 84.

(comunitariamente) *será aplicable a una situación particular, aun cuando las normas de conflicto de un sistema nacional establecieran lo contrario*".<sup>451</sup> Debe recalcar que el Derecho comunitario es el único competente para solventar los conflictos normativos negativos y positivos que se planteen en el marco del Reglamento. Efectivamente, los legisladores nacionales "*... no están facultados para determinar el ámbito de aplicación territorial de su propia legislación, cuestión ésta que corresponde, por entero, al Derecho Comunitario*", esto es, no pueden "*determinar la amplitud de su propia legislación o de la de otro Estado miembro.*"<sup>452</sup>

El monopolio competencial que ostenta el legislador comunitario sobre esta materia, preserva, mediante la uniformidad de sus disposiciones, la igualdad de trato entre los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del R. 1408 con independencia de su nacionalidad. Las normas de conflicto comunitarias imponen un tratamiento uniforme sobre esta materia, que ha llevado a parte de la doctrina<sup>453</sup> a señalar que el legislador comunitario en el ámbito de la determinación de la Ley aplicable ha superado la mera coordinación. Sin embargo, se trata de una armonización intrínseca e imprescindible en todo sistema de coordinación de legislaciones nacionales, que en el marco de su ámbito de aplicación ha de establecer criterios comunes válidos o conexiones para identificar la norma nacional aplicable. Esto es, una armonización muy relativa, pues no prejuzga los efectos jurídicos que se generan en las normas nacionales, de cuyo contenido material, definido por el legislador nacional, dependerá el nacimiento de las relaciones jurídicas de afiliación o protección. En efecto, aunque las normas de conflicto contenidas en los Reglamentos de coordinación son directamente aplicables, primando su regulación uniforme sobre los Derechos nacionales, no hay que olvidar, como se ha señalado reiteradamente, que los legisladores nacionales ostentan la competencia para establecer los requisitos a los que supeditan la afiliación o protección de sus propios sistemas. Esta última circunstancia supondrá que, en el marco de la aplicación de la norma o normas nacionales designadas comunitariamente, no siempre nacerán las relaciones de afiliación o protección pretendidas. Como se pondrá de manifiesto, al aludir a su carácter indirecto, las normas de conflicto comunitarias

---

<sup>451</sup> PENNINGGS, Frans. *Introduction...* 2 ed. 1998. p.10..

<sup>452</sup> Apartado 27 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer al Asunto Hervein y Hervillier (C-221/95) sobre el que recaería STJCE el 30-1-1997.

garantizan al migrante la existencia de unas normas nacionales competentes, que funcionarían como interlocutores ante los cuales no siempre se logra la respuesta pretendida. Los legisladores nacionales podrán con base en su propia normativa denegar, en ocasiones, la afiliación o la protección del migrante o sus familiares, no pudiendo cuestionar, sin embargo, la mera aplicación de su normativa designada competente y su obligación de responder, aunque sea negativamente, a los requerimientos del trabajador migrante.

No obstante, del tenor de la normativa de coordinación resulta evidente que el legislador comunitario desea que surjan los efectos jurídicos pretendidos en la legislación o legislaciones nacionales designadas, en cuyo marco se impone la aplicación del principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad o las mencionadas asimilaciones de condiciones. Incluso la propia norma de conflicto prohíbe expresamente, en ocasiones, la exigencia de ciertos requisitos establecidos en las normas nacionales competentes y que se opondrían a su propia aplicación y al nacimiento de las relaciones jurídicas de SS pretendidas. En este último sentido, resultan interesantes las letras a) y b) del artículo 13.2 del Título II del R. 1408, y que facilitan el nacimiento efectivo de la relación de afiliación en la norma nacional designada competente, señalando respectivamente que:

*“a) la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro o aunque la empresa o el empresario que la ocupa tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro.*

*b) la persona que ejerza una actividad por cuenta propia en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro.”*

Sobre ambos preceptos, que designan como competente la *lex loci laboris*, el TJCE ha señalado que *“se caracterizan por tener por efecto sustraer al legislador de cada Estado miembro la competencia para determinar el ámbito y los requisitos de aplicación de su legislación nacional, tanto por lo que respecta a los individuos que están sujetos a ella como al territorio dentro del cuál las disposiciones nacionales surten efectos”*.<sup>454</sup> Estas disposiciones comunitarias impiden expresamente, la

---

<sup>453</sup> PENNINGGS, Frans. (1º ed) *Introduction...* ed.1994.op. cit. p. 33. CORNELISSEN, Rob. “The principle...” op. cit. p. 471.

<sup>454</sup> Apartado 21 de la STJCE de 12-6-1986 sobre el asunto Ten Holder (302/84)



aplicación de aquellos criterios territoriales<sup>455</sup> a los que las normas nacionales pueden supeditar su propia aplicación, pues su consideración vaciaría el carácter imperativo de la norma de conflicto.<sup>456</sup> Como consecuencia de la imperatividad y primacía de las normas de conflicto comunitarias los requisitos mencionados por las normas de conflicto citadas, cuando estuvieran presentes en las normas nacionales competentes deberán ser inaplicados sistemáticamente. Por el contrario, el R. 1408 permite que una legislación nacional exija otros requisitos distintos a los mencionados en la norma de conflicto, siempre y cuando no sean discriminatorios por razón de la nacionalidad y no cuestionen la propia aplicación de la normativa designada competente.<sup>457</sup> En efecto, deben inaplicarse las disposiciones nacionales cuya concurrencia reste toda virtualidad a la norma de conflicto comunitaria el TJCE.<sup>458</sup> El fundamento jurídico de esta

---

<sup>455</sup> Sorprendentemente el TSJ de Cataluña en su Sentencia de 28-7-1999 (AS N° 3167), a pesar de mencionar el artículo 13.2.b) del R. 1408, exigió para la afiliación de un trabajador autónomo la residencia en el territorio español. El TSJ equiparó a los nacionales comunitarios con los trabajadores extracomunitarios, señalando que el artículo 13 del R. 1408 remite a la norma nacional española que exige la residencia a tales trabajadores para su afiliación. Circunstancia que no considera discriminatoria al tratarse de una “...exigencia no sólo referida a los españoles y por tanto a los ciudadanos comunitarios, sino también a los trabajadores hispanoamericanos, portugueses (sic ¡¡¡) brasileños, andorranos y filipinos, equiparados a los españoles por la Ley 118/1969...” Más respetuosa con la norma comunitaria resulta ser la Sentencia de 13-11-1997 dictada por el TSJ de Madrid (AS N° 3772), en cuyo Fundamento Jurídico segundo se confirma la imposibilidad de exigir a los ciudadanos comunitarios la residencia en España para proceder a su afiliación en el RETA, pues, “...el art. 3 del Decreto en cuestión no puede oponerse al contenido de los arts. 1 h)3 y 13.2.b) del Reglamento (CE) 1408/71...”

<sup>456</sup> La STJCE de 3-5-1990 sobre el Asunto Kits van Heijningen (2/89) “La consecuencia de la letra a) del apartado 2 del artículo 13 (...) es que no puede oponerse, a las personas contempladas en esta disposición, una norma de la legislación nacional que, para la admisión al régimen de seguro previsto por dicha legislación, exija un requisito de residencia en el Estado miembro en cuyo territorio se ejerce la actividad por cuenta ajena”.

<sup>457</sup> Véase en este sentido la STJCE de 4-4-1980 sobre el Asunto Una Coonan (110/79), en la que el TJCE considera acorde con el Derecho comunitario la normativa británica de SS que impide a una ciudadana irlandesa con más de 65 años la afiliación al seguro por enfermedad del sistema de SS de Reino Unido donde trabajaba. Efectivamente la normativa de SS británica supeditaba tal derecho al aseguramiento simultáneo a la rama de jubilación, a la que la Sra. Coonan no tenía acceso debido a su edad. El TJCE en este caso tras señalar que no consideraba tal requisito discriminatorio por razón de la nacionalidad, dispuso en el segundo punto del Fallo que “... corresponde a la legislación de cada Estado miembro la determinación de las condiciones en que surgen el derecho o la obligación de afiliarse a un régimen de SS o a determinada rama del mismo, siempre que a tal efecto, no se produzcan discriminaciones entre los nacionales y los ciudadanos de otros Estados miembros.”

<sup>458</sup> Véanse en este sentido la STJCE de 4-10-1991 sobre el Asunto De Paep (196/90), relativa a los derechos de SS que asistían a la Sra de Paep, de nacionalidad belga, por la muerte de su hijo y su marido, empleados de una empresa belga, como consecuencia de un accidente de trabajo ocurrido por el hundimiento del buque con pabellón británico donde trabajaban. La SS belga supeditaba la afiliación a su sistema al requisito de que los interesados trabajaran en un buque de pabellón belga; al no darse tal circunstancia los fallecidos no estaban afiliados, ni cubiertos, por la SS de este país. Sin embargo, el TJCE defendió la competencia de la legislación belga con base a la imperatividad del artículo 14.2.c) del R. 1408 señalando que: “...debe interpretarse en el sentido de que impide que frente a las personas

inaplicación surge de una interpretación teleológica de la propia función de las normas de conflicto comunitarias, que se presume han de favorecer la libre circulación y evitar tanto los conflictos positivos como negativos de leyes. Como ha confirmado el TJCE en varias ocasiones, las normas de conflicto comunitarias “...*tienen por finalidad no sólo evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales y las complicaciones que puedan resultar de ello, sino también impedir que las personas que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 1408/71 se vean privadas de protección en materia de SS, a falta de legislación aplicable.*”<sup>459</sup>

Hay que señalar por último que la aplicación uniforme e imperativa de las normas de conflicto comunitarias puede quebrar en algunos supuestos que se mencionan a continuación:

En primer lugar, cuando el propio legislador comunitario permite a tenor del artículo 17 del R. 1408 que las instituciones nacionales de SS involucradas celebren acuerdos, siempre en interés del trabajador migrante, en los que se exceptúe la aplicación imperativa de las normas de conflicto comunitarias contenida en el Título II. A tenor de dicho artículo, que se abordará con detenimiento en este mismo capítulo, se permite que dos o más Estados miembros acuerden calificar de competente a una norma nacional diferente a la que resultaría designada por las normas de conflicto comunitarias. Desde esta perspectiva el artículo 17 puede contemplarse como un elemento flexibilizador de estas disposiciones comunitarias que permite atender a las características específicas del supuesto concreto, a beneficio del trabajador y con el consenso de los sistemas nacionales implicados.

En segundo lugar, existen normas de conflicto en el marco de los Títulos II y III del R. 1408 que permiten que sea la autonomía de la voluntad del interesado la que designe la legislación nacional aplicable imperativamente. En efecto, estas normas de conflicto que permiten al interesado que ejercite un derecho de opción entre algunas de las legislaciones concurrentes, se pueden considerar que no establecen una conexión

---

*contempladas en dicha disposición, o frente a sus derechohabientes, se pueda oponer: a) una norma de la legislación aplicable de un Estado miembro en virtud de la cual la inclusión en el correspondiente régimen de SS esté supeditada al requisito de que el buque, a bordo del cual ejerza su actividad el trabajador, enarbole pabellón de dicho estado miembro, así como b) cualquier norma contenida en la legislación de ese Estado miembro que establezca la nulidad de un contrato de trabajo en la medida en que impida que la norma de conflicto contenida en esta disposición produzca plenos efectos”.*

<sup>459</sup> Apartado 12 de la STJCE de 3-5-1990 sobre el Asunto Kits van Heijningen (C-2/89) que confirma la doctrina sentada en la STJCE de 10-7-1986 sobre el asunto Luitjen (60/85).

imperativa y uniforme, pues depende de la voluntad de las partes involucradas.<sup>460</sup> Esta conexión basada en la autonomía de la voluntad del interesado no parece excesivamente oportuna en el marco de una relación jurídica “...*tripartita en la que cada sujeto tiene una capacidad negociadora diferente: las Entidades Gestoras de los Estados afectados, las o la empresa (en su caso) y el sujeto activo (el trabajador).*”<sup>461</sup> En su marco, resulta llamativo que el trabajador pueda escoger el sistema nacional que le resulte más beneficioso, porque la acción protectora de los sistemas deriva de “...*un acto de previsión social cuya formulación es obligatoria, extracontractual y redistribuye la renta nacional*”.<sup>462</sup> No obstante, como se deduce del tenor de las normas de conflicto que ofrecen tal derecho de opción, éstas van destinadas a aquellos sujetos que por sus especiales características, es posible que posean un vínculo más fuerte con otra norma nacional distinta de la designada competente con carácter general. En estos casos, relativos a funcionarios, trabajadores fronterizos o que residen en un Estado distinto de aquél donde se está afiliado en calidad de trabajador, el legislador comunitario permite que el trabajador migrante opte entre las normas mencionadas, cercionándose así de la existencia de una conexión real de la ley nacional competente y su destinatario.<sup>463</sup>

Por último, como quiebra al principio de uniformidad que genera la aplicación imperativa de las normas de conflicto comunitarias, hay que aludir a la posibilidad de aplicar las normas de conflicto contenidas en convenios internacionales de SS

---

<sup>460</sup> Véase, en este sentido, la STJCE de 13-12-1967 sobre el Asunto Guissart (12/67), donde se señala que “*la aplicación al trabajador migrante de las disposiciones de los artículos 27 y 28 del Reglamento N° 3 no depende de la libre elección de los interesados sino de su situación objetiva.*”

<sup>461</sup> **GARCIA RODRIGUEZ, Isabel.** *Aspectos...* op. Cit. p. 215. En realidad y de acuerdo con esta autora (p.219) el poder de designar tal normativa debe residir en el Estado, y en el caso de normas internacionales en la autonomía de la voluntad de los Estados miembros que de alguna manera han cedido parte de su competencia sobre esta materia, asumiendo el mandato internacional y aplicándolo preferentemente a sus propias normas de conflicto nacionales.

<sup>462</sup> **FREYRIA** op. cit. P. 417.

<sup>463</sup> Véase el artículo 16 del Título II, que se como se verá, alude al derecho de opción entre varias legislaciones nacionales concurrentes que asiste al personal al servicio de las misiones diplomáticas y de las oficinas consulares, así como a los agentes auxiliares de las Comunidades Europeas. Asimismo, en el marco del Título III se establece esta posibilidad respecto de las prestaciones en especie por enfermedad de los trabajadores fronterizos, que a tenor del artículo 20 del R. 1408 pueden optar entre percibirla del Estado competente, el de afiliación en calidad en trabajador, o del Estado donde residen. También tienen derecho de opción a tenor del artículo 71.1.b)ii) los trabajadores no fronterizos en desempleo total, que residieran, mientras ocupaban su último empleo, en un Estado miembro distinto del Estado competente. Los cuáles pueden optar entre dirigirse a la institución competente del Estado de empleo o a la del Estado de residencia, poniéndose a disposición de la Oficina de empleo del Estado elegido. Véase sobre la aplicación de este derecho de opción que otorga el artículo 71, la STJCE de 27-5-1982 sobre el Asunto Aubin (227/81) y la de 1-2-1996 sobre el Asunto Naruschawicus (C-308/94).

preexistentes a la normativa comunitaria.<sup>464</sup> Como ya se señaló, la aplicación preferente de estas normas internacionales firmadas entre dos o más Estados miembros, e integrados en sus respectivos Derechos nacionales se supeditaba, por un lado, a que fuesen más favorables a los intereses del migrante; y, por otro lado, a que el trabajador hubiese generado en el marco del Convenio ciertas expectativas de derecho, en un momento previo a la entrada en vigor del R.1408 en ambos Estados firmantes.<sup>465</sup> Se trata de una nueva manifestación del principio de intangibilidad de los derechos nacionales adquiridos autónomamente en el marco de una norma nacional, la que fundamenta la aplicación preferente de la norma convencional como legislación más favorable.<sup>466</sup> Solución tuitiva que ampara el TJCE a costa de la aplicación uniforme de las normas de conflicto comunitarias.

En definitiva, debe señalarse, a modo de resumen, que el carácter imperativo de las normas de conflicto comunitarias supone que sus prescripciones obligan a aplicar exclusivamente las normas nacionales designadas, propiciando su aplicación uniforme. En efecto, los legisladores nacionales no pueden oponerse a la aplicación de su propia normativa nacional cuando sea designada competente, mediante la introducción de requisitos territoriales contrarios a la conexión priorizada en la norma de conflicto comunitaria.

### **III-2.- CARÁCTER INDIRECTO Y CONEXIONES PRIORIZADAS**

El carácter indirecto de las normas de conflicto comunitarias reside en que “*no dan por sí mismas la solución al problema de que se trate, si no que señalan la*

---

<sup>464</sup> Véase en este sentido sobre la aplicación preferente de un Convenio internacional entre Bélgica y Francia frente a la aplicación del artículo 14 quater b), norma de conflicto del Título II del R. 1408: el apartado 66 de la STJCE de 19-03-02 sobre los Asuntos Hervein y Lorthiois (C-393/99 y C-394/99).

<sup>465</sup> Véase en este sentido la STJCE de 5-2-2002 sobre el Asunto Kaske (C-277/99) en cuyo marco se establece la aplicación preferente de la norma de conflicto contenida en el Convenio austríaco-alemán en detrimento de la contenida en el artículo 67.3 del Título III del R. 1408. En efecto, a tenor de la disposición comunitaria resultaba competente la legislación alemana, como último Estado donde el trabajador migrante estuvo empleado; sin embargo, la Sra. Kaske logró la aplicación de la normativa austríaca amparándose en el convenio bilateral mencionado. A tenor de dicho convenio, y de la propia legislación austríaca, era posible totalizar en su seno períodos de seguro extranjeros para obtener prestaciones por desempleo aunque no se hubiese cumplido un período de empleo previo en Austria.

<sup>466</sup> Véase apartado 37 de la STJCE Kaske donde se señala que “*Según jurisprudencia reiterada, el Derecho comunitario no se opone a que un Derecho nacional establezca normas más favorables que el propio Derecho comunitario si las normas así impuestas resultan compatibles con éste.*” Véase en igual sentido, por todas, el apartado 9 de la STJCE de 10 de diciembre de 1969 sobre el Asunto Duffy (34/69); el apartado 14 de la STJCE de 6-3-1979 sobre el Asunto Rossi (100/78); el apartado 8 de la STJCE de 12-6-1980 sobre el Asunto Laterza (733/79); el apartado 7 de la STJCE de 9-7-1980 sobre el Asunto Gravina

*legislación que dará la solución*".<sup>467</sup> Efectivamente, estas disposiciones poseen un carácter instrumental que supone que el legislador comunitario se limita a designar legislación o legislaciones competentes, mediante ciertas conexiones uniformes, sin prejuzgar el nacimiento en su seno de los derechos a prestaciones o la obligación de afiliarse o cotizar. Las normas de conflicto, desde la neutralidad de la coordinación, no inciden sobre el contenido material de las normas nacionales competentes, siendo necesario para el nacimiento de las relaciones jurídicas mencionadas el cumplimiento de los requisitos que en las mismas se exigen.<sup>468</sup> Debe recordarse que los derechos y obligaciones de SS que surjan, vía normativa comunitaria, siempre tendrán su origen en uno o varios de los sistemas nacionales de SS coordinados que, a través de sus actos administrativos los perfeccionan. En definitiva las normas de conflicto comunitarias designan a favor del interesado un marco normativo en el que hacer valer sus pretensiones, es decir, señalan un interlocutor sin garantizar los efectos jurídicos que pueden derivarse de tal comunicación. Efectivamente, la norma de conflicto no puede garantizar ninguna consecuencia jurídica concreta, pues es posible incluso que las normas nacionales designadas competentes dejen en manos de la voluntad del propio interesado, por ejemplo, la afiliación a dicho sistema.<sup>469</sup>

Las conexiones priorizadas en las normas de conflicto, como criterios objetivos y uniformes, en principio, no toman en cuenta los resultados más o menos beneficiosos que de su aplicación puede derivarse para el interesado. No obstante, se presume que las

---

(807/79); el apartado 26 de la STJCE de 7-2-1991 sobre el Asunto Ronfeldt (C-227/89) y el apartado 23 de la STJCE de 7-7-1992 sobre el Asunto Singh (C-370/90).

<sup>467</sup> VAN RAEPENBUSCH, Sean. *La Seguridad...* op. cit. P. 314

<sup>468</sup> Como se señala en el apartado 53 de la STJCE de 19-3-02 sobre el Asunto Hervein y Lorthiois (C-393/99 y C-394/99) una norma de conflicto "*cuando determina simplemente cuál o cuáles son las legislaciones aplicables a distintas situaciones, como hace en el Título II del R. 1408, el legislador comunitario no puede definir el contenido de las legislaciones nacionales de SS, cuya conformidad con los artículos 39 y 43 TCE es responsabilidad de las autoridades nacionales.*"

<sup>469</sup> Véase la STJCE de 13 de octubre de 1993, Zinnecker (C-121/92), que versa sobre un nacional alemán residente en este mismo país, que ejercía una actividad por cuenta propia aproximadamente la mitad del tiempo en Alemania y la otra mitad en los Países Bajos. Este sujeto en virtud de las normas de conflicto del Título II del Reglamento, en concreto el artículo 14 bis, debía quedar sometido a la legislación alemana donde además de desarrollar su actividad profesional residía. La normativa de este Estado miembro preveía únicamente un seguro voluntario para las personas que se encontraban en esa situación y el Sr. Zinnecker optó por la no suscripción de dicho seguro. En este supuesto, como destaca el TJCE, el interesado tras la aplicación de la norma nacional designada competente por las normas de conflicto del Título II del R. 1408, no estaba asegurado en ninguno de los sistemas nacionales de SS. No se trata sólo de una situación que afecte a los autónomos, pues existen ramas de afiliación voluntaria en los sistemas nacionales propias de los trabajadores por cuenta ajena como sucede con el desempleo en Dinamarca. COMISION EUROPEA *Sus derechos...* op. cit. p. 56

conexiones elegidas por el legislador comunitario para la designación de la norma nacional competente, están imbuidas de la finalidad tuitiva que caracteriza a la normativa de coordinación, pues se han elegido como conexiones principales los requisitos preponderantemente exigidos por las normas nacionales de SS coordinadas:

Así, considerando la preeminencia del modelo profesional, contributivo o bismarckiano, las normas de conflicto comunitarias vincularon la aplicación de la norma nacional de SS al trabajo y su acción protectora al abono previo de cotizaciones en tal calidad.<sup>470</sup> Por un lado, el Título II primó la competencia de la <lex loci laboris> a la que normalmente el migrante quedaba vinculado, considerando que en los sistemas nacionales la relación de afiliación obligatoria se exigía cuando el interesado realizaba una actividad profesional en su territorio.<sup>471</sup> Por otro lado, como se puso de manifiesto, en el marco del Título III se estableció la aplicación preferente de la ley o leyes de SS con las que el migrante mantenga o haya mantenido una relación de afiliación en calidad de trabajador.<sup>472</sup>

Sin embargo, existía una percepción, desde épocas tempranas, de que “...*otra concepción de SS, tiende a penetrar progresivamente en el Derecho positivo; el derecho a la SS se dirige por tanto a los activos y a los inactivos, siendo independiente (al menos jurídicamente) del trabajo*”.<sup>473</sup> La presencia de esta tendencia, en el marco de las normas de conflicto comunitarias no se dejó notar hasta la década de los noventa, cuando se introdujeron nuevas disposiciones que primaron como conexión el lugar de

---

<sup>470</sup> “*las reglas comunitarias de solución de conflictos son <bismarckianas> en el sentido de parecen unidas a una concepción de la SS en la que el trabajo es el fundamento del Derecho a la SS*”. **RODIERE, Pierre**. “L’arret Bentzinger ...” op. cit. P. 438. “*el Derecho Comunitario ha continuado siendo fiel a una concepción <conmutativa> de la SS, según la cual los costes de la misma corren a cargo del Estado en el que el trabajador realiza su actividad y contribuye a su economía, imponiendo de forma imperativa al trabajador que circula dentro de la Comunidad, así como a los miembros de su familia, la sujeción a la legislación del Estado en cuyo territorio realice su actividad profesional.*” **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. *Seguridad...* op. cit. p. 678

<sup>471</sup> Reiterando el objetivo de las normas de conflicto de evitar conflictos negativos véase el apartado 19 de la STJCE sobre el Asunto Kits Van Heijningen (C-2/89) y el apartado 15 de la STJCE de 21-2-1991 sobre el asunto Daalmeijer (C-245/88).

<sup>472</sup> Véase ut supra en el capítulo anterior el epígrafe VI-4-1-3 donde se desglosaban por capítulos las principales normas de conflicto contenidas en el Título III que, al designar una única norma nacional competente, se constituyen en medidas preventivas del cúmulo de prestaciones de la misma naturaleza.

<sup>473</sup> Por lo que la aplicación de la lex loci laboris como conexión “... *es aberrante desde el punto de vista de los sistemas concebidos para cubrir a la totalidad de la población activa o inactiva residente sobre su territorio: tal es el caso de los regímenes de jubilación (1957) viudedad y orfandad (1959) holandeses o la reciente legislación belga (1969) sobre el ingreso garantizado a los ancianos*”. **RODIERE, Pierre**. “L’arret Bentzinger...” op. cit.. P. 438 y 440.

residencia, designando competente a la <lex loci domicilii>.<sup>474</sup> Circunstancia que puede considerarse un reflejo en la norma derivada de la introducción del concepto de ciudadanía comunitaria que propició el Tratado de Maastricht. A comienzos de la década de los 90 se introdujo en el Título II el artículo 13.2.f) que, como se verá, contenía una norma de conflicto destinada a sujetos inactivos profesionalmente que en virtud de su aseguramiento previo como trabajadores quedaban vinculados con la ley del lugar de residencia cuando ya ninguna *lex loci laboris* fuese ya aplicable. Por su parte el Reglamento 1247/92, considerando las características de las PENC, introdujo una norma de conflicto en el artículo 10 bis que designa como única competente para su cobertura a la <lex loci domicilii>.<sup>475</sup> Conexión con la que se entiende que este tipo de prestaciones están especialmente vinculadas y rompiendo, de esta forma, el binomio <afiliación-protección> que propiciaban las normas de conflicto comunitarias. Ante el temor de que el reconocimiento de estas PENC en el seno de la <lex loci domicilii> pudiera producir ciertas distorsiones en el marco de la libre circulación, generando incluso el fenómeno denominado “turismo social” estas prestaciones, como es sabido, se declararon inexportables; simultáneamente algunos Estados miembros endurecieron los requisitos para su reconocimiento.<sup>476</sup> Hay que destacar, no obstante, que la norma de conflicto contenida en el artículo 10 bis no está destinada a todas las prestaciones no contributivas, sino tan solo a las calificables de especiales, por lo que a las prestaciones

---

<sup>474</sup> CHRISTENSEN, Anna; MALMSTEDT, Mattias. “*Lex loci laboris versus Lex loci domicilii*- an inquiry into the Normative Foundations of European Social Security Law.” *European Journal of Social Security*. Vol. 2/1. 2000. P. 80 y ss. Estos autores consideran, *lege ferenda*, que la conexión priorizada debe conectar con la propia finalidad de la prestación, distinguiendo entre prestaciones destinadas a reemplazar ingresos profesionales que deben estar vinculadas a la *Lex loci laboris*, mientras que de las prestaciones que compensan gastos extras, como algunas prestaciones familiares, debería hacerse cargo a la *Lex loci domicilii*.

<sup>475</sup> A estos supuestos se refiere el segundo inciso de la letra o del artículo 1 cuando define a la <institución competente> como aquélla “*de la cual el interesado tiene derecho a prestaciones o tendría derecho a prestaciones si residiera, o si el miembro o los miembros de su familia residieran en el territorio del Estado miembro donde se encuentra esta institución.*”

<sup>476</sup> El Gobierno británico endureció los requisitos de acceso a algunas prestaciones (*Income Support, Housing benefit y Council Tax benefit*) exigiendo la concurrencia del requisito de “residencia habitual” en el Reino Unido. Como reconoció la propia administración se trataba de eliminar el uso abusivo de estas prestaciones de asistencia social, relacionadas con el nivel de renta, por parte de nacionales de otros Estados miembros impidiendo que pudieran beneficiarse de ellas los denominados “*benefits tourists*” o “*Euro-scrougers*”. ADLER, Michael. “The <Habitual Residence Test> for Social Assistance in the UK and its Implications for Migrants” /en/ EICHENHOFER, Eberhard (ed). *Social Security of Migrants in the European Union of Tomorrow*. IMIS. Osnabrück, 1997. P. 53 y ss. Estas medidas nacionales son muy cuestionables desde el punto de vista del principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad, como puso de manifiesto el TJCE en su STJCE de 25-2-1999 sobre el Asunto Swaddling (C-90/97).

no contributivas comunes se debe aplicar las normas de conflicto establecidas en el Título II, así como las del Título III dependiendo de la contingencia que cubran.

Respecto a la identificación de lo que deba entenderse por las tres conexiones principales: *lex loci laboris*, lugar de afiliación en calidad de trabajador o *lex loci domicilii*, resulta interesante hacer las siguientes apreciaciones:

En primer lugar, respecto de la <*lex loci laboris*> hay que señalar que debe ser contemplada desde la óptica de la normativa de SS de los Estados miembros, que puede utilizar criterios no necesariamente coincidentes con los empleados en el marco de su legislación de laboral.<sup>477</sup> Esta distinción se puso de manifiesto en la STJCE de 3-5-1990, sobre el Asunto Kits Van Heijningen (C-2/89), donde el TJCE imponía el mantenimiento de la conexión con la normativa nacional de SS del lugar de trabajo, con independencia de que la actividad no fuera considerada relevante desde un punto de vista laboral, al realizarse a tiempo parcial y únicamente durante ciertos días.<sup>478</sup> Esta separación entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la SS, y las realidades que regulan, resulta patente en la propia regulación comunitaria del desplazamiento de un trabajador en el ámbito comunitario. En efecto, habrá que distinguir sendas relaciones jurídicas, de SS y laboral para la determinación respectiva de la Ley nacional aplicable en su seno, pues hay que acudir a diferentes normas internacionales que establecen normas de conflicto diversas para proceder a tal determinación. Así, mientras las relaciones de SS se encuentran coordinadas en el R.1408, la determinación de la Ley aplicable a las relaciones contractuales, incluidas las laborales, se realiza en el marco del Convenio de Roma. En concreto, en su artículo tercero<sup>479</sup> donde se prioriza, en

---

<sup>477</sup> Véanse sendas STJCEs de 30-1-1997, sobre los Asuntos Hervein (C-221/95) y De Jaeck (340/94)

<sup>478</sup> El supuesto de hecho de esta STJCE describe la situación de un ciudadano comunitario, trabajador fronterizo, que residía en Bélgica y trabajaba en Holanda a jornada completa, hasta que comienza a percibir una prestación de prejubilación de financiación privada. Desarrollando a partir de ese momento tan sólo un trabajo a tiempo parcial impartiendo dos horas de clases los lunes y sábados de cada semana en Holanda. Este trabajador solicitó al sistema holandés de SS el reconocimiento de unos subsidios familiares, correspondientes al primer trimestre del año en curso, que fueron denegados porque la legislación holandesa exigía que estuviera asegurado el primer día del trimestre, circunstancia que no concurría al no ser ese día ni lunes ni sábado. El TJCE, en primer lugar, consideró a este sujeto trabajador a los efectos del R. 1408, pese al carácter marginal de la actividad a tiempo parcial que realizaba. cuestión que recibió respuesta afirmativa. En segundo lugar, consideró que la determinación de la Ley aplicable que realizaba el artículo 13.2.a) del R.1408 no era válida únicamente para los días de aseguramiento efectivo, pues la sumisión del trabajador a la *lex loci laboris* se produce *"tanto durante los días en que ejerce dicha actividad como durante los días en que no la ejerce"*.

<sup>479</sup>El Convenio de 19 de junio de 1980 (DOCE N° L 266 de 9-10-1980), firmado por los Estados miembros y que entró en vigor el 1 de abril de 1991 en la mayoría de los mismos, establece como norma general en su artículo 3 **la libertad de elección de la Ley** por las partes; y que a falta de elección, el



términos generales, como ley competente la elegida por las partes, sin que tal elección pueda privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la Ley que fueran aplicables a falta de elección.<sup>480</sup> En este último sentido tuitivo, insistiría la Directiva 96/71/CE “sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.” Normativa derivada que desde la primacía del Derecho Comunitario y amparada en la relación de especialidad que mantiene con el Convenio de Roma,<sup>481</sup> obligaba a respetar a la empresa, que desplaza la mano de obra, un núcleo de condiciones mínimas de trabajo y empleo,<sup>482</sup> establecidas en el marco de la legislación laboral del Estado de destino de la prestación de servicios.<sup>483</sup> Como resulta evidente, debido a la diversidad de conexiones privilegiadas en los diferentes ámbitos, nada garantiza la coincidencia de la nacionalidad de la Ley aplicable a ambas relaciones jurídicas, laborales y de SS, aunque regulen el mismo desplazamiento comunitario del trabajador.

En segundo lugar, en lo que respecto a la <legislación de afiliación en calidad de trabajador>, hay que señalar que esta conexión plenamente jurídica no ha de coincidir

---

contrato se regirá de conformidad con el apartado 2 de su artículo 6, **por la Ley del país en que el trabajador realice habitualmente su trabajo** en ejecución del contrato, aun cuando se haya desplazado temporalmente a otro país; por último en el supuesto de que el trabajador no realizase habitualmente su trabajo en un mismo país, se aplicará **la Ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador**; todo ello salvo que del conjunto de circunstancias resulte que el contrato de trabajo tenga **lazos más estrechos** con otro país, en cuyo caso será aplicable la Ley de ese otro país. A este Convenio se consagra uno de los capítulos de la siguiente monografía **VV.AA. CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y FERNANDEZ de la GANDARA, Luís. (directores) Contratos Internacionales.** Tecnos. Madrid. 1997.

<sup>480</sup> Por ello, el artículo 7 del Convenio de Roma dispone que, en determinadas condiciones, surtan efecto junto con la Ley declarada aplicable, las normas de policía de otra Ley, en particular la del Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado temporalmente el trabajador

<sup>481</sup> No son conflictivas las relaciones entre el Convenio internacional de Roma y la Directiva sobre desplazamientos temporales, que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento a través de la Ley 45/1999 “sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.” En efecto, el propio artículo 20 del Convenio abre la puerta a una posible regulación comunitaria, que en este caso sólo aborda un aspecto muy concreto de las relaciones internacionales, manteniendo respecto del Convenio de Roma una relación de especialidad. **CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> Emilia.** “Normas laborales internacionales, Derecho social europeo y derechos fundamentales” Relaciones laborales N<sup>o</sup> 12/1998.

<sup>482</sup> Véase sobre esta materia la siguiente jurisprudencia: la STJCE de 17-12-1981 sobre el Asunto Webb (279/80); de 3-2-1982 sobre el Asunto Seco ( acumulados 62/81 y 63/81); 27-3-1990 sobre el Asunto Rush Portuguesa (C-113/89); de 9-8-1994 sobre el Asunto Van der Elst (C-43/93) y de 28-3-1996 sobre el Asunto Guiot (C-272/94). Un comentario sobre alguna de estas STJCEs puede encontrarse en **LYON-CAEN, Antoine.** “La circulation des travailleurs...”op. cit. p. 24 y ss. Sobre la fijación de tales condiciones en un momento previo a la aprobación de la mencionada Directiva véase **EICHENHOFER, Eberhard.** “Le détachement des travailleurs salariés et les conditions de travail”./en/ **VV.AA. La libre circulation des travailleurs...** op. cit. p.59-73.

necesariamente con la <lex loci laboris> del migrante, en el sentido profesional del término. En efecto, puede suceder que en el marco de una legislación nacional exista este vínculo afiliativo respecto a sujetos cuya actividad profesional no se desarrolla en su territorio nacional.<sup>484</sup> Pues las propias normas de conflicto del Título II del R. 1408 exceptúan la conexión *lex loci laboris*, e imponen al migrante la afiliación a un sistema distinto de aquél donde realiza su actividad profesional de forma efectiva.<sup>485</sup> En otras ocasiones, los propios sistemas nacionales de SS consideran que ciertos sujetos están asegurados a sus sistemas en calidad de trabajadores al mantener cierta relación de afiliación-cotización con el mismo y a pesar de que no realizaron ninguna actividad profesional en su territorio.<sup>486</sup> Sin embargo, no siendo obligatoria esta coincidencia entre ley del lugar de afiliación y *lex loci laboris* debe señalarse que suele ser la regla general, de ahí que el TJCE o el propio legislador comunitario, en el marco del Título

---

<sup>483</sup> Esta Directiva excluye la SS de su ámbito material de aplicación, como queda reflejado en el Considerando 21 de su Exposición de Motivos, materia cuya regulación remite al R.1408.

<sup>484</sup> Como se puso de manifiesto en la STJCE de 29-6-1994 sobre el Asunto Aldewereld (C-60/93) las normas del Título II del R.1408 “...se oponen a que un trabajador que reside en el territorio de un Estado miembro, que presta sus servicios como trabajador por cuenta ajena en una empresa establecida en otro Estado miembro, que ejerce su actividad exclusivamente fuera del territorio de la Comunidad y que, por razón de esta actividad, paga sus cotizaciones a la SS conforme a la legislación de este otro Estado miembro, tenga también que pagar cotizaciones sociales conforme a la legislación del Estado miembro en el que reside”.

<sup>485</sup> En efecto, como se verá en los epígrafes siguientes, donde se desarrollan las normas de conflicto del Título II, en el caso de los destacados, a pesar del cambio de lugar de trabajo se mantiene el vínculo con la ley de afiliación inicial. Asimismo, el R. 1408 permite que ciertos funcionarios opten por la aplicación de la ley de donde son nacionales, mientras que en el caso de los post-activos, como se pondrá de manifiesto, será la ley del lugar de residencia o <*lex loci domicilii*> a la que deben quedar sometidos.

<sup>486</sup> En este sentido resulta paradigmática la STJCE de 20-2-1997 sobre los asuntos Martínez Losada y otros (C-88/95, C-102/95 y C-103/95), que versaba sobre unos emigrantes españoles que, habiendo trabajado en otros Estados miembros, reciben del sistema de SS español, donde nunca habían desempeñado una actividad profesional, un subsidio para emigrantes retornados. Durante cuya percepción el INEM había realizado un pago delegado de cotizaciones por las contingencias de asistencia sanitaria y prestaciones familiares. Estos sujetos pretendían el reconocimiento, vía totalización, de un subsidio para mayores de 52 años, calificado por el TJCE, en el marco de la normativa de coordinación, como prestación por desempleo. El artículo 67.3 del R. 1408, como norma de conflicto específica, designa como legislación competente: la del Estado miembro del último empleo o donde se hubieran cumplido períodos de seguro en último lugar, conexiones cuya concurrencia debía valorarse por los tribunales nacionales. La Sala de lo Social del TS consideró que las cotizaciones mencionadas constituían períodos de seguro a los efectos del artículo 67.3 (véase, por todas, las STJCEs dictadas el 17-12-1997, el 7-5-1998 (Rec. N° 4130/96) (F°J° 2°), el 18-6-1998 (Rec. N° 4630/96) (F°J° 4°.3). De manera que la legislación española resultaba competente para el reconocimiento de una prestación por desempleo, a favor de sujetos que nunca habían desempeñado una actividad profesional en nuestro territorio. Reiterando esta jurisprudencia comunitaria, véase la STJCE de 25-2-1999 sobre el Asunto, José Ferreiro Alvite (C-320/95)

III, aludan, en ocasiones, directamente a la legislación del Estado de empleo como la designada competente, presuponiendo la afiliación-cotización al mismo.<sup>487</sup>

Por último, en tercer lugar, respecto de lo que deba entenderse por <lex loci domicilii> o ley del lugar de residencia; hay que señalar que el término <residencia> se define sucintamente en la letra h) del artículo 1 del R. 1408 como “...*la estancia habitual*,” sin vincularse a la exigencia de requisitos formales y sin equipararse al término domicilio. Sin embargo, el requisito de habitualidad distingue a la residencia de lo que en el R. 1408 se denomina <estancia>, definida en el artículo 1.i) del R. 1408 de forma redundante como “...*estancia temporal*”.<sup>488</sup> Por su parte, el TJCE ha entendido por residencia del migrante simplemente “*el lugar en el que ha establecido el centro permanente de intereses y a donde vuelve en el intervalo de sus viajes*”.<sup>489</sup> En efecto, por un lado el término residencia haría referencia a una serie de circunstancias relativas a los intereses familiares, culturales o económicos, aunque no necesariamente profesionales, que vinculan de forma estable o recurrente a un sujeto con el territorio de un determinado Estado miembro.<sup>490</sup> Por otro lado, esta definición no impide que una persona sea considerada residente en un Estado miembro a los efectos del R. 1408, a pesar de que haya intercalado períodos de estancia no habitual, más breve, en otros Estados miembros.<sup>491</sup> En cualquier caso, el concepto comunitario de residencia debe

---

<sup>487</sup> Véase en este sentido, por todas, la STJCE de 9-7-75 sobre el Asunto D’Amico (20/75). Asimismo, hay que señalar que en el Considerando 26 del R. 1408 se estipula que: “*para determinar la legislación aplicable a las prestaciones familiares, el criterio del empleo garantiza la igualdad de trato entre todos los trabajadores sometidos a una misma legislación.*”

<sup>488</sup> El artículo 7 f) de la propuesta de simplificación contenida en el Documento COM (1998) 779/final/3 de 18-1-1999, es un poco más extenso y, en mi opinión, exigente, pues señala que: “*el término <residencia> designa el lugar en que una persona reside habitualmente y donde se encuentra igualmente su centro habitual de intereses*”.

<sup>489</sup> **RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel.** *La Seguridad...* op.cit. p. 296. Así se desprende de la STJCE de 1-3-1972 sobre el asunto Bentzinger (73/72); la STJCE de 12-7-1973 sobre el Asunto Hakenberg (13/73), confirmadas por la dictada el 24-6-1975 sobre el Asunto FC Andlauer (8/75) o la STJCE de 13-11-1990 sobre el asunto Reibold (C-216/90)

<sup>490</sup> Por ejemplo, una persona que habita durante la semana en un apartamento cerca de su lugar de trabajo y se desplaza durante el fin de semana al lugar donde vive su mujer con sus hijos, donde ha vivido siempre, donde es miembro de un club... Este último lugar será el lugar de residencia a los efectos aplicativos del R. 1408. **DE PAUW, Bruno.** “La législation de Sécurité Sociale applicable lors d’une occupation internationale au sein de l’EEE”. RBSS. 41 année. N° 3/septembre 1999. P. 466.

<sup>491</sup> Véase STJCE de 17-2-1977 sobre el asunto Di Paolo (76/77) donde se señala que: “*la noción de residencia en un Estado no excluye necesariamente una estancia no habitual en otro Estado miembro*”, debiéndose valorar en estos casos *conviene considerar la duración y la continuidad de la residencia antes de que el interesado se desplace, la duración y la finalidad de su ausencia, el carácter de la ocupación*

interpretarse flexiblemente en el marco del artículo 1.h) que, como se ha señalado, alude a un dato fáctico que no requiere una constatación formal o la exigencia de cierta documentación acreditativa, como un certificado expedido por el Estado de residencia.<sup>492</sup>

En definitiva, como conclusión de cierre de este epígrafe sobre el carácter indirecto de las normas de conflicto, hay que reiterar que el legislador comunitario designa mediante conexiones uniformes la norma o normas nacionales competentes, siendo en el marco de éstas donde se habrá de constatar el nacimiento de las relaciones jurídicas de SS de afiliación o protección pretendidas por el migrante. No obstante, el legislador comunitario al elegir las conexiones o criterios de designación de la norma nacional competente, tratará de identificar aquellas legislaciones donde existe la posibilidad de que tales relaciones surjan efectivamente. Con este objetivo vinculará la *lex loci laboris* con la relación de afiliación; la ley del lugar de afiliación en calidad de trabajador con el reconocimiento de las prestaciones contributivas; y la *lex loci domicilii* con las denominadas prestaciones especiales no contributivas.

### III-3.- UNICIDAD DE LEY APLICABLE.

La unicidad de ley aplicable supone que las normas de conflicto comunitarias, por regla general, designan una única norma nacional competente tanto para la afiliación obligatoria del interesado como para proceder al reconocimiento del derecho a las distintas prestaciones. La importancia de este rasgo, ha provocado que la unicidad se haya considerado un principio propio de la coordinación comunitaria,<sup>493</sup> pues unido al

---

*encontrada en otro Estado miembro y la intención del interesado que se desprende de todas estas circunstancias.”*

<sup>492</sup> Véase la STJCE de 25-2-1999 sobre el Asunto Swaddling (C-90/97) relativo a una solicitud de una PENC (el denominado <income support>) en el marco de la legislación británica o *lex loci domicilii* a tenor del artículo 10 bis del R. 1408. Considerando el TJCE contrario a este artículo y al artículo 1.h) la exigencia de que el interesado hubiera residido en ese territorio durante 8 semanas para acceder a la mencionada prestación. Véanse también los apartados 50 y siguientes de la STJCE de 12-5-1998 sobre el Asunto Martínez Sala (C-85/96), donde se alude al valor declarativo y no constitutivo del permiso de residencia exigido al nacional de otro Estado miembro. STJCE comentada en este sentido por **GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, Carlos**. “Concepto de trabajador. Prestación familiar...” op. cit. RMTAS. N.º17. P.254 y 259.

<sup>493</sup> La importancia del principio de unicidad ha sido destacada por la doctrina que ha señalado que “*la coordinación de los sistemas nacionales de SS reposa principalmente sobre la vinculación a un único sistema nacional determinado del trabajador que se desplaza en el seno de la Comunidad Europea*” **PRETOT, Xavier**. “La Cour de justice des Communautés européennes, le travailleur frontalier et la contribution sociale généralisée”. *Droit Social* . N.º 5/ mai 2000. P.530. En efecto, el R.1408 “*no comporta por tanto la unificación de las normas materiales de SS pero si la unificación de las condiciones de aplicación en el espacio de los diferentes Derechos nacionales, unificando las conexiones*

carácter imperativo de la norma de conflicto supone la aplicación, a título exclusivo, de la legislación nacional designada. Preservando la simplicidad administrativa,<sup>494</sup> al impedir la aplicación simultánea de la legislación de otro Estado miembro, este principio se reconoce expresamente y con carácter general, en el artículo 13.1 del R. 1408. Efectivamente, las normas de conflicto del Título II designarán competente una única legislación nacional, salvo las excepciones contenidas en los artículos 14 quater y 14 septies que dicho artículo menciona.<sup>495</sup>

La opción del legislador comunitario por el principio de unicidad de ley aplicable debe estudiarse distinguiendo entre las normas de conflicto generales del Título II y las normas específicas del Título III destinadas a designar la norma competente de la cobertura del migrante y sus derechohabientes, pues la finalidad de este principio, en el marco de ambos Títulos, no es la misma.

En primer lugar, respecto del principio de unicidad en el marco del Título II, hay que señalar que la aplicación de la norma designada competente, a título exclusivo, se constituye en la principal garantía que posee el trabajador migrante contra la doble cotización. En efecto, resultando imposible el desarrollo simultáneo de dos relaciones jurídicas de afiliación obligatorias, sólo una legislación nacional podrá exigir su abono.<sup>496</sup> El tenor del actual artículo 13, donde se establece la aplicación exclusiva de la

---

*de las normas de conflicto. Esta unificación tiene como corolario la unicidad de la ley aplicable*" LYON-CAEN, Antoine. "La circulation des travailleurs..."op. cit. p. 19

<sup>494</sup> La apuesta del legislador comunitario por la simplicidad administrativa, tal y como señala el Considerando octavo de la Exposición de Motivos del R.1408, donde se reconoce que: "*conviene someter a los trabajadores por cuenta ajena y propia que se desplazan dentro de la Comunidad al régimen de la SS de un único Estado miembro, de forma que se eviten las acumulaciones de legislaciones aplicables y las complicaciones que de ello se deriven.*" En este mismo sentido véanse, por todas, la STJCE de 3-2-1982 sobre el Asunto Seco (63/81), la de 18-2-1982 sobre el asunto Vermaut (55/81), la de 23-9-1982 sobre el asunto Kuijpers (276/81) apartado 12 de la STJCE de 3-5-1990 sobre el Asunto Kits van Heijningen (C-2/89) el apartado 20 de la STJCE de 10-2-2000 sobre el Asunto FTS (C-202/97) o el apartado 26 del Auto 20-10-2000 sobre el Asunto Vogler (C-242/99).

<sup>495</sup> El artículo 13.1 del R. 1408 estipula que: "*... sin perjuicio de las disposiciones del artículo 14 quater y 14 septies, las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento sólo estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro. Esta legislación será determinada con arreglo a las disposiciones del presente título*".

<sup>496</sup> Véase la STJCE de 15-2-2000 sobre el Asunto Comisión contra República Francesa (C-169/98), que versaba sobre la exigencia de cierta legislación francesa que exigía a todo residente una cotización sobre los rendimientos de trabajo que suponía un doble gravamen para los trabajadores fronterizos, pues éstos ya eran gravados por la legislación de SS Estado miembro donde desarrollaban su actividad profesional y estaban afiliados en virtud de las normas de conflicto del Título II. El TJCE consideró que Francia "*ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 13 del Reglamento (CEE) N° 1408/71(...) así como los artículos 48 y 52 TCE (actualmente artículos 39 y 43) al aplicar la contribución social generalizada a los rendimientos de trabajo y las prestaciones sustitutorias de los*

norma designada imperativamente, dota de virtualidad al principio de unicidad, y pone fin a las dudas que, en este sentido se habían planteado respecto de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento N° 3/1958. A pesar de que la doctrina entendía que el principio de unicidad estaba reconocido tácitamente,<sup>497</sup> el TJCE consideró que, del tenor del articulado del R.3/58, no se deducía que la aplicación de la norma competente tuviese que ser necesariamente a título exclusivo. En efecto, el Alto Tribunal toleraba la aplicación simultánea de la norma nacional del lugar de residencia del migrante,<sup>498</sup> en cuyo marco podía estar obligado a cotizar, siempre y cuando este segundo sistema le procurase una protección adicional.<sup>499</sup> Consecuentemente, la obligación de cotizar no podía suponer una “*dualidad de cargas sin fundamento*”,<sup>500</sup> pues se estaría ante un claro obstáculo al ejercicio del derecho a la libre circulación. Hay que señalar, que esta jurisprudencia planteaba graves problemas al quebrar la uniformidad que debe derivar de la aplicación del Derecho comunitario y la simplicidad que dimana del principio de unicidad de ley aplicable.<sup>501</sup> Por otro lado, el criterio

---

*trabajadores por cuenta ajena y de los trabajadores por cuenta propia que residen en Francia pero que, en virtud del citado Reglamento, no están sometidos a la legislación francesa en materia de SS.”*

<sup>497</sup> En el marco del Reglamento 3/1958, el principio de exclusividad no estaba tan claramente establecido como en el R.1408, aunque de acuerdo con la doctrina “...*el principio de aplicación de una única legislación estaba subyacente en el Título III del Reglamento N° 3*”. VAN RAEPENBUSCH, Sean. “La jurisprudence communautaire...” op. cit.p. 278. Véase una comparación de ambas normativas en al las conclusiones del Abogado General Warner sobre el asunto Perenboom (102/76).

<sup>498</sup> Véase la STJCE de 9-6-1964, sobre el asunto Nonnenmacher (92/63) que versaba sobre la Sra. Nonnenmacher, a la que era aplicable la legislación nacional francesa donde había estado afiliado su cónyuge, y donde no obtenía la protección pretendida que, sin embargo, si obtenía en el marco de la *lex loci domicilii* holandesa a la que también estuvo afiliado como trabajador el causante. El TJCE admitió que el artículo 12 del R.3/1958 no contenía ninguna disposición que prohibiese la aplicación simultánea de varias legislaciones, motivo por el que no se podía “*prohibir a un Estado que aplique a toda su población, incluidos sus nacionales que trabajan en otro país miembro, una protección adicional*”. Como se señala en el punto segundo del Fallo “*sólo cabe la solución contraria cuando un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio está ocupado el trabajador, le obligue a contribuir a la financiación de una institución que no le aporte ninguna protección social adicional respecto del mismo riesgo y durante el mismo período*”.

<sup>499</sup> Véase el punto tercero del Fallo a la STJCE de 5-12-1967 sobre el Asunto Van der Vecht (19/67), se señala respecto de la norma de conflicto comunitaria aplicable entonces que: “*el artículo 1 del Reglamento N° 3 prohíbe a los Estados miembros distintos de aquél sobre cuyo territorio el trabajador está ocupado, aplicarle a éste su legislación en materia de SS, cuando esta aplicación entrañe para los trabajadores o sus empresarios un aumento de las cargas que no se corresponda a un complemento en la protección social*”. Véase también en el sentido expuesto, la STJCE de 1-3-1973 sobre el Asunto Bentzinger (73/72) o la STJCE de 25-11-1975 sobre el asunto Massonet (50/75).

<sup>500</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. *Seguridad...* op. cit. p. 276

<sup>501</sup> VOIRIN, M. “Note sous l’arrêt Van der Vecht” *Droit Social* . 1968. 487-488 y RODIERE, P. “L’arrêt Bentzinger et la jurisprudence de la Cour de Justice des Ce relative aux conflits de lois de sécurité sociale” *Revue Trimestrelle de Droit Européen*. 1974. P. 435.

empleado por el TJCE, para permitir la afiliación-cotización simultánea a otro sistema de SS distinto del competente, podría considerarse algo ambiguo, siendo dificultoso determinar, a priori, la concurrencia de las ventajas adicionales requeridas.<sup>502</sup> En efecto, conviene recordar que la relación de afiliación-cotización en sistemas de SS como los comunitarios, financiados a reparto, no existe una relación de sinalagmaticidad-actuarial respecto de la acción protectora que brindan los mismos.<sup>503</sup>

En definitiva, a partir de la aprobación del vigente artículo 13 del R.1408 la mencionada jurisprudencia devino inaplicable, al establecerse expresamente el principio de unicidad de la ley aplicable a título exclusivo. El objetivo del Título II era “*reducir la posibilidad para los Estados miembros de mantener reglas de afiliación obligatoria (profesional) según criterios de conexión diversos a los criterios comunitarios.*”<sup>504</sup> Debiendo existir una única relación de afiliación-cotización obligatoria, incluso en los supuestos en los que el mantenimiento de una relación de afiliación-cotización paralela pudiera generar una mayor protección al interesado, circunstancia que no podía considerarse relevante en el marco del nuevo R.1408.<sup>505</sup>

---

<sup>502</sup> Considerando los cambios constantes a los que se ven sometidas las legislaciones nacionales de SS, puede suceder que la protección adicional que hubiese avalado el mantenimiento de sendas relaciones de afiliación-cotización en dos sistemas nacionales de SS, nunca llegue a producirse. En efecto, se trataría de una expectativa de derecho imposible de garantizar, pues nadie es inmune a los cambios normativos previos al hecho causante, sobre todo respecto de las pensiones cuyo reconocimiento se produce tras largos períodos de maduración.

<sup>503</sup> Como ha señalado el TJCE en su STJCE de 5-3-1998 sobre el Asunto Molenaar (160/96): “... ninguna norma de Derecho Comunitario impone a la institución competente la obligación de comprobar que un trabajador puede eventualmente acogerse a la totalidad de las prestaciones de un régimen del seguro (...) antes de proceder a su afiliación y al cobro de las correspondientes cotizaciones. El derecho a las prestaciones se aprecia, en función de los requisitos exigidos por la legislación del Estado competente, en la fecha de nacimiento de este derecho, de forma que la situación existente en la fecha en la que se exige la cotización carece de relevancia a este respecto. Así cabe afirmarlo especialmente respecto a la residencia del trabajador, que no es un dato fijado definitivamente en el momento de su afiliación o del pago de sus cotizaciones”.

<sup>504</sup> En este sentido **RODIERE, Pierre**. “L’arrêt Bentzinger et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative aux conflits de lois de sécurité sociale”. *Revue Trimestrelle de Droit Européen*. 1974. p. 436, 438 y ss.

<sup>505</sup> Véase el apartado 13 de la STJCE de 13-10-1976 sobre el asunto Perenboom (102/76) donde se señala que “tanto el artículo 12 del Reglamento nº 3 como el artículo 13 del R.1408 impiden que el Estado de residencia pueda, de acuerdo con su legislación nacional de SS, imponer el pago de cotizaciones sobre la remuneración percibida por el trabajador con ocasión de una actividad profesional ejercida en otro Estado miembro y por ello sometida a la legislación social de este Estado.” Más recientemente véase el apartado 26 de la STJCE de 29-6-1994 sobre el Asunto Aldewereld (C-60/93), donde se reitera que las normas de conflicto del Título II: “impiden la recaudación de cotizaciones en virtud de la legislación social del Estado de residencia de una persona que resida en un Estado miembro y que, por pertenecer a una empresa establecida en otro Estado miembro, haya de realizar su actividad exclusivamente fuera del

En segundo lugar, respecto de las normas de conflicto específicas, hay que señalar que el principio de unicidad está presente, con carácter general, en la mayoría de las diseminadas en los distintos capítulos del Título III y en el artículo 10 bis del R. 1408. Como se señaló, la concurrencia de este principio permite a las normas de conflicto del Título III realizar una labor preventiva del cúmulo prestacional, prohibido por el artículo 12.1 del R. 1408, pues a través de conexiones adicionales se designa una única normativa nacional como competente de la cobertura del migrante y sus derechohabientes. Efectivamente, se selecciona una única legislación nacional entre las concurrentes pudiéndose designar competente, dependiendo de la contingencia, la ley de afiliación en calidad trabajador en el momento de producirse el hecho causante, la del último empleo, la que coincida con la residencia actual del interesado o incluso la legislación nacional a la cual estuvo asegurado el trabajador durante más tiempo.<sup>506</sup>

Sin embargo, existen excepciones al principio de unicidad entre esas normas de conflicto, pues como se recordará el mencionado artículo 12.1 permitía el cúmulo de ciertas prestaciones; para cuyo reconocimiento, a tenor de las normas de conflicto del Título III, resultaban competentes varias legislaciones nacionales de forma concomitante o complementaria. Esta quiebra del principio de unicidad se puede considerar que posee un carácter netamente tuitivo, al conectar con las concretas expectativas de derechos generadas por el migrante en cada uno de los Estados miembros donde estuvo afiliado. Multiplicándose, además, las posibilidades de reconocimiento del derecho a cobertura por el número de legislaciones competentes involucradas.

El artículo 12.1 permite la acumulación de ciertas prestaciones correspondientes al mismo período de seguro obligatorio y de igual naturaleza, destinadas a la cobertura de la contingencia de invalidez, vejez, supervivencia o enfermedad profesional. Estas prestaciones cuyo reconocimiento deriva de la aplicación simultánea de varias normas nacionales competentes, deben haber sido “... liquidadas por las instituciones de dos o varios Estados miembros, con arreglo a las disposiciones del artículo 41, de los apartados 2 y 3 del artículo 43, de los artículos 46, 50 y 51 o de la letra b) del apartado 1 del artículo 60.” Estas disposiciones, que aluden mayoritariamente al reconocimiento y cálculo de pensiones, serán estudiadas en el capítulo tercero de este trabajo. No

---

*primer Estado miembro, estando obligado por dicha actividad a pagar cotizaciones en virtud de la legislación social del otro Estado miembro”.*



obstante, hay que señalar en este epígrafe que el legislador comunitario vincula esta ruptura del principio de unicidad, con el cálculo de estas prestaciones sobre el que incide limitando su cuantía e impidiendo que su cúmulo posea un carácter abusivo o sobreprotector. Por un lado, el artículo 44 en el marco del capítulo III del Título III designa competentes a todas las legislaciones nacionales en las que el trabajador haya estado afiliado por un período superior a un año. Simultáneamente en el marco de cada una de estas legislaciones se deberá aplicar el procedimiento de cálculo comunitario descrito en el artículo 46 del R. 1408 y que se caracteriza por el empleo de la técnica <prorrata temporis>.<sup>507</sup> Técnica que atempera el monto de las pensiones adecuándolo al esfuerzo cotizador realizado por el migrante en el marco de cada legislación nacional competente, propiciando un reparto proporcional, entre tales sistemas nacionales, de la importante carga económica que supone el abono de este tipo de prestaciones de largo plazo. Por otro lado, los artículos 41 y 60.1.b) relativos, respectivamente, al agravamiento de una invalidez o enfermedad profesional, estipulan la competencia de una segunda legislación nacional obligada al abono de un complemento que se acumula a la prestación ya reconocida, esta última liquidada íntegramente en el marco de la legislación nacional designada inicialmente competente.

Por último, hay que señalar que en algunas normas de conflicto comunitarias se detecta el deseo tuitivo de impedir que el principio de unicidad de ley aplicable tenga efectos peyorativos en los intereses de migrante. En otras palabras, estas normas pretenden evitar que la aplicación de una única norma competente a título exclusivo suponga, por un lado, que el migrante no quede vinculado a ninguna norma nacional persistiendo el conflicto de leyes negativo; o por otro lado, que pierda los derechos que le asisten en el marco de los sistemas nacionales de otros Estados miembros.

En el primer sentido, en previsión de que el migrante no quede vinculado a ningún sistema nacional el artículo 14 bis.4 se ocupa de la posibilidad de ausencia de afiliación al seguro de vejez de los trabajadores por cuenta propia, cuando tal situación

---

<sup>506</sup>Véase ut supra en el capítulo anterior el epígrafe IV-3-1-4.

<sup>507</sup> Estas normas, por remisión desde los artículos 40, 79 y 79 bis, son aplicables, en ocasiones a las prestaciones de orfandad e invalidez y a la conversión de estas últimas en prestaciones de vejez, por mandato expreso del artículo 43. El artículo 50 se refiere a la posibilidad de que el beneficiario de pensiones liquidadas en el marco del artículo 46 resida en uno de los Estados miembros que le adeuda una pensión y cuya legislación nacional establezca un complemento por mínimos. Este sujeto se beneficiará de tal complemento cuando la suma de todas las pensiones debidas con arreglo a las legislaciones de distintos Estados miembros no alcance el mínimo establecido en dicha legislación de residencia. Por su parte, el artículo 51, como se verá, se refiere a la revalorización y nuevo cálculo de las pensiones calculadas en el marco del capítulo III.

derive del incumplimiento del contenido material de la Ley nacional designada competente imperativamente. En este supuesto el legislador comunitario establece la aplicación subsidiaria de las Leyes nacionales concurrentes, recurriéndose a la cooperación interestatal para la determinación del orden de participación de tales legislaciones nacionales cuando exista más de una potencialmente aplicable.<sup>508</sup> Desde este punto de vista tuitivo, evitando un conflicto normativo negativo, podría contemplarse también el artículo 13.2.f) del Título II. Norma de conflicto que, como se estudiará en los epígrafes siguientes, estipula la competencia de la <lex loci domicilii>, cuando ninguna lex loci laboris resulte ya efectivamente aplicable al migrante. Asimismo, como se verá, siempre queda expedito el recurso a los acuerdos interestatales realizados en el marco del artículo 17, y que permiten designar una norma nacional competente distinta a la resultante de aplicar las normas de conflicto del Título II, cuando se considere que la excepción a sus prescripciones resulta más acorde a los intereses del migrante.

En este mismo sentido protector, en el marco del Título III también se emplean conexiones subsidiarias que desde el respeto al principio de unicidad, establecen la aplicación sucesiva de las normas nacionales donde el migrante estuvo afiliado en calidad de trabajador, cuando en el marco de la inicialmente competente no se consiga la cobertura pretendida, incluso después de emplear la técnica de la totalización. En este sentido, destaca, en primer lugar, el artículo 39.3 del R. 1408 que contiene una norma de conflicto ad-hoc donde se determina la ley nacional aplicable para el reconocimiento de una prestación de invalidez en el marco del capítulo II del Título III. En esta norma se estipula que cuando en el marco de la legislación de SS del Estado miembro al que está afiliado al producirse el hecho causante, el migrante no tiene derecho al reconocimiento de una prestación de invalidez; deberán aplicarse subsidiariamente la legislación de aquéllos Estados miembros donde el migrante haya estado afiliado previamente.<sup>509</sup> En

---

<sup>508</sup> Este artículo señala textualmente: “*si la legislación a la que una persona debiera quedar sometida conforme a los apartados 2 ó 3, no permite a dicha persona afiliarse, incluso con carácter voluntario, a un régimen de seguro de vejez, el interesado quedará sometido a la legislación del otro Estado miembro que le sería aplicable independientemente de estas disposiciones o, en caso de que las legislaciones de dos o varios Estados miembros le fuesen aplicables, a la legislación determinada de común acuerdo entre esos Estados miembros o entre sus autoridades competentes*”.

<sup>509</sup> La norma de conflicto comunitaria reclama la aplicación subsidiaria de las normas donde hubiera estado afiliado el interesado y que no hubieran sido designadas, a priori, en beneficio de aquella donde se produjo el hecho causante. El artículo 39.3 señala que: “*el interesado que, (pese a la totalización), no*

este mismo sentido, con el objeto de obtener la prestación pretendida se pueden destacar los artículos 77.2.b).ii) o el 78.2.b).ii del R. 1408 que, como se recordará, designan, respectivamente, la ley nacional competente para proceder al reconocimiento de prestaciones por hijos a cargo a favor de titulares de pensiones o prestaciones de orfandad.<sup>510</sup> En tales disposiciones tras el empleo de conexiones subsidiarias se trata de identificar a la legislación nacional donde surja el derecho a una prestación, recurriendo cuando sea preciso a la técnica de la totalización.<sup>511</sup>

Salvo el establecimiento de las mencionadas conexiones subsidiarias en las normas de conflicto comunitarias, mencionadas en los párrafos anteriores, no será posible recurrir a la aplicación del resto de normas nacionales concurrentes, para obtener prestaciones vía coordinación. Algunas dudas, no obstante, se plantean cuando el derecho a una prestación surge en una norma nacional, distinta de la competente, de forma autónoma; es decir, sin necesidad de aplicar técnicas comunitarias como la totalización. En este contexto, cabe preguntarse si las normas de conflicto comunitarias en el marco del principio de unicidad impiden el reconocimiento de tales prestaciones, o si bien el carácter tuitivo de la norma comunitaria y el principio de intangibilidad de los derechos nacionales autónomos, adquiridos en una norma nacional distinta de la competente permitirían tal consecuencia jurídica.

En este sentido ha de señalarse que el TJCE defendió en la década de los ochenta, tajantemente, el principio de unicidad impidiendo la aplicación de las normas nacionales concurrentes. Poniendo fin, de forma inconcusa, a la creencia de que la aplicación de otra norma nacional no competente era posible cuando en su seno se reconocieran derechos a prestaciones sin intervención de la normativa

---

*tenga derecho a las prestaciones se beneficiará de aquéllas a las que aún tenga derecho en virtud de la legislación de otro Estado miembro...*

<sup>510</sup> En ambos supuestos, las normas de conflicto mencionadas establecen una cláusula de cierre cuando en el Estado de residencia de los beneficiarios, cuya nacionalidad coincidiese con alguna de las legislaciones deudoras de pensiones o de aquéllas a las que hubiera estado sometido el causante, no se hubiese logrado el reconocimiento de las mencionadas prestaciones: *“si no tiene ningún derecho ante dicha legislación, se examinará qué derechos puede tener ante las legislaciones de los restantes Estados miembros afectados, siguiendo, en escala decreciente, el orden marcado por la distinta duración de los periodos de seguro o de residencia que haya cubierto bajo las legislaciones de tales Estados miembros”*.

<sup>511</sup> En defensa del principio de unicidad, el artículo 79.2 señala que sí en el marco de las normas de conflicto citadas, *“...resulten competentes varios Estados miembros por ser igual la duración de los periodos correspondientes en el sentido del artículo 77 o del artículo 78, según el caso, serán concedidas según la legislación del Estado miembro a la que el titular o el fallecido hubiera estado sometido en último lugar.”* Véase sobre la aplicación de esta normativa comunitaria la STJCE de 7-5-98 sobre el Asunto Gómez Rodríguez (C-113/96)

comunitaria.<sup>512</sup> Así se señaló en la STJCE de 12-6-1986 sobre el Asunto Ten Holder (302/84),<sup>513</sup> donde el TJCE apostaría por el principio de unicidad de ley aplicable en el marco de las normas de conflicto imperativas del Título II, sin considerarlo contrario al principio de intangibilidad de los derechos adquiridos en el marco de otra normativa nacional.<sup>514</sup> Esta postura que parece basarse en el carácter indirecto de las normas de conflicto comunitarias y en el principio de unicidad presente en el marco del Título II se reiteró en el apartado 15 de la STJCE sobre el asunto Luijten (60/85).<sup>515</sup> Pronunciándose en este mismo sentido la STJCE de 12-6-1986 sobre el Asunto Miethe (1/85) relativa, esta vez, a una norma de conflicto contenida en el Capítulo VI del Título III del R. 1408, con el objeto de designar la ley nacional competente para el reconocimiento de una prestación por desempleo. Como confirmó el TJCE, el artículo 71.1.a.ii) destinado a los trabajadores fronterizos en paro completo designaba como legislación nacional competente para el reconocimiento de una prestación por desempleo a la ley del lugar de residencia, siendo ésta la única aplicable.<sup>516</sup>

---

<sup>512</sup> Sobre la posibilidad de reconocimiento de prestaciones adicionales en el seno de sistemas de SS distintos del competente, cuando tal protección surgiese sin intervención de tal norma comunitaria. **RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel.** Op. cit. p. 277.

<sup>513</sup> En esta STJCE el TJCE denegó la aplicación de la normativa holandesa donde la Sra. Ten Holder tenía derecho a una prestación autónoma, considerando que seguía vinculada a la última normativa nacional de afiliación, la alemana. Declarando que: *“la determinación de la legislación de un Estado miembro como legislación aplicable a un trabajador por cuenta ajena, a tenor de lo previsto en el artículo 13 apartado 2, letra a) del Reglamento n° 1408/71, implica que únicamente se le puede aplicar la legislación de este Estado miembro”*

<sup>514</sup> En el apartado 22 de la STJCE Ten Holder se señaló que: *“este principio (el de unicidad) no contradice la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase en concreto la STJCE de 21-10-1975 Petroni 24/75) según la cual la aplicación del Reglamento N° 1408/71 no puede implicar la pérdida de los derechos adquiridos únicamente al amparo de una legislación nacional. Este principio, (el de intangibilidad) en efecto, no concierne a aquellas normas cuyo objeto es determinar la legislación aplicable, sino a las normas comunitarias que regulan la acumulación de prestaciones contempladas por las distintas legislaciones nacionales aplicables. Por lo tanto, este principio no puede interpretarse de manera que el interesado, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 13 apartado 1 del Reglamento n° 1408/71, pudiera estar obligatoria y simultáneamente cubierto por las legislaciones de varios Estados miembros, independientemente de las obligaciones de cotización o de otras cargas que eventualmente pudieran derivarse para el interesado.”*

<sup>515</sup> Asunto que versaba sobre un matrimonio holandés residente en Holanda, cuyo marido estaba afiliado como trabajador por cuenta propia al sistema de SS belga, a favor del cual pagaba cotizaciones. La Sra. Luijten obtuvo por el nacimiento de su hijo el derecho a prestaciones familiares holandesas basadas en su residencia. Sin embargo, al enterarse la institución holandesa de que el marido poseía derecho a subsidios familiares en el marco del sistema belga, norma nacional de afiliación competente a tenor de las normas de conflicto comunitarias, reclamó el reintegro de los subsidios abonados. El TJCE reiteró su postura defendida previamente señalando en su Fallo que: *“la determinación conforme a las palabras iniciales del artículo 13.2.b) del Reglamento n° 1408/71 (...) de la legislación de un Estado miembro como la aplicable a un trabajador por cuenta propia, da lugar a que dicha legislación sea la única aplicable”*.

No obstante, esta tendencia protectora de la aplicación de la ley nacional competente a título exclusivo fue matizada por el TJCE, de nuevo, en el marco del principio de intangibilidad de los derechos nacionales autónomos respecto de la norma comunitaria. Así, en un intento de impedir que el principio de unicidad fuera en detrimento de los derechos nacionales autónomos que respecto de ciertas contingencias asistían al migrante en el marco de una legislación distinta de la competente, se estableció que en su seno existía la obligación de abonar un <complemento>. Efectivamente, si en el marco de una legislación distinta de la competente se hubiera reconocido una prestación nacional autónoma, esto es, adquirida al margen de la totalización comunitaria, se debía abonar un <complemento diferencial> que se sumaba a la percepción de la prestación reconocida por el Estado competente.

Esta obligación fue recogida por el R.1408 en su artículo 76 respecto de las prestaciones familiares,<sup>517</sup> existiendo asimismo respecto de los subsidios por hijos a cargo de pensionistas y de las pensiones de orfandad, esta vez al amparo de la jurisprudencia del TJCE.<sup>518</sup> En el marco de esta manifestación del principio de

---

<sup>516</sup> La aplicación de la <lex loci domicilii> era una excepción a la norma de conflicto general que consideraba competente para el reconocimiento de prestaciones por desempleo a la legislación del Estado donde el migrante estuvo empleado en último lugar o cubrió períodos de seguro. Se trataba de dilucidar si el Sr. Miethe era trabajador fronterizo y destinatario del artículo 71.1.a)ii) o por el contrario en su condición de trabajador común en desempleo total le asistía el derecho de opción entre las legislaciones del Estado de empleo y el de residencia que estipulaba el propio artículo 71.b).ii). El TJCE se decantó por la primera opción señalando que el artículo citado *“debe interpretarse en el sentido de que un trabajador fronterizo en paro total, incluido en el ámbito de esta disposición, puede pretender, exclusivamente, las prestaciones del Estado miembro de residencia, aún cuando reúna los requisitos exigidos por la legislación del Estado miembro del último empleo para tener derecho a prestaciones.”* Como se señala en el apartado 35 de la STJCE de 15-3-2001 sobre el asunto Laet (C-444/98) esta conexión no entra en juego en supuesto de paro parcial, pues la *lex loci domicilii* sólo se aplica cuando el trabajador fronterizo ha dejado de tener vínculos con el Estado miembro competente y se encuentra en paro total

<sup>517</sup> Véase el artículo 76 del R. 1408 y los Reglamentos N° 2332/89 de 18-7-1989 y N° 3427/89 de 1-5-1990 que modificaron el R. 1408.

<sup>518</sup> Véase STJCE de 6-3-1979 sobre el Asunto Rossi (100/78) confirmada por la de 24-11-1983 sobre el Asunto D’Amario (320/82) y la STJCE de 11-6-1991 sobre el Asunto Athanasopoulos (C-251/89) donde se establece de forma diáfana la obligación de abonar el complemento diferencial en el supuesto de que *“...la cuantía de las prestaciones abonadas por el Estado miembro de residencia sea inferior a la cuantía de las prestaciones abonables por otro Estado miembro, el pensionista, o el huérfano del trabajador fallecido, tiene derecho a percibir, de la institución competente del último Estado miembro, una prestación complementaria equivalente a la diferencia entre las dos cuantías mencionadas, aunque en virtud de la legislación de ese Estado la concesión de las prestaciones esté sometida a la condición de que tanto el solicitante, como el hijo del derechohabiente residan dentro de su territorio nacional.”* Esta última STJCE se menciona como crucial en la Decisión N° 150 de la CASSTM de 26-6-1992 (DO N° C 229 de 25-8-1993) donde se desarrolla prolijamente la aplicación del complemento. Véase también el Fallo de la STJCE de 27-2-1997 sobre el asunto Bastos Moriana (59/95) e insistiendo y ratificando tal jurisprudencia las Conclusiones del Abogado General sobre el Asunto Martínez Domínguez y otros (C-471/99) presentadas el 7-2-2002

intangibilidad de los derechos nacionales autónomos, se estableció que cuando la prestación nacional autónoma fuese superior a la reconocida en el Estado competente, se suspendía parcialmente el abono de la primera cuya cuantía, a modo de complemento, ascendería a la diferencia existente entre ambas prestaciones. Esta quiebra del principio de unicidad<sup>519</sup> que genera la acumulación parcial de las prestaciones asociadas a las contingencias mencionadas, trata de garantizar que el beneficiario perciba la prestación más elevada a la que hubiera tenido derecho en ausencia de las normas de conflicto comunitarias.

El complemento diferencial de las prestaciones familiares cuenta con el beneplácito del TJCE como puso de manifiesto, la Sentencia de 9-12-1992 sobre el Asunto Una McMnamin (C-119/91).<sup>520</sup> Donde el Alto Tribunal consideró que el principio de unicidad de ley aplicable a título exclusivo sólo se recogía de forma diáfana en el Título II,<sup>521</sup> pudiendo exceptuarse en el marco de las normas de conflicto específicas del Título III. En este sentido, no resultaba contrario al Derecho comunitario que el artículo 76 estableciese junto a la competencia de la norma nacional de afiliación en calidad de trabajador, en cuyo seno se puede totalizar y reconocer una prestación completa; la obligación de otra norma nacional distinta de complementar la cuantía de la anterior prestación. Desde esta perspectiva se podría entender que el artículo 76 establece la competencia de dos normas nacionales, atribuyendo a cada una de ellas distintos roles, cuyo objetivo último es el de proteger los intereses del migrante y la intangibilidad de sus derechos nacionales autónomos.

---

<sup>519</sup> Véase VAN RAEPENBUSCH, Sean. *Seguridad...* op. cit. P.330.

<sup>520</sup> El asunto versaba sobre un matrimonio de nacionalidad comunitaria residente en Irlanda, el marido trabajaba en Irlanda y la Sra. McMnamin se desplazaba todos los días laborables al Reino Unido donde trabajaba como profesora. La Sra. McMnamin solicitó prestaciones familiares en este último Estado miembro que planteó una cuestión prejudicial preguntando básicamente ¿cuál es el Estado miembro deudor de las prestaciones familiares en el caso de que una madre de familia pertenezca a la categoría de los trabajadores fronterizos y su marido sea trabajador por cuenta ajena en el Estado de residencia de la familia?. El TJCE contestaría en el Fallo que “*el ejercicio de una actividad profesional en el Estado miembro de residencia de los hijos por parte de quien tenga su custodia y, más particularmente, por parte del cónyuge del beneficiario mencionado en el artículo 73 del Reglamento n° 1408/71 (...) suspende con arreglo al artículo 10 del Reglamento n° 574/72 (...) el derecho a las asignaciones previstas en el artículo 73 (...) hasta alcanzar el importe de las asignaciones de igual naturaleza efectivamente abonadas por el Estado de residencia, y ello con independencia de quien sea el beneficiario directo de las asignaciones familiares designado por la legislación del Estado de residencia*”.

<sup>521</sup> Véase en este sentido PENNING, F. *Introduction...* ed.98. op. cit. p. 71 nota a pie de página 2.

A modo de resumen del rasgo de unicidad se puede señalar, que está presente en el marco de las normas de conflicto tanto del Título II, como en las relativas a la designación de la normativa competente para ofrecer cobertura al migrante, concentradas en el Título III. En el marco del Título II este principio se reconoce expresamente en el artículo 13.1, donde se recoge su norma de conflicto general, respetándose, salvo escasas excepciones expresas, por las restantes normas de conflicto siempre con el objetivo de impedir básicamente el peligro de la doble cotización. En el marco de las normas de conflicto del Título III también prima la unicidad, esta vez, con el objeto de salvaguardar la simplicidad administrativa y evitar el cúmulo de prestaciones destinadas a la cobertura de la misma contingencia. No obstante, este principio se exceptúa, por un lado, respecto de las pensiones coordinadas en el marco del capítulo III del Título III donde se establece la competencia concomitante de todas las legislaciones nacionales a las que estuvo vinculado el migrante. Por otro lado, respecto de las prestaciones familiares se establece la aplicación de una segunda norma nacional distinta de la competente y que debe complementar la prestación reconocida por esta última, cuando en su seno exista un derecho nacional de cuantía superior. En ambos supuestos, con el fin de evitar el cúmulo abusivo de prestaciones el legislador comunitario incide sobre la determinación del monto de estas prestaciones. En efecto, respecto de las pensiones se establece un procedimiento de cálculo que, en ocasiones, obliga a la utilización de la técnica de prorrata temporis asociada al empleo previo de la totalización. En cuanto a las prestaciones familiares, como se ha señalado, la prestación principal reconocida, en su caso, vía totalización es complementada por la institución que reconoció la prestación nacional autónoma de cuantía superior, por un monto equivalente a la diferencia existente entre ambas.

#### **IV.- EL TÍTULO II DEL R. 1408: PERSPECTIVA GENERAL.**

Como se anunciaba, en este epígrafe se estudia el Título II del R.1408, desde una perspectiva general que precede al análisis de todas y cada una de las específicas normas de conflicto en él establecidas, objeto del epígrafe siguiente. Desde este punto de vista general se abordan las siguientes materias atinentes al Título II, en primer lugar, el ámbito subjetivo de aplicación de dicho Título en el marco del ámbito general del R. 1408; en segundo lugar, las disposiciones establecidas en su seno respecto del aseguramiento voluntario del migrante; en tercer lugar, el artículo 17 del R.1408 como posible excepción a todas las normas de conflicto del Título II; estudiándose, por último, la idoneidad de la *lex loci laboris* como conexión principal o norma competente establecida con carácter general en el marco de dicho Título.

##### **IV-1.-AMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL TITULO II DEL R.1408.**

El Título II comienza en el artículo 13.1 que en calidad de norma de conflicto general establece expresamente la aplicación de la legislación de un único Estado miembro a *“las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento”*. Expresión con la que parece aludir, en principio, a todos los sujetos mencionados en el artículo 2 del R.1408 e incluidos, por tanto, en su ámbito subjetivo. Sin embargo, esta primera impresión debe ser corregida, pues a tenor de todas las normas de conflicto del Título II, especialmente las contenidas en los restantes apartados del artículo 13, se puede afirmar que dicho Título está destinado únicamente a determinar la legislación competente para la afiliación de aquellas personas que ejercen *“una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia”*.<sup>522</sup> Ambos términos, empleados reiteradamente en el Título II, han sido definidos, por primera vez por el TJCE, en las Sentencias de 30-1-1997 sobre los Asuntos de Jaeck (C-340/94) y Hervein (C-25/95.) Considerando el Alto Tribunal que las personas que ejercen una actividad por cuenta ajena o propia a las que se refiere el Título II debían asimilarse a los conceptos comunitarios de <trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia>.<sup>523</sup> Retomando los rasgos fundamentales del concepto de

---

<sup>522</sup> Esta reducción respecto del ámbito general resultaba más clara en la antigua redacción del artículo 13 del R.1408, donde se mencionaba expresamente a los trabajadores como únicos destinatarios. Este artículo fue modificado, como se verá, con ocasión de la aprobación del Reglamento (CEE) N° 2195/91 del Consejo de 25-6-1991 DO L 206/1992.

<sup>523</sup> Como se señala en los apartados 20 a 23 de la STJCE sobre el Asunto De Jaeck (C-340/94) y 18 a 22 sobre el Asunto Hervein (C-25/95) *“...se desprende que el Título II contempla, en particular, a los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia a los que se refiere el apartado 1 del artículo 1 del Reglamento, tal como están definidos por la letra a) de su artículo 1. En estas*



trabajador comunitario, se puede afirmar que los sujetos que ejerzan una actividad por cuenta ajena y propia, destinatarios de las normas del Título II, son aquéllos sujetos que sean nacionales comunitarios y que estén asegurados en calidad de trabajadores a un sistema nacional de SS, obligatoria o voluntariamente.<sup>524</sup>

En este sentido, se puede concluir que en términos generales, como premisa para la aplicación del Título II, resulta imprescindible constatar que el sujeto que lo solicita realiza una actividad por cuenta ajena o propia. Definiéndose éstas, a tenor de la STJCE Hervein, como "*...las actividades que están consideradas como tales a efectos de la aplicación en materia de SS del Estado miembro en cuyo territorio se ejercen dichas actividades*". En efecto, tal calificación deberá provenir de la legislación de SS del Estado donde se realizan las actividades por cuenta propia o ajena. Pudiéndose constatar que el trabajador destinatario del Título II, es un subtipo del trabajador incluido en el ámbito general del R. 1408, pues ha de poseer el carácter de migrante, esto es, debe haberse desplazado con una finalidad profesional. La <profesionalización> del aseguramiento y del propio desplazamiento del trabajador son consecuencia directa de la <ratio legis> de estas disposiciones que pretenden la solución conflictos normativos, respecto de la afiliación de estos colectivos. Conflictos que tan sólo surgen en el marco de una migración o cuando la residencia del interesado y el lugar donde desempeña su actividad profesional no coinciden.

Junto al trabajador migrante en activo, destinatario por antonomasia de las normas del Título II, la aprobación del Reglamento 2195/91, como consecuencia de cierta jurisprudencia del TJCE, supuso la incorporación al ámbito subjetivo del mismo, de otros dos tipos de trabajador. En efecto, dicho Reglamento incluyó sendas normas de conflicto ad-hoc, que se estudiarán en su epígrafe correspondiente, y que están destinadas a sujetos que, aunque considerados trabajadores en el sentido de la norma de coordinación, habían sido excluidos de la aplicación de las disposiciones del Título II por sus características específicas. En primer lugar, se introdujo el nuevo artículo 17 bis,

---

*circunstancias aunque es cierto que las disposiciones del Título II se refieren literalmente a las personas que ejercen una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, una interpretación lógica y coherente del ámbito de aplicación personal del Reglamento y del sistema de normas de conflicto de leyes que establece exige interpretar los conceptos controvertidos del Título II del Reglamento a la luz de las definiciones de la letra a) de su artículo 1."*

<sup>524</sup> Debe recordarse que en el marco de la afiliación obligatoria se consideraba trabajador al sujeto que aunque no estuviese asegurado formal o efectivamente, cumplía, no obstante, desde un punto de vista material exigidos por la legislación nacional designada competente.

relativo a la obligación de cotizar de los pensionistas,<sup>525</sup> o beneficiarios de prestaciones dimanantes de su afiliación previa en calidad de trabajador.<sup>526</sup> En segundo lugar, el mencionado Reglamento introdujo en el ámbito subjetivo del Título II a los que se denominarán <post-activos>, que serán los destinatarios de una norma de conflicto específica: el artículo 13.2 f).<sup>527</sup> Con este término se pretende englobar a aquellos sujetos considerados trabajadores en el marco del R.1408, en virtud de un aseguramiento previo en tal calidad y cuya peculiaridad estriba en que la legislación de dicho Estado deja de serle aplicable; normalmente, por haber cesado en su actividad profesional temporal o definitivamente.<sup>528</sup> Estos sujetos cuando no estén afiliados a ninguna *lex loci laboris*, en virtud de esta nueva norma de conflicto, quedarán vinculados a la *lex loci domicilii*.

La calificación de un sujeto como trabajador incluido en el ámbito subjetivo del R. 1408 permite la aplicación del Título II, en cuyo marco se produce, normalmente, la designación de una única norma nacional competente. Como se verá, las normas de conflicto del Título II no han de designar como legislación nacional competente aquella donde se calificó, de forma preliminar, al interesado como trabajador en virtud del aseguramiento, real o potencial, en su seno. En efecto, el nacimiento de la relación de afiliación de un trabajador migrante en el marco de la coordinación sigue los siguientes pasos. En primer lugar, como cuestión previa debe determinarse si el interesado “*está incluido dentro del ámbito de aplicación personal del Reglamento (Título I); en caso afirmativo, cuál es la legislación que le es aplicable (Título II), pudiendo ésta ser distinta de aquella que ha servido para calificarlo como trabajador por cuenta ajena o*

---

<sup>525</sup> Como se verá fue una consecuencia de la STJCE de 21-2-1991 sobre el Asunto Noij (C-140/88), donde el TJCE se oponía a que los pensionistas comunitarios que ejercieran su derecho a la libre circulación se vieran afectados por una doble cotización.

<sup>526</sup> Como señala el apartado 4 de la STJCE de 31-5-1979 sobre el Asunto Pierik II (182/78), estos sujetos son objeto de “... *las disposiciones del Reglamento relativo a los <trabajadores> a no ser que hayan sido objeto de regulación específica adoptada respecto de ellos*”.

<sup>527</sup> Basándome en la expresión inglesa “*post-active persons*” utilizada a su vez por **PENNINGS, Frans**, op. cit. 2 ed. P. 76, para referirse a este colectivo.

<sup>528</sup> Como se pondrá de manifiesto, el legislador comunitario procederá a regular la Ley aplicable a este colectivo en el Título II del Reglamento, movido por cierta jurisprudencia del TJCE iniciada con la STJCE de 12-6-1986 sobre el Asunto Ten Holder (302/84). STJCE a la que seguirían otros pronunciamientos que se analizarán con detenimiento en sus epígrafes correspondientes: la STJCE de 21-2-1991 sobre el Asunto Daalmeijer (C-245/88), la STJCE de 21-2-1991 sobre el Asunto Noij (C-140/88), la STJCE de 28-11-91 sobre el Asunto Comisión v. Países Bajos (C-198/90) y la STJCE de 16-1-1992 sobre el Asunto Comisión v. Francia 16-1-1992 (C-57/90).

*por cuenta propia, y por último, si esta legislación tiene asegurado al interesado como trabajador por cuenta ajena, por cuenta propia o sin asegurar”.*<sup>529</sup>

De todo lo expuesto se puede afirmar que la relación de afiliación relevante en el ámbito comunitario está <profesionalizada>, pues es preciso para poner en marcha la maquinaria coordinadora y la consiguiente aplicación del Título II, la calificación previa como trabajador comunitario por cuenta ajena o propia de quien lo solicita. Dependiendo la efectiva afiliación al sistema designado del cumplimiento de los requisitos materiales establecidos en la norma nacional competente, será en el mismo marco nacional donde en caso afirmativo se decida sobre su encuadramiento en el régimen que se considere oportuno como trabajador por cuenta ajena o propia. En definitiva, y como señala la Comisión, hasta el *“momento de aplicar el Título II no es posible todavía saber si, a los efectos de la aplicación de las disposiciones del Reglamento, el interesado va a ser clasificado como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia”*.<sup>530</sup>

En lo que respecta al resto de sujetos incluidos en el ámbito subjetivo general de la coordinación descrito en el artículo 2 del R.1408, en primer lugar, hay que reiterar, la imposibilidad de aplicar el Título II a los estudiantes, que carecen de una norma de conflicto ad-hoc, no profesionalizada, en su seno. En segundo lugar, tampoco resultan incluidos en el ámbito personal del Título II supervivientes y familiares de nacionalidad extracomunitaria aunque estuvieran afiliados en calidad de trabajadores al sistema de SS de un Estado miembro<sup>531</sup>. La exclusión de estos sujetos del Título II se mantiene a pesar de la STJCE dictada el 30-4-1996 sobre el Asunto Cabanis (C-308/93) que, como es sabido, les permitía prevalerse de algunas disposiciones de la normativa de

---

<sup>529</sup> Alegaciones realizadas por la Comisión al caso Hervein (C-221-95) y recogidas por el Abogado General en el punto 19 de sus Conclusiones.

<sup>530</sup> La Comisión pone como ejemplo de esta afirmación el caso *“de una persona que ejerza una actividad por cuenta propia en un Estado miembro y que, por aplicación de las reglas de conflicto, esté sometida únicamente a la legislación de SS de otro Estado miembro en el que ejerce una actividad por cuenta ajena, en cuyo caso no podrá ya ser considerado como trabajador por cuenta propia para la aplicación de las otras disposiciones del Reglamento”*. Véase en este sentido el apartado 19 de las Conclusiones del Abogado General, Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, al Asunto Hervein (C-221/95) donde se refleja la posición de la Comisión en el marco del Asunto de Jaeck (C-340/94). La opinión de la Comisión contará con el apoyo del Abogado General, tal y como se refleja en el apartado 25 de sus Conclusiones.

<sup>531</sup> En otras palabras se trataba de dilucidar si, por ejemplo, una trabajadora polaca, esposa de un trabajador migrante español, podría beneficiarse de las normas del Título II en el supuesto de ser desplazada por su empresa a otro Estado miembro. En efecto, la aplicación de la normativa comunitaria sobre esta materia impediría, por ejemplo, que se pudiera exigir la afiliación al efectivo Estado de empleo durante escasos periodos al mantenerse la afiliación española durante tales desplazamientos.

coordinación, como el principio de igualdad, con un motivo distinto a la obtención de dichos derechos derivados.<sup>532</sup> Sin embargo, las disposiciones de este Título II, al igual que sucede con las disposiciones del Título III sobre coordinación de las prestaciones destinadas a la cobertura de la contingencia de desempleo, quedan circunscritas a los trabajadores en el sentido comunitario del término; siendo uno de los requisitos definatorios de dichos sujetos, que ostenten la nacionalidad de uno de los Estados miembros.<sup>533</sup>

#### **IV-2.- AFILIACION VOLUNTARIA EN EL MARCO DE LA COORDINACIÓN**

Las normas de conflicto del Título II que se estudian en los siguientes epígrafes designan la legislación o legislaciones nacionales competentes para exigir la afiliación obligatoria y subsiguiente cotización del migrante. La normativa nacional competente se aplica a título exclusivo, impidiendo que tales obligaciones pudieran ser impuestas por una legislación distinta a la designada competente. Sin embargo, nada impide que el migrante opte por vincularse a un sistema nacional de SS de forma voluntaria.<sup>534</sup>

El artículo 9 del Título I del R.1408 se refiere al seguro voluntario siempre con el objeto de favorecer el acceso al mismo del migrante.<sup>535</sup> Efectivamente, el primer apartado del artículo 9 impide que el legislador nacional exija para asegurar voluntariamente a un sujeto un requisito de residencia en su territorio, siempre y cuando haya existido una afiliación previa a la legislación de SS de ese Estado miembro en calidad de trabajador. El apartado segundo establece, por su parte, la posibilidad de

---

<sup>532</sup> Véase apartado 33 la STJCE de 10-10-1996 sobre los asuntos Hoefer y Zachow (C-254/94 y C-312/94) o la STJCE de 25-6-1997 sobre el Asunto Mora Romero (C-131/96). Respecto del primer asunto véase **PENNINGS, Frans. Introduction...** op. cit. ed.98. p. 51

<sup>533</sup> La vigencia de la doctrina Kermaschek respecto de las disposiciones del R. 1408 que coordinación la contingencia fue defendida en la propia STJCE Cabanis, confirmando tal postura de forma inconcusa en el Fallo de la STJCE de 25-10-01 sobre el Asunto Ruhr (C-189/00).

<sup>534</sup> En <la Propuesta> persiste, a tenor de su artículo 11 la posibilidad de que concurra un aseguramiento obligatorio con uno voluntario.

<sup>535</sup> “1. Las disposiciones de la legislación de un Estado miembro que subordinen la admisión al seguro voluntario o facultativo continuado a la residencia en el territorio de ese Estado, no afectarán a las personas que residan en el territorio de otro Estado miembro, siempre que hayan estado sometidas, en un momento cualquiera de su carrera en el pasado a la legislación del primer Estado en calidad de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia. 2. Si la legislación de un Estado miembro subordina la admisión al seguro voluntario o facultativo continuado al requisito de haber cubierto periodos de seguro, los periodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro se tomarán en cuenta, en la medida necesaria, como si se tratara de periodos de seguro cubiertos bajo la legislación del primer Estado.”

recurrir a la totalización de períodos de seguro o de residencia extranjeros, cuando en el marco de la legislación nacional escogida por el migrante para su aseguramiento voluntario, se exigiese para su admisión el cumplimiento en su seno de tales períodos. Totalización que sólo procederá cuando se hayan cumplido períodos de seguro en dicho Estado miembro como consecuencia de una afiliación obligatoria previa en calidad de trabajador.<sup>536</sup> Hay que señalar que el legislador comunitario sólo reconoce en este apartado segundo la totalización, de manera que no se puede obligar a la institución competente de la legislación donde se pretende el aseguramiento voluntario a que realice otras asimilaciones de condiciones distintas a la mencionada.<sup>537</sup>

Ya en el marco del Título II del R. 1408 el artículo 15 establece el papel de las normas de conflicto comunitarias, que se estudian en los epígrafes siguientes, respecto del aseguramiento voluntario.<sup>538</sup> A tenor del primer apartado del mencionado artículo se puede afirmar que las normas de conflicto del Título II no se aplican al seguro voluntario, efectivamente sólo se recurrirá a tales normas cuando en la legislación nacional designada competente sólo se estipule la afiliación voluntaria respecto de alguna de las contingencias incluidas en el ámbito objetivo de aplicación del R. 1408.

---

<sup>536</sup> Así lo puso de manifiesto en la STJCE de 27-1-1981 sobre el asunto Vigier (70/80), donde se señaló que: “...el apartado 2 del artículo 9 debe interpretarse en el sentido de que no exige a una institución de seguro social de un Estado miembro tener en cuenta períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de otro Estado miembro si el trabajador en cuestión nunca ha pagado, en el primer Estado miembro, la cotización que exige la ley con el fin de adquirir la condición de asegurado en virtud de la legislación de ese Estado miembro.”

<sup>537</sup> Véase la STJCE de 20-10-1993 sobre el Asunto Baglieri (C-297/92) donde se señala que el artículo 9.2 del R.1408: “No impone a un Estado miembro la obligación de admitir la afiliación a sus regímenes de SS a las personas que hayan estado obligatoriamente afiliadas en otro Estado miembro y que no reúnan los requisitos de afiliación a dichos regímenes en el primer Estado. (...) La legislación comunitaria tampoco impone a un Estado miembro cuya legislación permite a sus nacionales que han trabajado en un tercer Estado afiliarse al régimen de SS, aplicar el mismo trato a sus nacionales que han trabajado en otro Estado miembro.”

<sup>538</sup> “1.- Los artículos 13 al 14 quinquies no serán aplicables en materia de seguro voluntario o facultativo continuado, salvo cuando para alguna de las ramas enunciadas en el artículo 4 no exista en un Estado miembro más que régimen de seguro voluntario.

“2.- En el caso en que la aplicación de las legislaciones de dos o varios Estados miembros entrañe la acumulación de afiliación:

- a un régimen de seguro obligatorio y a uno o varios regímenes de seguro voluntario o facultativo continuado, el interesado estará sujeto exclusivamente al régimen de seguro obligatorio;

- a dos o varios regímenes de seguro voluntario o facultativo continuado, el interesado sólo podrá ser admitido al régimen de seguro voluntario o facultativo continuado por el que haya optado.

3.- No obstante, en materia de invalidez, de vejez y de muerte (pensiones), el interesado podrá ser admitido al seguro voluntario o facultativo continuado de un Estado miembro, incluso cuando está obligatoriamente sujeto a la legislación de otro Estado miembro, en la medida en que esa acumulación esté admitida explícita o implícitamente en el primer Estado miembro (donde está afiliado voluntariamente)”

En otras palabras, cuando en la norma nacional designada competente se establezca la afiliación obligatoria del interesado respecto de todas las contingencias mencionadas en el artículo 4.1 del R. 1408, el aseguramiento voluntario se realizará al margen de las normas de conflicto en el marco del sistema nacional que decida el trabajador migrante.

El segundo apartado del artículo 15 alude a la posibilidad de que, como consecuencia de la aplicación de las normas de conflicto del Título II, se produzca la designación de varias normas nacionales competentes, surgiendo simultáneamente una relación jurídica de afiliación en el marco de dichos sistemas. El supuesto descrito sólo puede derivar de la aplicación de los artículos 14 quater. b) y 14 septies en cuyo marco, como se verá, se estipula la aplicación simultánea de dos normas nacionales competentes para la afiliación obligatoria del migrante. El artículo 15.2 restablece la unicidad de Ley nacional aplicable, priorizando el vínculo con uno de los sistemas nacionales de SS. En efecto, en primer lugar, estipula la aplicación exclusiva de la legislación del Estado que impone el seguro obligatorio, en detrimento de aquéllos sistemas que sólo establecen la afiliación voluntaria a su sistema. En segundo lugar, si la concurrencia es entre este último tipo de legislaciones, donde sólo existe la posibilidad de asegurarse voluntariamente, el legislador comunitario deja en manos de la autonomía de la voluntad del trabajador migrante la elección de la legislación en la que exclusivamente puede ser admitido.

Por último, en el apartado tercero del artículo 15 del R.1408 se exceptúa lo establecido en el apartado anterior permitiendo que la afiliación voluntaria a un sistema nacional competente, concorra con la afiliación voluntaria u obligatoria a otro sistema nacional también designado competente a tenor de las normas de conflicto establecidas en el Título II. El artículo 15.3 supedita esta doble afiliación voluntaria-obligatoria al cumplimiento se cumplan dos requisitos: en primer lugar, que el aseguramiento voluntario esté dirigido a la cobertura de las ramas de invalidez, vejez y muerte; y, en segundo lugar, que la legislación del Estado donde se haya producido tal aseguramiento voluntario prevea, explícita o tácitamente, la posibilidad de afiliación simultánea a la legislación de otro Estado miembro.<sup>539</sup>

---

<sup>539</sup> En este sentido, en nuestro país la disposición adicional primera de la TGLTSS tan sólo se permite la suscripción de Convenios especiales de protección de los migrantes españoles en “...*los casos en que no existan Convenios o, por cualquier causa o circunstancia, éstos no cubran determinadas prestaciones de la SS, el Gobierno, mediante las disposiciones correspondientes extenderá su acción protectora en la materia tanto a los emigrantes como a sus familiares residentes en España.*” Sin embargo, incomprensiblemente, al amparo de las citadas normas y del RD 996/1986 de 25 abril; la TGSS suscribe

Hay que señalar, que ambos requisitos encuentran su justificación en los artículos del R. 574 destinados a establecer normas sobre totalización de los períodos de seguro voluntario cuando se superponen con los cumplidos obligatoriamente. En efecto, a tenor del artículo 15.1.b) del R. 574 donde se establecen las reglas generales sobre aplicación práctica de la técnica de la totalización se señala que:

*“Cuando algún período de seguro o de residencia cubierto en el marco de un seguro obligatorio bajo la legislación de un Estado miembro, coincida con un período de seguro cubierto en el marco de un seguro voluntario o facultativo continuado bajo la legislación de otro Estado miembro, sólo se computará el período cubierto en el marco del seguro obligatorio”.*

La disposición transcrita es taxativa, estableciendo en el supuesto de superposición de períodos de seguro voluntarios y obligatorios, el cómputo exclusivo de estos últimos.<sup>540</sup> De tal disposición se puede deducir que, vía normativa comunitaria de coordinación, la afiliación voluntaria concurrente con una afiliación obligatoria en otro Estado miembro no genera beneficios para el migrante. En efecto, estos períodos de seguro voluntarios no se podrán totalizar y solamente tendrán relevancia cuando en el marco de la norma nacional donde fueron cumplidos se generen gracias a ellos derechos autónomos a prestaciones. Prestaciones autónomas que, como se verá en el siguiente capítulo de este trabajo, están protegidas por el legislador comunitario de la aplicación de la normativa nacional anticúmulo.<sup>541</sup>

No obstante, hay que señalar que el legislador comunitario en el artículo 46 del R. 574<sup>542</sup> establece una norma que conecta con el artículo 15.3 del R. 1408, ya transcrito, y la posibilidad que éste brinda de asegurarse voluntariamente para la

---

este tipo de Convenios a favor de trabajadores migrantes comunitarios que simultáneamente están asegurados obligatoriamente en otro Estado miembro, como consecuencia de la aplicación de las normas de conflicto comunitarias del Título II del R.1408 que les es aplicable.

<sup>540</sup> Así sucede, por ejemplo, respecto de los períodos de seguro cumplidos por el migrante en el marco de los Convenios especiales firmados con la TGSS, que no podrán ser totalizadas, al amparo de la normativa de coordinación, por ejemplo para el reconocimiento de una pensión de jubilación, cuando dichas cotizaciones se superpongan a los períodos de seguro de afiliación obligatoria acreditados en otro Estado miembro cuya legislación nacional fue designada competente a tenor de las normas de conflicto del Título II del R. 1408.

<sup>541</sup> Véase en el capítulo siguiente de este trabajo el comentario del artículo 46 bis.3.c) del R. 1408 se donde establece que las normas nacionales anticúmulo no pueden tomar *“...en consideración el importe de las prestaciones adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro y que se haya abonado sobre la base de un seguro voluntario o facultativo continuado”.*

<sup>542</sup> Disposición modificada por el Reglamento 1248/92 del Consejo de 30 de abril de 1992 (DO N° L 136 de 19-5-1992, p.28)

cobertura de pensiones, mientras se está simultáneamente afiliado obligatoriamente al sistema de SS de otro Estado miembro. En efecto, el artículo 46 del R. 574 considerando la imposibilidad de totalizar tales períodos de seguro voluntario en virtud del artículo 15.1.b) del R. 574, establece una norma ad-hoc que se enmarca en el complejo procedimiento comunitario de cálculo de pensiones de invalidez, vejez y muerte, regulado en el capítulo III del Título III del R. 1408. El legislador establece que tales períodos de seguro voluntarios, no totalizados, tendrán una repercusión positiva sobre la cuantía de las pensiones calculadas en el marco del R. 1408, pues se deben abonar ciertas cantidades incrementando, concretamente, la pensión comunitaria prorrateada.

Efectivamente, del tenor del artículo 46 del R. 574 se deduce que la legislación nacional que permita el aseguramiento voluntario al que se refiere el artículo 15.3 del R. 1408, deberá prever un mecanismo de valoración cuantitativa de tales períodos de cotización voluntaria para incrementar las pensiones calculadas en el marco del capítulo III del Título III del mismo.<sup>543</sup>

#### **IV-3.- EL ARTÍCULO 17 DEL R.1408 COMO EXCEPCION A LAS NORMAS DE CONFLICTO DEL TITULO II.**

Antes de estudiar las normas de conflicto del Título II conviene analizar el artículo 17 del R.1408, donde se establece la posibilidad de exceptuar todas ellas:

*“Dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados o los organismos designados por dichas autoridades podrán prever de común acuerdo y en beneficio de determinadas categorías de personas o de determinadas personas, excepciones a las disposiciones de los artículos 13 a 16.”*

En efecto, a tenor del artículo 17 del R. 1408 los Estados miembros pueden celebrar acuerdos entre ellos, con el objetivo de exceptuar las prescripciones de todas las normas de conflicto contenidas en los artículos del Título II que le preceden, dejándolas sin efecto mediante esta manifestación de la voluntad interestatal. El único requisito que establece la citada disposición para considerar correctos tales acuerdos es

---

<sup>543</sup> Sin embargo, en el sistema español, que como se señalaba se está permitiendo el aseguramiento voluntario, mediante convenios con la TGSS, de trabajadores migrantes simultáneamente afiliados obligatoriamente al sistema de SS de otro Estado miembro, estos períodos de seguro voluntarios no se computan en el sentido descrito por el artículo 46 del R. 574. Dada la nula cobertura que, vía coordinación, proporcionan estos Convenios al migrante, tal vez sería más acertado impedir su suscripción con aquéllos sujetos que, en virtud de la aplicación del R. 1408, están afiliados obligatoriamente a la legislación nacional de otro Estado miembro.



que preserven su finalidad tuitiva, pues como dice textualmente dicha disposición deben realizarse en beneficio “... *de determinadas categorías de personas o de determinadas personas*”.<sup>544</sup> Dentro del término <personas> se deben entender comprendidos todos los destinatarios de las normas de conflicto del Título II, incluidos los post-activos, pues los beneficiarios de este tipo de acuerdos no han de desarrollar necesariamente una actividad profesional.<sup>545</sup> Sin embargo, debe destacarse que no se pueden considerar incluidos bajo el término <personas>: ni los empresarios ni las propias instituciones nacionales de SS; sujetos a favor de los cuyos intereses propios, obviamente, no se pueden realizar este tipo de acuerdos.<sup>546</sup>

Respecto de lo que haya de entenderse beneficioso para el trabajador hay que señalar que estos acuerdos, por ejemplo, suelen impedir la doble cotización a través de la designación de una única legislación como aplicable; favoreciendo, como fin último, la libertad de circulación del trabajador.<sup>547</sup> En muchas ocasiones, el interés del trabajador migrante resulta patente, pues se manifiesta en el marco de una fase previa a la firma del acuerdo; de hecho la mayoría de los mismos se suscriben a iniciativa del trabajador afectado. Hay que señalar que, en el caso de trabajadores por cuenta ajena su voluntad pudo quedar reflejada en un acuerdo privado entre empresario y trabajador que se somete, a continuación, a la aprobación de un acuerdo entre las instituciones de los Estados miembros implicados.

---

<sup>544</sup> Esta diferenciación entre: categorías de personas o determinadas personas, ha generado en España una distribución competencial entre las instituciones que realizan este tipo de acuerdos. En efecto, cuando estos acuerdos posean un carácter individual, es decir, afecten a un único trabajador la institución competente será la propia Tesorería General de la SS; sin embargo, cuando hagan referencia a una pluralidad de trabajadores o a colectivos concretos que se prevé que merecen un trato diferenciado continuado en el seno del artículo 17; la institución competente será una Subdirección General de Relaciones Sociales Internacionales, perteneciente a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Este organismo que antes era una Oficina independiente de relaciones internacionales (la denominada ORSI) ha realizado numerosos acuerdos colectivos, en su mayoría conectados con trabajadores destacados. Entre estos acuerdos se puede destacar el relativo a los trabajadores contratados por el Instituto Cervantes, o los relativos a trabajadores de medios de comunicación.

<sup>545</sup> Véanse en este sentido los apartados 47 a 49 de la STJCE de 11-6-1998 sobre el Asunto Kuusijärvi (C-275/96)

<sup>546</sup> De hecho en la versión inglesa del mencionado artículo se menciona directamente a los trabajadores “...*in the interest of certain workers or categories of workers*”. Para su validez no ha de afectar el acuerdo a más de un trabajador, si no que puede realizarse en beneficio de un sólo trabajador.

<sup>547</sup> Véanse en este sentido las alegaciones realizadas por la Comisión en el marco de la STJCE Bruselas de 17-5-1984, sobre el Asunto (101/83)

En definitiva, como confirmó el TJCE en su sentencia Brusse (101/83), los Estados miembros gozan de una gran libertad a la hora de apreciar la oportunidad de celebrar este tipo de acuerdos, sin que existan materias concretas sobre los que deben versar obligatoriamente. Para ello, resulta suficiente que identifiquen situaciones en las que en interés de los trabajadores se requiera la aplicación de una normativa nacional diferente de la designada competente por el Título II, al generar sus normas de conflicto, por ejemplo, consecuencias indeseables a los intereses de éstos. No obstante, como se pondrá de manifiesto en este trabajo, la gran mayoría de este tipo de acuerdos se destinan a exceptuar las normas de conflicto del Título II destinadas a los trabajadores destacados,<sup>548</sup> con el objetivo básico de ampliar los plazos temporales durante los cuales tales disposiciones permiten exceptuar la conexión *lex loci laboris*.<sup>549</sup> Dentro de este ámbito de libertad hay que señalar que la norma comunitaria, según el TJCE,<sup>550</sup> no se opone a que los Estados miembros firmantes del acuerdo doten al mismo de efectos retroactivos. En efecto, no todas las situaciones son previsibles y debe existir la posibilidad de ser solucionadas a posteriori, esto es, una vez detectados los efectos peyorativos que las normas del Título II tienen sobre los migrantes.

---

<sup>548</sup> En España todos los acuerdos realizados en el marco del artículo 17 están consagrados a esta materia. La escasa jurisprudencia comunitaria sobre este artículo 17 también conecta con la problemática de los trabajadores destacados. Véase, por ejemplo, la STJCE de 29 de junio de 1995 (454/93) Asunto Joop van Gestel. Donde el acuerdo del artículo 17 surgirá a raíz del desplazamiento del Sr. Van Gestel, residente y trabajador por cuenta ajena holandés a Bélgica. Siendo la empresa, con sede en Holanda, que le destaca la que dirigirá a las Instituciones competentes holandesas para que mediante un acuerdo del artículo 17 se permita a este sujeto continuar vinculado a la legislación holandesa de SS.

<sup>549</sup> Véase la Recomendación N° 16 de la CASSTM aprobada el 12-12-1986, relativa a los acuerdos celebrados en el marco del artículo 17 en beneficio de trabajadores que a causa de su formación o aptitudes particulares, o por los objetivos de la empresa u organización que les ocupa, son destacados durante un período superior a 12 meses a otro Estado miembro distinto de aquél donde trabajan habitualmente. El contenido de estos acuerdos será el mantenimiento de la Ley del Estado de envío durante todo el destacamento siempre y cuando los trabajadores consientan en el mismo. Los destinatarios prioritarios de estos acuerdos, serán obviamente los trabajadores de empresas multinacionales, a las que, sin embargo, la mencionada Recomendación no se refiere expresamente **CORNELISSEN, Rob.** “Le detachement a l’interieur de la Communauté européenne et la sécurité sociale: cadre juridique”. /en/ *La libre circulation des travailleurs dans l’Union Européenne: le detachement et les perspectives de la coordination communautaire dans le cadre du Reglement 1408/71*. Actes du Colloque Européen 11-15 octobre 1995 Crete. Grece. IKA-Grece (Institut des assurances sociales). p. 36

<sup>550</sup> Véase el apartado 19 y ss de la STJCE de 17-5-1984 sobre el Asunto Brusse (101/83) donde el Alto Tribunal señaló que: “*nada en el texto del artículo 17 permite afirmar que la posibilidad de admitir excepciones concedida por esta disposición a los Estados miembros sólo pueda ejercerse de cara al futuro. Por el contrario tanto el espíritu como el sistema del citado artículo exigen que un acuerdo celebrado con arreglo a esta disposición pueda cubrir igualmente, en interés del trabajador de que se trate, unos periodos ya transcurridos*” Así se reitera en la STJCE de 29 de junio de 1995 a propósito del Asunto Joop Van Gestel (C-454/93).

#### IV-4.- LA LEX LOCI LABORIS COMO PRINCIPAL CONEXIÓN DEL TÍTULO II DEL R. 1408.

En el marco del Título II del R. 1408, tal y como se refleja en las letras a) y b) del artículo 13.2 bajo la rúbrica <normas generales>,<sup>551</sup> la conexión principal para designar la Ley nacional competente para proceder la afiliación obligatoria, es la del lugar de trabajo o <lex loci laboris>.

La idoneidad de la conexión priorizada radica, en primer lugar, en que normalmente garantiza la afiliación del trabajador migrante a un sistema nacional, pues las legislaciones de SS de los Estados miembros obligan a afiliarse, entre otros, a quienes desarrollan una actividad profesional. En segundo lugar, hay que señalar que una vez producida la efectiva afiliación a un sistema nacional, esta conexión territorialista encaja a la perfección en una relación jurídica regulada por normas de Derecho público como el de la SS. En efecto, como es sabido, dicha relación puede conllevar obligaciones de cotización, de naturaleza tributaria, que por su carácter de orden público quedan, en principio, circunscritas al territorio del Estado que las impone.<sup>552</sup> En este contexto la lex loci laboris posee un indudable carácter práctico, pues suele coincidir con el lugar donde se generan los beneficios por la realización de la actividad profesional y donde se pueden producir algunos de los riesgos de carácter profesional cuya cobertura mediante prestaciones en especie se caracteriza por su intrínseca inexportabilidad.<sup>553</sup> En sentido contrario, por ejemplo, la opción por una conexión más vinculada con el propio trabajador, o personalistas como, por ejemplo, la Ley de la que el trabajador es nacional o <lex patriae> hubiera dificultado el cumplimiento de obligaciones como las de cotizar o la percepción de cuidados médicos.

En tercer lugar, cabría señalar, de acuerdo con el Considerando décimo de la Exposición de Motivos del R.1408, que esta conexión territorialista evita desigualdades

---

<sup>551</sup> “a) la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro o aunque la empresa o el empresario que la ocupa tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro. b) la persona que ejerza una actividad por cuenta propia en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro.”

<sup>552</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. *La Seguridad ...* op. cit. p. 267, en este mismo sentido GARCIA RODRIGUEZ, Isabel. *Aspectos ...* Op. cit. p. 215.

<sup>553</sup> GARCIA RODRIGUEZ, Isabel. *Aspectos...* p.108 y NEBOT, M<sup>a</sup> Lidón. “La nueva regulación de las prestaciones familiares en el R.1408. Los asuntos Pinna y Yañez Campoy”. Noticias de la Unión Europea. n°157/Febrero 1998. P.86

entre los trabajadores empleados en el territorio de un Estado miembro, evitando discriminaciones por razón de la nacionalidad. Por otro lado, el empresario deberá pagar las mismas cotizaciones por todos los trabajadores, eliminándose la posibilidad de distorsión del mercado de trabajo mediante <la importación> de trabajadores más baratos.<sup>554</sup> Esta conexión impide una de las posibles manifestaciones del <dumping social>,<sup>555</sup> que se origina a causa de los distintos niveles de cotizaciones sociales exigidos en los sistemas de SS comunitarios, que actúan como costes, no salariales e indirectos, del factor trabajo. Como augura la doctrina,<sup>556</sup> este tipo de dumping social basado en las cotizaciones se constituirá, en un riesgo cada vez más importante, considerando no sólo el estrecho margen de los costes empresariales, sino también la pérdida de control estatal sobre otros factores económicos, como por ejemplo la variación del valor de sus divisas o los tipos de interés, que genera el establecimiento de la Unión monetaria europea.<sup>557</sup> Asimismo, también parece relevante en este contexto el proceso de ampliación al que se está sometiendo la Unión Europea y que supone la adhesión de nuevos socios con sistemas de SS comparativamente débiles respecto de los vigentes en los Estados miembros actuales.<sup>558</sup> Este tipo de distorsiones se originan

---

<sup>554</sup> Desde épocas muy tempranas se han introducido en los Tratados comerciales firmados entre Estados que implicaban movilidad de mano de obra, cláusulas relativas a SS tendentes a evitar la competencia desleal entre Estados. **PENNINGS, Frans.** *Introduction...* 2 ed. 1998. op cit. P.3.

<sup>555</sup> Véase sobre este fenómeno que se refiere a “... los Estados miembros que despojan de Derechos sociales a sus ciudadanos con el objetivo de mejorar su competitividad internacional.” **PIETERS, Danny; NICKLESS, Jason Alan.** *Pathways ...* op. cit. P. 54 y ss; **GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “La SS en el horizonte del año 1993” Noticias de la CEE. Nº 76/1991. P. 68. El dumping social no se ha considerado en el seno comunitario como un problema potencial; de hecho no se menciona en el Libro Blanco de la Comisión publicado en 1993 sobre “*Crecimiento, empleo y competitividad*”; aludiéndose a él someramente en el Libro Verde sobre Política Social un año después. En este sentido **GREVE, Bent.** “Economics of Migration” /en/ **EICHENHOFER, Eberhard (ed).** *Social Security of Migrants in the European Union of Tomorrow.* IMIS. Osnabrück, 1997. P. 43. No obstante, **GOODHART, David.** “Social dumping within the EU” /en/ **HINE, David; KASSIM, Hussein.** *Beyond the Market. The EU and National Social Policy.* Routledge. London. 1998. P. 86, 79 y ss. reconocen que tales diferencias generaron en la década de los 90 ciertas deslocalizaciones empresariales hacia Estados miembros menos tuitivos, como el célebre caso de la multinacional americana Hoover que trasladó en 1993 su planta de Francia a Escocia, a existir allí inferiores costes laborales

<sup>556</sup> Proceso que según algunos autores se acrecentará de la mano de la implantación de la moneda única, pues “... el ámbito de la SS se va a ver afectado por los progresos registrados en la Unión Europea por diferentes vías. Las restricciones que la moneda única impone al ejercicio de la política económica limitan y reducen a una sola las alternativas disponibles para recobrar competitividad: afectar a la estructura de costes mediante ajustes en los niveles de precios y salarios, o a través de cambios en la fiscalidad y en los sistemas de SS por medio de las cotizaciones...”. **DURAN LOPEZ, Federico.** “SS y competitividad en la Unión Europea”. /en/ **VV.AA.** *Problemática española...* op. cit. P.275 y 276.

<sup>557</sup> En este sentido **PIETERS, Danny; NICKLESS, Jason Alan.** *Pathways ...* op. cit. P. 7

respecto de los trabajadores destacados para los cuáles, como se pondrá de manifiesto, se exceptúa temporalmente la aplicación de la *lex loci laboris*; quebrándose, en consecuencia, la igualdad de condiciones sociales entre los trabajadores de un determinado sector productivo en los diferentes Estados miembros.<sup>559</sup>

## **V.-MATIZACIONES Y EXCEPCIONES A LA LEX LOCI LABORIS EN LAS NORMAS DE CONFLICTO DEL TÍTULO II.**

Como se anunciaba, a continuación se analizan las normas de conflicto del Título II, disposiciones que aluden a supuestos donde o bien es necesario identificar una *lex loci laboris* entre las concurrentes, o es preciso designar la norma competente a través de otro tipo de conexión con la que el legislador comunitario presupone que el trabajador migrante posee una vinculación más estrecha. En efecto, las normas de conflicto del Título II que siguen a las letras a) y b) del artículo 13 exceptúan la conexión principal o *lex loci laboris*, ya que, de acuerdo con el undécimo considerando de la Exposición de motivos del R. 1408, “...*conviene establecer una excepción a esta norma general en situaciones específicas que justifiquen otro criterio de adscripción.*” Atendiendo a las situaciones especiales a las que aluden los distintos artículos del Título II que se analizan a continuación, se podrían distinguir los siguientes cinco grupos de normas de conflicto que designan la norma nacional de competente a la que, en principio, debe quedar obligatoriamente afiliado el trabajador migrante:

En primer lugar, se establecen normas de conflicto con conexiones específicas distintas del lugar de trabajo, respecto de sujetos vinculados con Administraciones Públicas u Organismos Internacionales como: funcionarios y personal asimilado; miembros del personal de servicio de las misiones diplomáticas u oficinas consulares; agentes auxiliares de las Comunidades Europeas y personas que realizan el servicio militar o civil. Estas normas de conflicto se caracterizan porque permiten, en ocasiones,

---

<sup>558</sup> CHASSARD, Yves. “La construction européenne ...” op. cit. p.276.

<sup>559</sup> En este sentido PENNING, Frans. 2 ed 1998. op. cit. P. 69; quien señala que, gracias a la conexión *lex loci laboris*, “... los empresarios no son alentados, por razones impropias, a contratar o no trabajadores extranjeros. Que esa tendencia puede existir, si este principio no se aplica, puede contemplarse en la práctica del destacamento de trabajadores... de acuerdo con las normas que para el destacamento se establecen en el Reglamento... la Ley de SS de un Estado continúa siendo aplicable a sus nacionales durante un tiempo limitado; a través de este sistema trabajadores de Estados miembros con bajos salarios y prestaciones de SS, son de hecho contratados, bajo sus condiciones de empleo nacionales en otros Estados miembros con mejores condiciones. Esta claro que esto tiene lugar porque estos trabajadores son mano de obra barata.”

que los trabajadores elijan a la legislación competente entre ciertas normas nacionales concurrentes, optando por aquélla en cuyo marco desean afiliarse.

En segundo lugar, se establecen normas de conflicto que atienden a la especialidad del lugar donde se realiza la actividad profesional, distinguiéndose junto a los trabajadores del mar, el supuesto, algo marginal, de trabajadores por cuenta ajena, empleados en una empresa atravesada por una frontera común a dos Estados miembros.

En tercer lugar, se alude a las normas de conflicto destinadas a los trabajadores que desarrollan su actividad profesional en varios Estados miembros, donde se establecen diferentes conexiones en función del tipo de actividad. Así existen normas específicas dependiendo de que la actividad sea por cuenta ajena, por cuenta propia o suponga la afiliación a un régimen especial de funcionarios; existiendo, por último, disposiciones para el supuesto de que el trabajador realice simultáneamente varias de las actividades mencionadas en varios Estados miembros. Desde un punto de vista general, estas normas de conflicto comunitarias no suelen exceptuar la conexión del lugar de trabajo, sino que designan a la competente entre las *lex loci laboris* concurrentes, exigiendo que en ella concurra una conexión adicional. No obstante, en el marco de las normas de conflicto destinadas a estos trabajadores pluractivos, concretamente en los artículos 14 quater.b) y 14 septies, será donde se ubiquen las dos excepciones que al principio de unicidad de Ley nacional aplicable se establecen en el Título II.

En cuarto lugar, se estudian sendas normas de conflicto destinadas a sujetos que no están en activo desde un punto de vista profesional, esto es, se analizan las disposiciones ad-hoc destinadas a los post-activos y los pensionistas.

En quinto lugar, se aludirá a las normas de conflicto aplicables a los denominados trabajadores destacados, que toman en consideración el carácter temporal del desplazamiento profesional a otro Estado miembro. En efecto, estas normas permiten el mantenimiento, durante un período limitado de tiempo, del vínculo con la *lex loci laboris* de origen, es decir, con el sistema nacional al que estaban afiliados antes del desplazamiento; en detrimento de la aplicación de la Ley del Estado miembro donde se han desplazado a realizar tal actividad profesional.

## **V-1.- NORMAS DE CONFLICTO DESTINADAS A TRABAJADORES DE ENTES PUBLICOS U ORGANISMOS INTERNACIONALES.**

### **V-1-1.- Funcionarios y personal asimilado**

El artículo 13.2.d) establece como regla general que los funcionarios y personal asimilado, “... *estarán sometidos a la legislación del Estado miembro del que depende*

*la Administración que los ocupa*".<sup>560</sup> En efecto, el legislador comunitario, en detrimento de la <lex loci laboris> considera que este colectivo tendrá vínculos más fuertes con la Ley de SS del Estado en el que es funcionario o personal asimilado.

**V-1-2.- Miembros del personal de servicio de las misiones diplomáticas u oficinas consulares.**

El artículo 16 del R.1408 establece una norma de conflicto ad-hoc destinada a *“los miembros del personal de servicio de las misiones diplomáticas u oficinas consulares y al personal domestico privado al servicio de agentes de estas misiones u oficinas.”* En su apartado primero establece que este colectivo debe quedar sometido a la <lex loci laboris>, salvo que la nacionalidad del trabajador coincida con la del Estado miembro al que representa o con él que le envió. En tal supuesto, a tenor de los apartados segundo<sup>561</sup> y tercero del citado artículo, estos sujetos gozarán de un derecho de opción. En efecto, podrán elegir anualmente entre el Estado acreditante y el Estado donde están acreditados. En otras palabras, optarán entre la Ley del Estado con el que les une un vínculo administrativo y la propia lex loci laboris, debiendo coincidir alguna de ellas con la lex patriae o Ley nacional de los interesados.

Desde un punto de vista procedimental, a tenor del artículo 13 del Reglamento 574/72, esta opción que se realiza ante la institución competente elegida,<sup>562</sup> no podrá tener carácter retroactivo, generando efectos jurídicos a partir del primer día del año siguiente. Lógicamente, como señala el mencionado artículo, la primera opción, se desarrollará *“dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la que el trabajador por cuenta ajena haya sido contratado...”,* teniendo efectos *“a partir de la fecha de entrada en servicio.”*

---

<sup>560</sup> Véanse los apartados 17 y 18 de la STJCE de 24-3-1994, sobre el asunto Van Poucke (C-71/93) *“el hecho de que sean citados como una categoría distinta en esta disposición, no les priva de su condición de trabajadores asalariados, noción más amplia, para la aplicación de otras disposiciones del Reglamento.”* En este mismo sentido, el apartado 21 de la STJCE de 1-2-1996, sobre el asunto Naruschawicus, (C-308/94).

<sup>561</sup> Véase sobre los efectos de tal opción sobre la familia del funcionario la STJCE de 3-6-1999 sobre el Asunto Gómez Rivero (C-211/97) ya comentada en este trabajo.

<sup>562</sup> Sobre el ejercicio de este derecho de opción véase, por un lado, el artículo 13 del R. 574 donde se señala la obligación de informar al empleador y a las autoridades competentes, que deben expedir el certificado E-103. Por otro lado, véase sobre la Decisión nº 89 aprobada por la CASSTM el 20-3-1973 (DOCE nº C 86 de 20-7-74) donde se señala que el artículo 16 se aplica a todos los trabajadores ocupados en las misiones diplomáticas u oficinas consulares

### V-1-3.- Agentes auxiliares de las Comunidades Europeas

El apartado tercero del artículo 16 ofrece, al igual que se señalaba en el apartado anterior, un derecho de opción a los agentes auxiliares de las Comunidades Europeas. Término que engloba, *grosso modo*, a las personas que trabajan para las Comunidades Europeas sobre la base de un contrato de trabajo, pero que no poseen el status de funcionario comunitario. Este colectivo de sujetos puede optar entre: “... *la aplicación de la legislación del Estado miembro en cuyo territorio están ocupados y la aplicación de la legislación del Estado miembro del que son nacionales*”. Es interesante destacar que su derecho de opción no afectará a las disposiciones relativas a subsidios familiares “... *cuya concesión está regulada por el régimen aplicable a estos agentes.*” A diferencia del derecho de opción descrito en el epígrafe anterior, éste “... *no podrá ser ejercido más que una sola vez y tendrá efectos a partir de la fecha de entrada en servicio*”. La elección, de acuerdo con el artículo 14 del Reglamento 574/72, se llevará a cabo en el momento de celebrar el contrato de trabajo. Siendo en este caso “... *la autoridad facultada para celebrar ese contrato quien informará de ello a la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro por cuya legislación haya optado el agente auxiliar*”.<sup>563</sup>

Como se ha puesto de manifiesto en estos dos últimos supuestos, no existe una conexión preestablecida si no que el R.1408 permite la elección de la Ley aplicable por los propios interesados. Se trata de que ejerciten su autonomía individual dentro del *numerus clausus* de conexiones mencionadas, de manera que se debe señalar que se trata de una libertad de elección algo limitada. A pesar de su carácter restrictivo esta posibilidad de opción no resulta excesivamente pacífica, considerándose la imperatividad que se presume de la norma de conflicto comunitaria,<sup>564</sup> y sobre todo, por

---

<sup>563</sup> Este artículo 14, al igual que ocurría respecto del supuesto anterior, establece la obligación de expedición por la autoridad competente de un certificado, el E-103, en el cual se haga constar el sometimiento a su legislación. Estableciéndose también, en el apartado cuarto una norma específica respecto del agente auxiliar ocupado en el territorio de un estado miembro distinto de Alemania que hubiera optado por la legislación de este último país.

<sup>564</sup> Como ha señalado la doctrina de forma unánime la imperatividad de las normas comunitarias que determinan la Ley nacional aplicable tienen “...*naturaleza imperativa y no permiten la elección por parte del interesado entre un sistema “mejor” o “peor”. Como consecuencia de estas normas un trabajador puede quedar asegurado bajo un sistema con condiciones menos atractivas que aquel vigente en su Estado de origen o en su Estado de residencia*”. PENNING, Frans. *Introduction...* op. cit. ed.1998. P. 69.



ejercitarse en el marco de “... un acto de previsión social cuya formulación es obligatoria, extracontractual, y de redistribución de la renta nacional”.<sup>565</sup>

Por último hay que destacar, que en ambos supuestos el legislador comunitario establece que si los interesados no ejercitasen su derecho de opción, se producirá la aplicación directa de la “*lex loci laboris*”, que a modo de <cláusula de cierre>, supone el retorno a la conexión general.

#### **V-1-4.- Personas que realizan el servicio militar o civil**

La letra a) del apartado segundo del artículo 13 señala que:

*“la persona llamada o vuelta a llamar al servicio militar o al servicio civil de un Estado miembro estará sometida a la legislación de ese Estado”.*

Este artículo establece la posibilidad de totalizar períodos de seguro, siempre en el supuesto en que la sumisión a la legislación de SS del Estado, designado competente estuviere:

*“... subordinada al cumplimiento de períodos de seguro antes de la incorporación al servicio militar o al servicio civil o después del licenciamiento del servicio militar o del servicio civil”.* En efecto, en estos casos, *“... los períodos de seguro cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro se tendrán en cuenta, en la medida necesaria, como si se tratara de períodos de seguro cubiertos bajo la legislación del primer Estado miembro”.*

Hay que destacar, que cuando la persona llamada o vuelta a llamar al servicio militar es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, conservará tal condición a efectos de inclusión en el ámbito subjetivo de aplicación del Reglamento. Pudiendo suceder, no obstante, que la norma nacional designada competente por la norma de conflicto mencionada no coincida con la *lex loci laboris* que motivó tal calificación.

### **V-2.- NORMAS DE CONFLICTO DESTINADAS A TRABAJADORES QUE DESARROLLAN SU ACTIVIDAD PROFESIONAL EN LUGARES ESPECIALES.**

#### **V-2-1.-Trabajadores del mar.**

El artículo 13.2.c) del R. 1408 identifica la Ley competente aplicable a los <trabajadores del mar>, que define como aquéllos que ejercen su “... *actividad profesional a bordo de un buque que enarbole el pabellón de un Estado miembro y (...)*

---

<sup>565</sup> FREYRIA. “Sécurité sociale...”op. cit. p. 417. GARCIA RODRIGUEZ, Isabel. Op. cit. p. 217, por su parte, señala que el carácter limitado de la elección entre *lex loci fori* o *lex loci laboris* hace que no se supere el criterio territorialista que impera en ambas conexiones.

*estará sometida a la legislación de ese Estado*". En este supuesto, se recurre a una conexión clásica en el marco del Derecho Internacional de la SS, designándose como competente a la Ley del Estado miembro que figure en el pabellón del buque donde se trabaja, siempre con independencia del territorio por el que se desplace y que, obviamente, puede exceder del territorio comunitario.<sup>566</sup>

Sin embargo, hay que señalar que, en ocasiones, sí se aplica la conexión general o *lex loci laboris* a ciertos trabajadores del mar <no navegantes>, tal y como refleja el artículo 14 ter.3 destinado a establecer las "*normas particulares aplicables a los trabajadores del mar*". En efecto, un trabajador que trabaje en un buque con pabellón de un Estado miembro, pero que realice su actividad profesional en las aguas territoriales o en un puerto de otro Estado miembro, queda sometido a la legislación de SS de este último Estado.<sup>567</sup> En este mismo sentido, también se aplicará la legislación del Estado ribereño a los trabajadores de las plataformas de perforación situadas en el perímetro marino continental.<sup>568</sup>

Por último, a tenor del artículo 14.ter.4, en ocasiones, se aplica la <*lex loci domicilii*> del trabajador en detrimento de la Ley nacional del pabellón del buque:

*"la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro y que sea remunerada por esta actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro, estará sometida a la legislación de este último Estado, si reside en su territorio; la empresa o la persona que pague la retribución será considerada como empresario para la aplicación de dicha legislación"*.

---

<sup>566</sup> **SEMPERE NAVARRO, Antonio**. "Pabellones de conveniencia y Seguridad Social". Aranzadi Social. Nº 6. Junio 2002. **JORENS, Yves; SCHULTE, Bernd**. "The implementation of Regulation 1408/71 in the Member States of the European Union." European Journal of Social Security. 3(3)/2001. P.241, señalan que considerando las legislaciones de los Estados miembros no se puede considerar que existan pabellones de conveniencia. En este contexto, recogen la propuesta de las autoridades británicas que abogan por el empleo de la *lex loci domicilii* como conexión.

<sup>567</sup> 14 ter. 3: "*La persona que, no ejerciendo habitualmente su actividad profesional en el mar, realiza un trabajo en las aguas territoriales o en un puerto de un Estado miembro, en un buque que enarbole pabellón de otro estado miembro que se encuentre en esas aguas territoriales o en ese puerto, sin pertenecer a la tripulación de dicho buque, estará sometida a la legislación del primer Estado miembro*"

<sup>568</sup> Como señala **PALMERO ZURDO, Javier**. "Las normas de coordinación..." op. cit. p. 29 remitiéndose a al apartado cuarto del artículo 5 de la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental de 1958, y a la STJCE Kramer de 14 de julio de 1976 (asuntos 3/76, 4/76 y 6/76). "*según la cual la competencia reglamentaria racione materiae de la Comunidad se extiende (en la medida que una competencia análoga corresponda a los Estados miembros en virtud del Derecho internacional público) a la pesca en alta mar y ello, aunque la zona geográfica considerada quede fuera de las fronteras territoriales nacionales.*

En otras palabras, será competente la Ley del lugar de residencia del trabajador por cuenta ajena, cuando coincida con la sede o el domicilio del empresario que le emplea, con independencia de la nacionalidad de la nacionalidad del pabellón que enarbole el buque donde trabaja.

**V-2-2.- Trabajadores que realizan su actividad en una empresa atravesada por la frontera común a dos Estados miembros.**

La desafortunada expresión legal transcrita como título de este epígrafe alude a la posibilidad de que existan empresas que se extiendan a ambos lados de la frontera situada entre dos Estados miembros, como sucede respecto de grandes extensiones dedicadas a la explotación de zonas mineras o agrícolas. Este supuesto, en cualquier caso poco común, se regula en el apartado tercero de los artículos 14 y 14 bis,<sup>569</sup> relativos, respectivamente, a los trabajadores por cuenta ajena y propia. En el marco de estas normas de conflicto el legislador comunitario, con independencia de que la actividad que desarrolle el trabajador sea por cuenta propia o ajena, ha optado por someter al trabajador a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio tenga su sede dicha empresa. Considerando tal conexión se puede entender que esta norma de conflicto, en realidad, no exceptúa la *lex loci laboris*, si no que tan sólo elige una de ellas entre las concurrentes, estableciendo el mencionado criterio adicional.<sup>570</sup>

Desde un punto de vista procedimental, a tenor del artículo 12 bis. 1 del R. 574, el trabajador afectado *“comunicará su situación a la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio reside”*. En el supuesto de que esta institución no resulte ser la designada competente por las normas de conflicto contenidas en los artículos 14 y 14 bis, deberá ponerse en contacto con la institución nacional que a tenor de dichas normas era competente. A tenor del apartado tercero del mencionado artículo 12 bis del R.574 la institución del Estado donde tiene su sede la

---

<sup>569</sup> Artículo 14.3: *“ la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro en una empresa que tenga su sede en el territorio de un Estado miembro y que está atravesada por la frontera común de estos Estados, estará sometida a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio tenga su sede dicha empresa.”* Artículo 14 bis. 3: *“la persona que ejerza una actividad por cuenta propia en una empresa que tenga su sede en el territorio de un Estado miembro y que esté atravesada por la frontera común a dos Estados miembros, estará sometida a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio tenga su sede esta empresa.”*

<sup>570</sup> Calificándola de excepción a la *lex loci laboris* véase **RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel.** *La Seguridad...* op. cit. p. 283 nota a pie de página nº 62.

empresa transfronteriza cuya legislación nacional resulta competente deberá extender al trabajador:

*“... un certificado que acredite que tiene derecho a estar sometida a su legislación y enviará una copia a la institución designada por la autoridad competente de cualquier otro Estado miembro:*

*i) en cuyo territorio esté ocupada o ejerza una actividad por cuenta propia dicha persona.*

*ii) en cuyo territorio resida dicha persona.”*

Todas estas formalidades pretenden salvaguardar la seguridad jurídica y la presencia del principio de unicidad de Ley nacional aplicable a título exclusivo, impidiendo, mediante la cooperación interadministrativa, que alguno de los Estados miembros mencionados en los incisos i) o ii) pudiera exigir al migrante la afiliación obligatoria a su sistema de SS no designado competente.

### **V-3.- NORMAS DE CONFLICTO DESTINADAS A TRABAJADORES QUE REALIZAN SU ACTIVIDAD PROFESIONAL EN VARIOS ESTADOS MIEMBROS.**

En estos casos para preservar la unicidad las normas de conflicto del Título II seleccionan una *lex loci laboris* entre las concurrentes exigiendo en su seno la concurrencia de una conexión adicional que, normalmente posee el carácter estable del que carece la conexión típica. Como viene siendo habitual en este Título II, el legislador comunitario distingue entre actividad por cuenta ajena y por cuenta propia; estableciendo una norma de conflicto ad-hoc para los casos en que se realizan ambos tipos de actividades en distintos Estados miembros.

#### **V-3-1.- Actividad por cuenta ajena en varios Estados miembros**

La determinación de la norma nacional aplicable en el caso de realización de una actividad por cuenta ajena en varios Estados miembros se regula en el artículo 14.2 del R. 1408 que excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los trabajadores del mar que poseen, como se pondrá de manifiesto, su propia norma de conflicto ad-hoc. La citada disposición realiza una distinción básica entre trabajadores del sector de transporte internacional, que poseen un carácter itinerante o navegante,<sup>571</sup> y los trabajadores pertenecientes a sectores de actividad distintos del mencionado.<sup>572</sup>

---

<sup>571</sup> Las relaciones jurídicas de estos sujetos incluidos en este sector ya se habían coordinado previamente en el marco del Convenio europeo de SS de los trabajadores de los transportes internacionales de 9-7-1956 firmado en el marco del Consejo de Europa. El R. 1408 define al sujeto incluido en este sector en el

**V-3-1-1.- Trabajadores dedicados al <transporte internacional>**

Respecto de este colectivo el artículo 14.2.a) del R. 1408 designa como legislación competente a la del Estado donde esté ubicada la sede de la empresa. Sin embargo, una vez fijada esta conexión inicial, el legislador comunitario establecerá en los incisos i) e ii) del mencionado artículo sendas excepciones a la conexión citada. Tales normas de conflicto están destinadas a sujetos cuya actividad profesional, aunque vinculada al sector mencionado, carecen del carácter itinerante que se presume en este colectivo, atendiendo a esta circunstancia estas disposiciones pretenden privilegiar la aplicación de legislaciones de SS que entienden más próximas a este tipo de trabajadores. En primer lugar, el artículo 14.2.a)i) alude a *“la persona ocupada por una sucursal o por una representación permanente que dicha empresa posea en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en que ella tenga su sede”*. En segundo lugar, el artículo 14.2.a)ii) se refiere a *“la persona ocupada de forma preponderante en el territorio del Estado miembro en que resida”*. En ambos supuestos, se abandona la conexión mencionada, la <sede de la empresa> y se retorna al principio general del artículo 13.2.a), es decir, a la aplicación de una de las *lex loci laboris* concurrentes. En efecto, se elige entre ellas a la legislación de SS que coincida con una conexión territorial estable, en el primer caso, la del lugar donde se encuentre la mencionada sucursal o representación permanente; mientras que, en el segundo supuesto, será la Ley del Estado miembro donde el sujeto trabaja predominantemente cuando coincida con la del lugar donde tiene su residencia el trabajador transportista. Respecto de este segundo supuesto, hay que señalar que el R. 1408 adolece de una definición de la expresión <ocupación preponderante>,<sup>573</sup> motivo por el cual puede resultar razonable acudir a los

---

artículo 14.2.a) como *“la persona que forme parte del personal itinerante o navegante de una empresa que efectúe por cuenta de otro o por su propia cuenta, transportes internacionales de pasajeros o de mercancías por vía férrea, por carretera, por aire o por navegación interior y que tenga su sede en el territorio de un Estado miembro...”*.

<sup>572</sup> Definida por exclusión en el art. 14.2.b) como *“la persona distinta de aquella a que se hace referencia en la letra a)”* y cuyo prototipo, de acuerdo con **RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel**. *La Seguridad...* op cit. p. 292, lo constituye los representantes de comercio.

<sup>573</sup> El artículo 10 que regula esta materia en <la Propuesta> sustituye la expresión <ocupación preponderante> por la de <actividad profesional sustancial> que tampoco define. **PENNINGS, Frans**. *“The proposal...”* op. cit. p. 53 señala que esta última expresión debe entenderse que excluye la actividad profesional subsidiaria en el sentido que ocupe, por ejemplo, un número de horas considerable respecto de la jornada estandar. La <Propuesta> respecto de los trabajadores por cuenta ajena que realizan su actividad en más de un Estado miembro establece en la norma de conflicto dos conexiones que mantienen una relación de subsidiariedad, siendo prioritariamente aplicable la *lex loci domicilii* del trabajador, siempre y cuando en ese mismo Estado se realice la mencionada actividad profesional sustancial. En

criterios que maneja el artículo 12 bis.5.d) del Reglamento N° 574/72, con el fin de identificar lo que denomina: “*actividad principal*”, expresión que parece equivalente a la anteriormente mencionada. La disposición citada establece como primer criterio identificador, la existencia de una sede fija y permanente de las actividades del trabajador; debiéndose atender en su defecto, al “...*carácter habitual o la duración de las actividades que ejerce, el número de prestaciones efectuadas y los ingresos que se deriven de dichas actividades*”.

### V-3-1-2.- Trabajadores no dedicados al transporte internacional

El artículo 14.2.b.i.) del R. 1408 es la norma de conflicto del Título II destinada trabajador por cuenta ajena que, aunque realiza su actividad en varios Estados miembros, no se dedica al <transporte internacional>, designando como competente:

*“a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida, si ejerce una parte de su actividad en este territorio o si depende de varias empresas o de varios empresarios que tengan su sede o su domicilio en el territorio de diferentes Estados miembros”.*

En otras palabras, se opta, por la aplicación de la *lex loci domicilii* del trabajador cuando, en primer lugar, coincida con una de las *lex loci laboris* concurrentes.<sup>574</sup> En defecto de la anterior coincidencia, el trabajador por cuenta ajena, objeto de este epígrafe, puede estar sometido a dos tipos de legislaciones nacionales dependiendo del tipo de empresas que lo contraten. Por un lado, a tenor de la disposición transcrita, cuando esté contratado por varias empresas cuyas sedes estén ubicadas en distintos Estados miembros, el trabajador quedará sometido a su *lex loci domicilii* aunque en ella no trabaje.<sup>575</sup> Este artículo se aplica preferentemente a las normas de conflicto

---

defecto de tal coincidencia (entre lugar de residencia y actividad sustancial) será aplicable, la Ley del Estado donde tenga su sede o domicilio la empresa o el empresario que principalmente le ocupe.

<sup>574</sup> En <la Propuesta>, como señala **PENNINGS, Frans**. “The proposal...” *ibidem*, se exige que la actividad por cuenta ajena que desarrolle en el Estado de residencia sea sustancial. Este autor señala que con esta exigencia adicional se trata de evitar las distorsiones en la competencia entre trabajadores por cuenta ajena. En efecto, se impiden abusos surgidos en el marco de la anterior norma de conflicto, en cuyo marco se evitaba la afiliación del trabajador al sistema nacional donde desarrollaba su actividad profesional por cuenta ajena principal mediante el desarrollo de un trabajo por cuenta ajena de carácter complementario, y por escasas horas en el Estado de residencia.

<sup>575</sup> Sobre la aplicación del artículo 14.2.b)i) véase, por ejemplo, el caso de un ciudadano irlandés que trabaja como representante de comercio para una empresa francesa y otra británica, cuyo trabajo de representación lo desarrolla en el área del Benelux, aunque por residir en Bélgica, la legislación de SS de este país será la única competente. **DE PAUW, Bruno**. “La législation de Sécurité Sociale applicable lors d’une occupation internationale au sein de l’EEE”. RBSS. 41 année. N° 3/septembre 1999. P. 473.

destinadas a los trabajadores destacados, cuando los trabajos realizados en otros Estados miembros no se prevén que tengan carácter temporal.<sup>576</sup>

Por otro lado, a tenor del artículo 14.2.b)ii) si el trabajador, que no trabaja en su lugar de residencia, está contratado por una empresa con sede en un Estado miembro, se aplicará la legislación de SS de ese Estado miembro.<sup>577</sup> En palabras del legislador comunitario deberá quedar sometido a *“la legislación del Estado miembro en cuyo territorio la empresa o el empresario que la ocupa tenga su sede o su domicilio, si no reside en el territorio de uno de los Estados miembros en los que ejerce su actividad”*.<sup>578</sup> Desde un punto de vista procedimental, hay que señalar que a tenor del artículo 12 bis del R. 574 en este supuesto será la institución de SS del Estado donde reside el trabajador la que comunique su competencia a la institución del Estado miembro donde está la sede de la empresa contratante.

### **V-3-2.- Actividad por cuenta propia en varios Estados miembros**

Cuando se desarrolla este tipo de actividad en el territorio de dos o más Estados miembros, el artículo 14 bis.2 señala que resultará competente:

*“... la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside, si ejerce una parte de su actividad en el territorio de ese Estado miembro. Si no ejerce actividad en el territorio del Estado miembro en que reside, estará sometida a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio ejerce su actividad principal.”*<sup>579</sup>

---

<sup>576</sup> Véase la STJCE de 16-2-1995 sobre el asunto Calle Grenzshop (C-425/93) donde se señala que el artículo 14.2.b)i) resultaba aplicable a *“la situación de un trabajador danés, que reside en Dinamarca y trabaja exclusivamente para una empresa domiciliada en Alemania, que, en el contexto de esta relación laboral ejerce regularmente, a razón de varias horas por semana y por períodos que no se limitan a doce meses, una parte de su actividad en Dinamarca”*. Como señala el TJCE, en los apartados 10 y siguientes no se trata de un trabajador destacado, destinatario de una normativa ad-hoc distinta en el marco del Título II, porque no existe una limitación temporal previsible a la actividad desempeñada en Dinamarca. Por esta segunda opción se inclinaba el Abogado General en sus conclusiones presentadas el 19-1-1995.

<sup>577</sup> Una duda sobre la determinación de la Ley aplicable se planteó en estos términos en el Asunto Hackenberg 13/73, de 12-7-73, antes de que existiera este artículo 14.2.b.ii) que hubiera resultado aplicable. Este asunto versaba sobre un trabajador francés, residente en Francia que trabajaba a comisión para varias empresas francesas 9 meses en Alemania y tres en la sede que tenían en Francia.

<sup>578</sup> Sobre la aplicación del artículo 14.2.b)ii) véase el ejemplo de un irlandés que trabaja como representante de comercio para dos empresas francesas cuyo trabajo de representación (visitas a clientes y prospección de mercados) lo desarrolla en el área del Benelux, residiendo en Bonn (Alemania). En este caso se aplica la Ley de la sede de la empresa es decir, la francesa. **DE PAUW, Bruno**. *“La legislation...”* op. cit.. P. 473.

<sup>579</sup> El artículo 10.2 de <la Propuesta> establece como primera conexión la Lex loci domicilii, si allí realiza una actividad que califica de sustancial; en defecto de tal coincidencia se ha de aplicar la Ley del Estado miembro donde tenga <el centro de interés de sus actividades>, término que tampoco define.

En otras palabras será, en primer lugar, competente la <lex loci laboris> que coincida con <la lex loci domicilii> del interesado que cualifica a la conexión principal.<sup>580</sup> Así, por ejemplo, como confirmó el TJCE en su Auto 20-10-2000 sobre el Asunto Vogler (C-242/99), a tenor del artículo 14 bis.2 un nacional austríaco que explota por cuenta propia una empresa agrícola en Alemania y asimismo trabaja por cuenta propia como hotelero en Austria, donde reside; sólo ha de quedar sometido a la legislación de SS de éste último Estado miembro, donde únicamente habrá de abonar cotizaciones. En segundo lugar, y en defecto de tal coincidencia entre lex loci laboris y lex loci domicilii, el legislador comunitario designa como competente la <Ley del lugar donde realiza la actividad principal>, término que, como se señaló, responde a la definición contenida en el artículo 12.bis.5.d) del R. 574.

Desde un punto de vista procedimental a tenor de la letra a) del apartado quinto del artículo 12 bis del R. 574, hay que señalar que el proceso de identificación del lugar donde se realiza la actividad principal se inicia por la Institución competente del Estado miembro donde el interesado reside y, sin embargo, no ejerce actividad profesional. La institución competente de ese Estado de residencia deberá dar “... *cuenta inmediatamente de esta situación a las instituciones designadas por las autoridades competentes de los demás Estados miembros*”; con el fin de que se identifique aquel Estado miembro donde el interesado desarrolla su actividad principal, a cuya legislación de SS debe quedar sometido. En efecto, para una acertada aplicación de los criterios ya citados resulta de capital importancia la colaboración entre las administraciones de SS involucradas, pues a tenor del artículo 12 bis.5.e):

*“las instituciones afectadas se comunicarán todas las informaciones necesarias, tanto para determinar la actividad principal del interesado como para la fijación de las cotizaciones debidas con arreglo a la legislación que se haya decidido es aplicable”.*

El objetivo de esta cooperación activa, a tenor del artículo 12.bis.5.b), será determinar la única Ley nacional aplicable al interesado “*en un plazo máximo de seis meses después de que la situación de éste haya sido comunicada a una de las instituciones afectadas*”. Finalmente, la institución designada como competente deberá

---

<sup>580</sup> Resulta interesante constatar que la legislación belga aprobó una normativa en 1992 con el fin de evitar que los administradores de una sociedad la puedan dirigir desde el extranjero y no se afilien como autónomos, donde se estipula que el hecho de dirigir una sociedad sometida al impuesto de sociedades belga o de los no residentes, es considerado como ejercicio de una actividad independiente en Bélgica a efectos de la SS. **DE PAUW, Bruno.** “La legislation..” op. cit. P. 473.



expedir un formulario E-101<sup>581</sup> al trabajador autónomo migrante; enviando asimismo una copia del mismo al resto de instituciones involucradas.<sup>582</sup>

Por último, como se señaló al estudiar el carácter indirecto de la norma de conflicto comunitario, el artículo 14 bis.4 del R.1408 establece una conexión subsidiaria, también aplicable a los trabajadores por cuenta propia de empresas fronterizas. Con esta conexión subsidiaria se pretende garantizar la afiliación efectiva de estos trabajadores por cuenta propia cuando se constate que en el marco de la norma designada competente no se consigue la cobertura de la contingencia específica de vejez mediante la efectiva afiliación del interesado, ni siquiera a título voluntario. En este supuesto el legislador comunitario permite la aplicación subsidiaria de cualquier otra legislación concurrente “... o en caso de que las legislaciones de dos o varios Estados miembros le fuesen aplicables, a la legislación determinada de común acuerdo entre esos Estados miembros o entre sus autoridades competentes”. La aplicación de esta norma de conflicto, desde un punto de vista procedimental debe iniciarse a instancia del primer Estado cuya legislación fue declarada competente, una vez que se constata que el interesado no puede quedar afiliado al menos contra el riesgo de vejez. Es en ese momento cuando, de acuerdo con el artículo 12 bis.6.a) del R. 574 la institución competente de dicho Estado deberá comunicar la situación “... a las autoridades competentes de los demás Estados miembros afectados o a las instituciones designadas por dichas autoridades”. Las cuales, de acuerdo con el artículo 12.bis.5.b) del Reglamento de desarrollo, determinarán de común acuerdo la legislación aplicable al

---

<sup>581</sup> De acuerdo con el apartado 67 y 68 de las Conclusiones del Abogado General sobre el Asunto Calle Grenzshop (C-425/93) “...el carácter fundado del certificado puede ser enervado mediante cualquiera de los medios de prueba previstos por las normas de procedimiento de los Estados miembros; el valor probatorio del certificado no puede excluirse sin que intervenga la autoridad que lo ha expedido ni, en su caso, sin la intervención del Tribunal de Justicia”. Asimismo, este certificado, a tenor de la letra b) del mencionado artículo 12 bis.5, puede tener carácter retroactivo si así se hace constar en el formulario.

<sup>582</sup> De acuerdo con el apartado 43 y siguientes de la STJCE de 30-3-200 sobre el Asunto Banks (C-178/97), y los apartados 56 y siguientes de la STJCE de 10-2-00 sobre el Asunto FTS (C-202/97) el artículo 12 bis.5 no solventa los problemas que pueden suscitarse en caso de controversia entre los Estados miembros involucrados. En los mencionados pronunciamientos se dan algunas pautas a seguir cuando una vez expedido el formulario E-101 por alguna de las instituciones involucradas, otra institución manifieste su disconformidad. En primer lugar, la institución disconforme puede pedir al Estado miembro que lo expidió que reconsidere su postura y retire el mencionado certificado. Si ésta no lo hace y no se logra ningún acuerdo, en segundo lugar, se podría plantear este conflicto ante la CASSTM. Por último, sí este órgano tampoco fuera capaz de conciliar los distintos puntos de vista, el Estado disconforme con la emisión del E-101 siempre podrá interponer ante el TJCE, en virtud del artículo 227 CE un recurso de incumplimiento contra la institución que expidió el formulario.

interesado, en un plazo máximo de seis meses.<sup>583</sup> Plazo que se computa desde que se produjo la comunicación del supuesto de hecho al resto de las instituciones involucradas por el Estado, donde la afiliación al riesgo vejez resultara imposible.<sup>584</sup>

### **V-3-3.- Actividad por cuenta ajena y propia en varios Estados miembros**

#### **V-3-3-1.- El artículo 14 quater a)**

El artículo 14 quater.a) establece que:

*“La persona que ejerza simultáneamente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en el territorio de distintos Estados miembros estará sometida: a) salvo lo dispuesto en la letra b) a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio ejerza una actividad por cuenta ajena o, si ejerciere dicha actividad en el territorio de dos o más Estados miembros, a la legislación determinada de conformidad con los apartados 2 o 3 del artículo 14”.*

El artículo 14 quater, salvo la excepción que se recoge en su apartado b), respeta el principio de unicidad de Ley aplicable priorizando como única Ley competente la del Estado miembro donde realiza la actividad por cuenta ajena.<sup>585</sup> Considerando que puede suceder que el trabajador realice la actividad por cuenta ajena, a su vez, en el territorio de varios Estados miembros, se deben aplicar analógicamente las normas de conflicto contenidas en el artículo 14 y las normas procedimentales que las desarrollaban en el R. 574.<sup>586</sup> A través de la aplicación previa de estas normas de conflicto se identificará una única norma nacional competente respecto de tales actividades por cuenta ajena, la cual será acreditada como única aplicable, a tenor del artículo quater a), siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 12.bis.7 del R. 574, donde señala que:

---

<sup>583</sup> Considerando que, de nuevo se pueden plantear los problemas de falta de acuerdo entre las instituciones involucradas puede resultar factible que las instituciones acudan a la CASSTM para que dirima sobre la cuestión.

<sup>584</sup> Esta última cautela ante la ausencia de afiliación efectiva en el marco de la normativa nacional comunitariamente designada ha desaparecido de la <Propuesta>.

<sup>585</sup> En la STJCE de 24-3-1994, sobre el asunto Van Poucke (C-71/93) se aplicó el artículo 14 quater a) a un trabajador sometido en Bélgica a un régimen especial de funcionarios, salvo en lo referente a la rama de asistencia sanitaria respecto de la cual estaba afiliado al régimen general de trabajadores; simultáneamente trabajaba como médico autónomo en Holanda. El TJCE optó por aplicar el artículo 14 quater al entender que *“la actividad ejercida en calidad de funcionario por una persona comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento es una actividad por cuenta ajena en el sentido del artículo 14 quater, el cual determina las reglas concretas aplicables a las personas que ejerzan simultáneamente una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro y una actividad por cuenta propia en el territorio de otro Estado miembro.”* En el marco de la vigente normativa de coordinación parece probable que se aplicase al Sr. Van Poucke el nuevo artículo 14 sexies, que se comenta a continuación.

<sup>586</sup> En efecto, deberán aplicarse desde un punto de vista procedimental, de acuerdo con el artículo 12.bis.8 *“las disposiciones de los puntos 1, 2, 3 y 4 en lo que se refiere a la actividad por cuenta ajena*

Los interesados recibirán de la institución designada por la autoridad competente del Estado en cuyo territorio ejerce su actividad por cuenta ajena “... *un certificado que acredite que está sometida a su legislación y enviará una copia a la institución designada por la autoridad competente de cualquier otro Estado miembro: i) en cuyo territorio ejerza una actividad por cuenta propia dicha persona. ii) en cuyo territorio dicha persona resida.*”<sup>587</sup>

### **V-3-3-2.- El artículo 14 quater b) como excepción al principio de unicidad**

Por su parte, como se señalaba, el artículo 14 quater b) contiene una excepción al principio de unicidad de Ley aplicable, que tan sólo se rompe de nuevo en el artículo 14 septies objeto del epígrafe siguiente. Ambas disposiciones, introducidas con motivo de la ampliación del ámbito de aplicación de la norma de coordinación, estipulan la competencia simultánea de dos normas nacionales en cuyo seno se puede producir, a su vez, la afiliación a dos sistemas nacionales. Solamente se establecen estas excepciones, pues en el marco del Título II se trata de preservar el principio de unicidad como aconseja el Considerando noveno de la Exposición de motivos del R.1408:

*“conviene limitar en la medida de lo posible el número y el alcance de los casos en los que por excepción a la regla general, un trabajador está sometido simultáneamente a la legislación de dos Estados miembros.”*<sup>588</sup>

El apartado b) del artículo 14 quater fue fruto de una enmienda del Consejo a la propuesta inicial de la Comisión, que quedaría reflejada en el Reglamento 1390/81 de 1-7-1982; en virtud del cuál se amplió el ámbito subjetivo del R. 1408 a los trabajadores autónomos. Este letra b) tiene los mismos destinatarios a los que iba dirigida la letra a), esto es, las “*personas que ejerzan simultáneamente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en el territorio de diferentes Estados miembros.*” Sin embargo, la letra b) designa competentes a varias legislaciones nacionales de afiliación en “*los casos mencionados en el Anexo VII*”. En efecto, en dichos supuestos el trabajador migrante quedará sometido:

---

*(...) Las instituciones designadas por las autoridades competentes de los Estados miembros cuya legislación sea aplicable en definitiva se informarán de ello mutuamente”.*

<sup>587</sup> Asimismo y a tenor de este mismo artículo se aplican por analogía las disposiciones del artículo 12 bis.2.b) que, como se señaló, aluden al intercambio de la información precisa para “... *determinar las cotizaciones a cuyo pago estén obligados el empresario o los empresarios y/o la citada persona con arreglo a dicha legislación*”.

<sup>588</sup> En la Exposición de motivos de la <Propuesta> no se incluye ningún considerando de este tenor, pues en su articulado (arts. 8.1 y 10.3) tampoco existen excepciones al principio de unicidad que puedan producir la afiliación obligatoria a más de un sistema nacional.

*”a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio ejerza una actividad por cuenta ajena determinándose esta legislación de conformidad con las disposiciones de los apartados 2 o 3 del artículo 14, si ejerciere dicha actividad en el territorio de dos o más Estados miembros; y simultáneamente a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio ejerza una actividad por cuenta propia y, determinándose esta legislación de conformidad con las disposiciones de los apartados 2, 3 o 4 del artículo 14 bis si ejerciere dicha actividad en el territorio de dos o más Estados miembros”.*

Previendo que se podrían realizar simultáneamente varias actividades por cuenta ajena y propia, el Reglamento N° 3811/86 añadiría a la versión inicial de este artículo la aplicación previa de los artículos 14 y 14 bis.<sup>589</sup> Pues habrá que determinar entre las concurrentes la Ley nacional aplicable tanto a las actividades por cuenta ajena como a las actividades por cuenta propia, que vienen realizando estos trabajadores; quedando finalmente el trabajador sometido a ambas.<sup>590</sup>

El artículo 14 quater b) se aplica únicamente a los supuestos señalados en el Anexo VII del R.1408, donde se recogen los *“casos en los que una persona está sometida simultáneamente a la legislación de dos Estados miembros”*. De la lectura de este Anexo se puede afirmar que normalmente la doble conexión concurrirá cuando el trabajador realice una actividad por cuenta propia en alguno de los diez Estados miembros que menciona,<sup>591</sup> y simultáneamente una actividad por cuenta ajena en cualquier otro Estado miembro. En ocasiones, el Anexo establece un requisito adicional a la realización de la actividad por cuenta propia en ese Estado: la residencia del

---

<sup>589</sup> La aplicación de los artículos 14 y 14 bis, se ha de realizar en el marco de las disposiciones correspondientes del artículo 12 bis del Reglamento 574/72. En este sentido el apartado octavo del mencionado artículo 12 bis establece que *“... se aplicarán por analogía las disposiciones de los puntos 1, 2, 3, y 4 en lo que se refiere a la actividad por cuenta ajena y las disposiciones de los puntos 1, 2, 3, 5, y 6 en lo que se refiere a la actividad por cuenta propia. Las instituciones designadas por las autoridades competentes de los Estados miembros cuya legislación sea aplicable en definitiva, se informarán de ello mutuamente”*.

<sup>590</sup> En este sentido resulta clarificador el ejemplo que pone **DE PAUW, Bruno**. *“La legislation... “ op., cit. p. 476. Una persona que vive en Francia y que realiza actividades profesionales: por cuenta ajena y no itinerantes, en Francia, el Reino Unido y Bélgica; y por cuenta propia en estos dos últimos Estados, aunque su actividad principal por cuenta propia la realiza en Bélgica. A este sujeto habría que aplicar, en primer lugar, el artículo 14.2.b)i) para sus actividades por cuenta ajena, resultando Francia el Estado competente. En segundo lugar, el artículo 14 bis.2 para sus actividades por cuenta propia, resultando Bélgica el Estado competente. Por último se aplicaría el apartado b) del artículo 14 quater, en conexión con el Anexo VII al que se remite, se puede concluir que este sujeto debería afiliarse a ambos Estados, respecto de su actividad por cuenta ajena en Francia y en Bélgica por su actividad por cuenta propia.*

<sup>591</sup> Los 10 Estados miembros mencionados a tenor de la última modificación operada por el Reglamento n° 1399/99 que eliminó a Austria del mismo, son: Bélgica, Dinamarca, Alemania, España, Francia, Grecia, Italia, Portugal, Finlandia y Suecia.

trabajador en su propio territorio.<sup>592</sup> El Consejo señaló que la adopción del artículo 14 quater b) tenía como finalidad: *“evitar que personas que ejercen simultáneamente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en dos Estados miembros puedan pagar cotizaciones más bajas que las personas que ejercen ambas actividades en un solo Estado miembro.”*<sup>593</sup> O como alegaría la Comisión este artículo era una respuesta a *“la preocupación de diversos Estados miembros ante la práctica de determinadas personas de repartir su actividad profesional entre distintos Estados miembros para evitar el abono de las cotizaciones de SS correspondientes a una parte de dicha actividad.”*<sup>594</sup>

Con este objetivo, se establecía la competencia simultánea de dos legislaciones nacionales que en el supuesto de doble afiliación, *“no desemboca en una doble cotización por una misma actividad, sino que prevé cotizaciones paralelas para las personas que ejercen simultáneamente dos actividades distintas de las que obtienen ingresos distintos.”* Además, *“...corresponde a los Estados miembros velar por que la cotización ya abonada en otro Estado miembro por el trabajador sea objetivamente justificada, proporcional a su actividad y que otorgue al trabajador una ventaja adicional de SS.”*<sup>595</sup> Con el objetivo de dotar de una protección acorde al mantenimiento de dos relaciones de afiliación-cotización simultáneas a sendos sistemas de SS, el Reglamento N° 3811/86 modificaría dos artículos del R. 574. Por un lado, añadiría un apartado tercero al artículo 9 donde, en sentido contrario a lo establecido en sus dos primeros apartados, se permite el reconocimiento acumulativo de sendos derechos a un subsidio por defunción, cuando en el momento del hecho causante el fallecido estuviera afiliado a dos sistemas nacionales en virtud del artículo 14 quater.b). Asimismo el mencionado Reglamento modificó el artículo 15.1 a) del R. 574 donde se establecen las normas generales sobre aplicación práctica de la totalización, con el

---

<sup>592</sup> Así se establece respecto de los sistemas de SS de Dinamarca, España, Finlandia y Suecia.

<sup>593</sup> Alegaciones del Consejo recogidas en el apartado 41 de las Conclusiones del Abogado General al Asunto Hervein I (C-221/95) y en el apartado 57 en las relativas al Asunto De Jaeck (C-340/94). En este mismo sentido **CORNELISSEN, Rob.** “25e anniversaire du Règlement (CEE) N° 1408/71. Ses resultats et ses limites” /en/ **VV.AA.** *25 années de Règlement (CEE)*... op. cit. p.34

<sup>594</sup> Alegaciones de la Comisión recogidas en el apartado 33 de la STJCE de 19-3-2002 sobre los Asuntos Hervein II y Lorthiois (C- 393/99).

<sup>595</sup> Véanse alegaciones de la Comisión recogidas, respectivamente, en los apartados 34 y 35 de la STJCE de 19-3-2002 sobre los Asuntos Hervein II y Lorthiois (C- 393/99 y C-394/99).

objetivo de permitir el cómputo de períodos de seguro superpuestos derivados de la simultánea relación doble de afiliación-cotización amparada por el artículo 14 quater b).

Hay que señalar, que recientemente la STJCE de 19-3-2 sobre el Asunto Hervein II y Lorthiois<sup>596</sup> (C-393/99 y C-394/99) se ha pronunciado sobre la validez de la excepción al principio de unicidad que establece el artículo 14 quater b), cuestión que había eludido abordar en Sentencias previas.<sup>597</sup> En efecto, se han descartado los, en mi opinión convincentes, motivos de invalidez de tales disposiciones alegados reiteradamente por los Abogados Generales y que se exponen a continuación. En primer lugar, que las disposiciones controvertidas del R. 1408 acentuaban las disparidades entre las legislaciones nacionales de SS poniendo de manifiesto los diferentes criterios de encuadramiento vigentes. En segundo lugar, se consideraba que la aplicación uniforme de la norma derivada también estaba en juego, pues bastaba con ejercer una actividad profesional en algún Estado miembro mencionado en el citado Anexo para que surgiese la obligación de afiliación y cotización simultánea a dos sistemas nacionales con las complicaciones administrativas que tal situación conllevaba. En tercer lugar, se alegaba un motivo poco consistente para la inclusión de tales Estados miembros en el Anexo y la consiguiente ruptura del principio de unicidad: evitar cierta competencia desleal de los migrantes respecto de los trabajadores sedentarios que realizarán simultáneamente actividades por cuenta propia y ajena y estuviesen afiliados y cotizaban a ambos regímenes en el marco de un sistema nacional.<sup>598</sup> De hecho, en

---

<sup>596</sup> Estos asuntos versaban sobre el Sr. Hervein y el Sr Lorthiois ambos de nacionalidad francesa y residentes en ese Estado miembro donde trabajaban como directores de sendas sociedades francesas y que en virtud de la legislación de SS de dicho Estado miembro estaban encuadrados como trabajadores por cuenta ajena pagando sus correspondientes cotizaciones. Simultáneamente dirigían ciertas sociedades en Bélgica cuyo sistema de SS les encuadraba como trabajadores autónomos y en virtud del artículo 14 quater les obligaba a afiliarse también a su sistema y abonar las correspondientes cotizaciones.

<sup>597</sup> En los apartados 27 y ss de esta STJCE se señaló que el silencio mantenido sobre la validez del artículo 14 quater b) en las STJCEs dictadas el 30-1-1997 sobre los asuntos Hervein I (C-221/95) y de Jaeck (C-340/94) no suponía la convalidación del mismo. En efecto, en ambos casos eludió la cuestión a pesar de que así lo solicitaba el Abogado General en sus Conclusiones, presentadas respectivamente el 11-7-1996 (apartados 32 y ss.) y 12-9-96 (apartados 46 y ss). Hay que señalar que el Asunto de Jaeck, que no ha tenido la continuidad del relativo al Sr. Hervein, versaba sobre un nacional belga afiliado, como autónomo, a ese sistema de SS, mientras que el sistema de SS de Holanda, donde acudía a trabajar dos días por semana como Director y socio único de una sociedad allí establecida, le exigía simultáneamente, en virtud del artículo 14 quater b), su afiliación como trabajador por cuenta ajena.

<sup>598</sup> Véanse apartados 96 y siguientes de las Conclusiones del Abogado General sobre el Asunto Hervein II, donde se rechaza que los beneficios adicionales que el R. 1408 establece respecto de esta doble afiliación, justifiquen las restricciones que a la libre circulación tales disposiciones generan. Véase, en igual sentido, el apartado 52 de las conclusiones sobre el Asunto Hervein I y el apartado 68 de las conclusiones sobre el Asunto De Jaeck

sentido contrario a tal objetivo, la doble afiliación que generaba el artículo 14 quater b) podía perjudicar al migrante que, al cotizar simultánea y separadamente sobre los ingresos obtenidos en cada uno de los Estados miembros de afiliación, podía soportar una mayor carga que el trabajador pluractivo sedentario. En efecto, el legislador nacional al no considerar la actividad profesional extranjera del migrante le podía excluir de los beneficios que, en materia de cotización, suele conceder a favor de sus afiliados cuando son trabajadores pluractivos.<sup>599</sup>

Como adelantaba no convencieron al Alto Tribunal que defendió la validez de estas disposiciones del R. 1408, considerando que las eventuales desventajas que pudiese sufrir el migrante derivan del carácter limitado de la técnica coordinatoria impuesta desde el artículo 42 TCE que no puede evitar las diferencias entre los sistemas nacionales de SS.<sup>600</sup> Según el TJCE sólo podría cuestionarse la normativa derivada cuando desfavoreciese al migrante en relación con los sedentarios pluractivos imponiendo un abono de cotizaciones sociales a fondo perdido. Consecuencias jurídicas peyorativas que, en todo caso, no podían ser impuestas por el artículo 14 quater b) que es tan sólo una norma de conflicto indirecta y *“no puede definir el contenido de las legislaciones nacionales de SS, cuya conformidad con los artículos 48 y 52 del Tratado es responsabilidad de las autoridades nacionales.”*<sup>601</sup> Sin embargo, el TJCE considera

---

<sup>599</sup> En sus Conclusiones sobre el asunto Hervein II el Abogado General, en contra de la opinión del Consejo y de la Comisión, señaló que las disposiciones establecidas en el Reglamento con el fin de coordinar la obligación de cotizar en este supuesto, no son capaces de proteger, en todo caso al migrante. Como se verá, el apartado segundo del artículo 14 quater establece que para el cálculo de la cuantía de las cotizaciones abonables en el Estado donde realiza una actividad por cuenta propia debe considerarse que la actividad por cuenta ajena también es realizada en ese Estado miembro. En opinión del Abogado General (punto 64) esta disposición puede tener como consecuencia tanto el incremento de las cotizaciones como su disminución.

<sup>600</sup> Como señala en el apartado 51 de la citada STJCE Hervein II el R. 1408 *“no garantiza a un trabajador que la extensión de sus actividades a más de un Estado miembro o su traslado a otro Estado miembro sean neutros en materia de SS. Habida cuenta de las disparidades de las legislaciones de SS de los Estados miembros, tal extensión o traslado pueden, según los casos, ser más o menos ventajosos o desventajosos para el trabajador en el plano de la protección social. De lo anterior se deriva que, en principio, una desventaja eventual, en relación con la situación en la que el trabajador ejerce todas sus actividades en un mismo Estado miembro, consecuencia de la extensión de sus actividades o de su traslado a uno o varios Estados miembros distintos y de su sujeción a una nueva legislación de SS no es contraria a las disposiciones de los artículos 48 y 52 del Tratado...”*

<sup>601</sup> Apartado 43 de la mencionada STJCE Hervein II, que el TJCE amplía en el apartado 58 de la misma señalando que: *“al igual que los artículos 48 y 52 del Tratado no implican que el ejercicio del derecho a la libre circulación de personas que efectúan una actividad profesional nunca signifique una variación de los niveles de cotizaciones sociales que pueden ser reclamadas o de la protección social que se les asegura, dichos artículos tampoco implican que, a falta de armonización de las legislaciones de SS, se asegure en todas circunstancias una neutralidad por lo que se refiere al grado de complejidad, para los interesados, de la gestión de su cobertura social.”*

que el legislador comunitario había colaborado intentado garantizar una cobertura adicional a los afectados por el artículo 14 quater b) mediante la aprobación, en el marco del R. 574, de disposiciones ad-hoc que concedían cierta protección adicional y la posibilidad de totalización acumulativa. Se deberá, por tanto, valorar caso a caso la adecuación de la doble cotización que propicia el artículo 14 quater b) en el marco de las legislaciones nacionales de SS involucradas, prohibiéndose en el caso de que en alguna no lleve aparejada cobertura alguna, esto es, se realicen a fondo perdido.<sup>602</sup> Este último criterio nos retrotrae a los mantenidos en el marco del R. 3/1958 para exceptuar el principio de unicidad y defender, en algunos supuestos, la doble cotización. Criterios que, como se recordará, fueron eliminados del R. 1408, precisamente, por su carácter polémico y su dificultosa aplicación práctica, siempre considerando la inexistencia de una relación estrictamente sinalagmática entre la relación de afiliación-cotización mantenida en un sistema nacional y la acción protectora que brinda el mismo. Por todo lo expuesto hubiese resultado más razonable la declaración de invalidez de la normativa controvertida y la restitución del principio de unicidad en el marco de la norma de conflicto general establecida en el artículo 14 quater.a).

#### **V-3-4.- Actividad por cuenta ajena o propia en varios Estados miembros y aseguramiento en un régimen especial de funcionarios.**

##### **V-3-4-1.- El artículo 14 sexies**

El Reglamento 1606/98 de 29-6-1998 introdujo en el Título II el artículo 14 sexies, donde se establecía cual era la legislación aplicable a las “*personas aseguradas en un régimen especial de funcionarios que trabajen simultáneamente, por cuenta ajena y/o por cuenta propia, en el territorio de uno o varios Estados miembros*”. Esta nueva norma de conflicto establecía que el sujeto en la situación descrita “*estará sometida a la legislación del Estado miembro en que esté asegurada en un régimen especial de funcionarios*”. Esta opción por la Ley nacional donde el interesado esté efectivamente asegurado en el marco de un régimen especial de funcionarios, se puede considerar especialmente tuitiva respecto de los intereses del trabajador. En efecto, en primer lugar,

---

<sup>602</sup> Como se señala en el apartado 64 de la STJCE Hervein II: “*Así en una situación como la del Sr. Lorthiois en la que habida cuenta del nivel de su actividad en Bélgica, las cotizaciones que se le reclaman no suponen ninguna protección social complementaria, el artículo 52 del Tratado se opone directamente a que tales cotizaciones le sean reclamadas (Véase la STJCE de 15-2-1996 sobre el Asunto Kemmler (C-53/95), apartados 12 y 13, y la STJCE de 3-2-1982 sobre los Asuntos Seco y Desquenue &Giral, asuntos acumulados 62/81 y 63/81 apartado 10).*”



hay que considerar el carácter especialmente protector y generoso de estos sistemas especiales y, por otro lado, la excepción limitada al principio general de totalización que estableció el Reglamento N° 1606/98. Como se recordará, tal excepción se basaba en la inexistencia en algunos Estados miembros, de sistemas de coordinación internos entre los regímenes especiales y generales, esto es de cómputo recíproco de cotizaciones. Por este motivo parece lógico que no se interrumpa la afiliación existente en el marco de un régimen especial, ni se propicie desde la norma de conflicto el nacimiento de otras relaciones de afiliación en regímenes generales con los que luego no se podrá totalizar.

**V-3-4-2.- El artículo 14 septies como excepción la principio de unicidad de Ley aplicable**

El Reglamento 1606/98 establecería una segunda excepción al principio de unicidad de Ley aplicable a través del 14 septies, donde se prevé que si una persona ejerce “... *simultáneamente una actividad como funcionario o personal asimilado en dos o más Estados miembros y que esté asegurada en un régimen especial de funcionarios, al menos en uno de dichos Estados miembros, estará sometida a la legislación de cada uno de dichos Estados miembros.*”

La aprobación de este artículo supuso, de forma paralela a la normativa establecida en torno al artículo 14 quater b), que el Reglamento 1606/98 introdujera en el artículo 15.1.a) del R 574 una referencia al artículo 14 septies, con el objeto de permitir la totalización de los períodos de seguro superpuestos generados en el marco de esta afiliación simultánea a dos sistemas nacionales. Asimismo, en el marco del Reglamento de desarrollo se introdujo un nuevo artículo el 14 ter donde se señala que:

*“Las disposiciones de los apartados 1, 2, 3 y 4 del artículo 12 bis se aplicarán por analogía a las personas cubiertas por los artículos 14 septies del Reglamento, las instituciones designadas por las autoridades competentes de los Estados miembros cuya legislación se determine que es aplicable se informarán en consecuencia”.*

En el apartado noveno de la Exposición de motivos del mencionado Reglamento 1606 se justificaba someramente la adopción del artículo 14 septies:

*“Considerando que también es necesario tener en cuenta las características peculiares de estos regímenes especiales adoptando una excepción limitada a las normas habituales para determinar la legislación que se ha de aplicar, dado que en determinadas circunstancias resultará adecuado que personas acogidas a un régimen especial de funcionarios estén sujetas a la legislación de más de un Estado miembro”.*

Sin embargo, existe otro motivo que puede justificar la afiliación simultánea tanto al régimen especial de funcionarios de un Estado miembro, como al sistema de

SS de otro Estado miembro donde se desarrolla una actividad por cuenta ajena o propia. En efecto, la excepción que el Reglamento 1606/98 realiza al principio general de totalización, ante la ausencia de sistemas de cómputo recíproco en el marco del régimen especial, no aconseja la desvinculación del funcionario del Régimen especial.

<sup>603</sup> El artículo septies respeta esa vinculación y permite al migrante que se afilie de forma paralela a otros sistemas de SS nacionales por el resto de sus actividades.

#### **V-4.- NORMAS DE CONFLICTO DESTINADAS A LOS TRABAJADORES INACTIVOS.**

##### **V-4-1.- Post-activos.**

El Reglamento N° 2195/91 de 25-6-1991 (DOCE L. 1992/206) introdujo, entre otras disposiciones una nueva letra f), en el marco del apartado segundo del artículo 13, donde se señalaba que:

*13.2.- Sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 14 a 17:*

*f) la persona a la que deje de serle aplicable la legislación de un Estado miembro, sin que por ello pase a aplicársele la legislación de otro Estado miembro de conformidad con una de las reglas enunciadas en las letras anteriores o con una de las excepciones o normas especiales establecidas en los artículos 14 a 17, quedará sometida a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida, de conformidad con las disposiciones de esta legislación únicamente”.*

La finalidad del artículo 13.2.f) se puede entender coincidente con la del propio Título II, respecto del cual el TJCE ha señalado que tiene como objetivo no “*sólo evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales y las complicaciones que pueden resultar de ello, sino también impedir que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento N° 1408/71 se vean privadas de protección en materia de Seguridad Social a falta de legislación aplicable*”.<sup>604</sup> En otras palabras el artículo 13.2.f) evita un conflicto negativo de normas nacionales o la inexistencia de una norma nacional aplicable al supuesto concreto. En este sentido, esta norma de conflicto no establece la competencia originaria de la *lex loci domicilii*, sino *<una competencia*

---

<sup>603</sup> En el Considerando octavo de la Exposición de motivos del R. 1606 se señaló que “...no sea obligatorio el cómputo, al amparo de dichos regímenes (especiales), de los períodos cumplidos en un régimen especial en otro Estado miembro, pero se evite la pérdida de dichos períodos mediante la exigencia de su cómputo por el régimen general del primer Estado miembro, aun cuando el interesado no haya cumplido un período en dicho régimen”.

<sup>604</sup> En este sentido véase el apartado 19 de la STJCE de 3-5-1990, sobre el Asunto Kits Van Heijningen (C-2/89); apartado 15 de la STJCE de 21-2-1991 sobre el Asunto Daalmeijer (C-245/88) y el apartado 28 de la STJCE de 11-6-1998 sobre el Asunto Kuusijärvi (C-275/98)

de sustitución>,<sup>605</sup> para el supuesto en que cese la conexión con la norma nacional del lugar de trabajo, designada previamente competente por la norma de conflicto comunitaria. Obviamente, la aplicación de la norma del lugar de residencia, no garantiza la afiliación-cotización a su sistema de SS, ni la obtención de una prestación en su seno, pues como se ha reiterado en este trabajo, tales derechos podrán surgir o no, dependiendo del contenido material de la propia *lex loci domicilii*.<sup>606</sup>

El carácter subsidiario de la conexión establecida en el artículo 13.2.f) conecta con sus destinatarios: los <post-activos>, los cuáles han de estar necesariamente inactivos profesionalmente, (en caso contrario estarían vinculados a la *lex loci laboris*) y han debido estar sometidos, en virtud del Título II, a una legislación nacional de SS que haya dejado de ser aplicable.<sup>607</sup> En efecto, se trata de sujetos incluidos en el concepto comunitario de trabajador por cuenta propia o ajena, definidos en los artículos 1.a) y 2 del R.1408 como aquéllos que “... *estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros...*”.

La aprobación de la letra f) del artículo 13.2, como se reconoce expresamente en el Considerando tercero de la Exposición de motivos del Reglamento 2195/91 vino motivada por las críticas suscitadas desde algunos Estados miembros a la STJCE dictada el 12-6-1986 sobre el Asunto Ten Holder (302/84).<sup>608</sup> En este pronunciamiento se defendió la aplicación exclusiva de la última *lex loci laboris* a la que estuvo vinculada una trabajadora, ya inactiva, con independencia del tiempo que hubiera transcurrido tras el cese de la actividad profesional.<sup>609</sup> Esta interpretación

---

<sup>605</sup> Véase punto 46 de las Conclusiones del Abogado General sobre el Asunto Comisión c. Bélgica (C-347/98).

<sup>606</sup> Así por ejemplo, un residente en España que no realice ninguna actividad en nuestro país no puede afiliarse a nuestro sistema pero si puede obtener con base en la residencia el derecho a determinadas prestaciones no contributivas, vía totalización de periodos de seguro o de residencia.

<sup>607</sup> El destinatario típico de esta norma sería, por ejemplo, un trabajador que ejerce una actividad asalariada en los Países Bajos y habita en Bélgica, por lo que está sometido a la legislación holandesa de SS. Este trabajador abandona su empleo en Holanda y decide no trabajar durante un período de tiempo durante el cuál ya no estaría afiliado en este último país, donde no puede ser considerado trabajador ni por cuenta ajena ni propia. En este sentido **STORM, M.L.** “Détachement à l’intérieur de la Communauté : possibilité d’exception à la règle générale: exceptions (art. 17). /en/ **VAN REGENMORTEL, A; JORENS, Y. (ED)** *Le Détachement international*. La Chartre Brugge. Brugge. 1995. P. 41

<sup>608</sup> En este sentido, véase **PENNINGS, Frans.** *Introduction...* op. cit. (2 ed). p. 76 y ss

<sup>609</sup> Este asunto versaba sobre una trabajadora migrante que, tras trabajar en Bélgica y Holanda, desarrolló una actividad profesional por cuenta propia, en último lugar en Alemania. Siendo en el marco de la legislación de SS de este último Estado miembro donde percibió una prestación por incapacidad temporal que exporta a Holanda, Estado miembro al que decide trasladar su residencia. Al agotarse la prestación

jurisprudencial ocasionaba ciertas consecuencias jurídicas, sin duda, imprevistas en algunos sistemas nacionales de SS universalistas que supeditaban el reconocimiento de prestaciones de SS al cumplimiento de determinados períodos de residencia. En efecto, esta jurisprudencia parecía permitir que personas afiliadas en calidad de trabajadores a tales sistemas en virtud del Título II, incluso por un breve período, permanecieran vinculados indefinidamente a tales sistemas aunque se trasladaran a residir a otro Estado miembro, donde no realizaran ninguna actividad profesional.<sup>610</sup> En otras palabras, la normativa de estos Estados miembros continuaría siendo aplicable sin que fuera posible, por aplicación de las normas de conflicto comunitarias, oponer a estos sujetos los requisitos de residencia a los que se supeditaba el reconocimiento de prestaciones. Como pusieron de manifiesto algunos asuntos sobre los que hubo de pronunciarse el TJCE, no se trataba de un problema hipotético.<sup>611</sup> El Alto Tribunal consideraría que los post-activos, aunque estaban incluidos en el ámbito subjetivo del R. 1408 en calidad de trabajadores, no eran destinatarios de las normas del Título II, pudiendo exigírseles, por tanto, los requisitos de residencia establecido en tales legislaciones nacionales de SS.<sup>612</sup>

---

alemana y después de un año de no realizar ninguna actividad profesional, se dirigió a las instituciones de SS holandesas con la pretensión de que le reconociesen una prestación para la cobertura de la ya mencionada incapacidad permanente total que la aquejaba. El Alto Tribunal en el apartado 13 señaló, que la legislación holandesa no era competente, pues se mantenía el vínculo con la última *lex loci laboris*. Véase en igual sentido, la STJCE dictada el 12-1-1983 sobre el Asunto Coppola (150/82) donde se señalaba respecto al artículo 13.2.a) que: *“aunque dicho precepto no menciona expresamente el caso de un trabajador que no ejerce ninguna actividad en el momento en que pretenda beneficiarse de prestaciones de enfermedad procede interpretarlo de manera que, en su caso, haga referencia a la legislación del Estado en cuyo territorio el trabajador ha ejercido su última actividad”*

<sup>610</sup> En los apartados 12 a 24 de las Conclusiones sobre el asunto Daalmeijer (C-245/88) reiteradas en el apartado 9 de las Conclusiones sobre el asunto Comisión v. Países Bajos (C-198/90), se intentó realizar una interpretación menos catastrófica de la STJCE Ten Holder señalando que el TJCE *“no deseó establecer una <afiliación ilimitada> en el Estado en el que se estuvo empleado para quien abandonó definitivamente el mercado de trabajo. En dicha sentencia el Tribunal de Justicia tan sólo contemplaba el supuesto limitado de un trabajador que interrumpe temporalmente su actividad laboral, por ejemplo, a causa de una enfermedad o embarazo, y que se establece en otro Estado miembro por todo el tiempo que dure dicha interrupción”*. Sin embargo, esta argumentación no ha sido adoptada por el TJCE, que continuó considerando plausible, al igual que los Estados miembros afectados, la posibilidad de vinculación indefinida al no existir límite temporal alguno en el marco del artículo 13.2.f).

<sup>611</sup> Véase, en este sentido, la STJCE de 21-2-1991 sobre el Asunto Daalmeijer (C-245/88), que versaba sobre un funcionario holandés, afiliado en último lugar al seguro de jubilación de ese mismo Estado y que con 56 años, se jubila anticipadamente, deja de trabajar y se retira con su esposa a vivir a Francia. En el marco de la doctrina Ten Holder el interesado podría haber continuado acumulando períodos de seguro bajo el sistema holandés que, por imperativo de las normas de conflicto del Título II, no podía oponerle el requisito de residencia, ni exigirle cotización alguna, pues no realizaba actividad profesional alguna ni en su territorio, ni en el extranjero

<sup>612</sup> Así se señala en la STJCE de 21-12-1991 sobre el Asunto Daalmeijer (C-245/88) *“La letra d) del apartado 2 del artículo 13 del Reglamento destinada a resolver los conflictos de legislación que pueden surgir cuando, durante el mismo período, el lugar de residencia y el lugar de empleo no están situados en*

Finalmente se introdujo en el Título II la letra f) del apartado segundo del artículo 13 del R. 1408 destinado específicamente a este colectivo, cuya aplicación no estaba exenta de dificultades, pues no resultaba claro el momento preciso en que un trabajador comunitario, a los efectos del R.1408, debía ser considerado post-activo y destinatario de la nueva disposición. Es cierto, que con la intención de aclarar tal cuestión, el mismo Reglamento 2195/91 introdujo el artículo 10 ter en el R. 574 sobre “*trámites previstos en virtud de la letra f) del apartado 2 del artículo 13 del Reglamento*” donde se señalaba que:

*“La fecha y las condiciones en las que la legislación de un Estado miembro deje de serle aplicable a un a de las personas contempladas en la letra f) del apartado 2 del artículo 13 del Reglamento se determinarán de conformidad con las disposiciones de dicha legislación. La institución designada por la autoridad competente del Estado miembro cuya legislación pase a ser aplicable a dicha persona se dirigirá a la institución designada por la autoridad competente del primer Estado miembro para conocer dicha fecha.”*

Sin embargo, del tenor del transcrito artículo 10 ter, tan sólo se podía afirmar que la aplicación del artículo 13.2.f) se dejaba en manos de la norma nacional que hubiera sido aplicable en último lugar. Entendiéndose que recae en la normativa nacional de cada Estado miembro no sólo la obligación de establecer los requisitos de afiliación obligatoria a su sistema sino también los relativos al cese de tal afiliación.<sup>613</sup> En efecto, no se establecen desde el ámbito comunitario parámetros uniformes que permitan identificar el cese de la conexión con la última norma nacional competente, por lo que subsisten las dudas sobre la identificación del momento exacto en que puede aplicarse el mencionado artículo 13.2.f).<sup>614</sup>

En este contexto normativo ambiguo, tradicionalmente, se entendió que eran post-activos aquéllas personas que habiendo cesado definitivamente de ejercer toda actividad profesional y fijaban su residencia en un Estado miembro distinto del

---

*el mismo Estado miembro, no se aplica a una persona que definitivamente haya terminado su actividad profesional en la administración de un Estado miembro y posteriormente haya ido a residir con su cónyuge en otro Estado miembro, en el que no desarrolla ninguna actividad profesional y en el que no está cubierto por un régimen de seguridad social por ningún otro concepto.”* En este supuesto, por tanto, según el TJCE “*pueden aplicarse los requisitos de residencia exigidos para la afiliación al régimen de seguridad social nacional, contrariamente a lo que sucedería en el supuesto de que fuera de aplicación la legislación de un Estado miembro con arreglo a la norma de conflicto del apartado 2 del artículo 13 del Reglamento n° 1408/71.*” En este mismo sentido, véase también la STJCE de 28-11-1991, sobre el Asunto Comisión v. Países Bajos (198/90).

<sup>613</sup> Apartado 29 de la STJCE de 11-6-1998 sobre el asunto Kuusijärvi (C-275/96)

<sup>614</sup> Así se lo cuestiona **PENNINGS, Frans**. *Introduction to ...*ed 1994. Op. cit. p. 107.

competente. De ese colectivo, no obstante, debía excluirse a los pensionistas que permanecen vinculados a las normas nacionales donde estuvieron afiliados como trabajadores, independientemente de que estos beneficiarios hubieran exportado sus pensiones a un Estado miembro distinto del deudor, donde hubiesen trasladado su residencia.<sup>615</sup> En este punto intermedio entre el trabajo y la pensión se podía considerar que se ubicaban los post-activos, pudiendo recibir tal denominación, por ejemplo, los perceptores de pensiones de prejubilación, prestaciones excluidas del ámbito material de aplicación del Reglamento y cuyo reconocimiento, conecta con la idea de abandono total del mercado de trabajo.<sup>616</sup> Por el contrario se habían entendido excluidos del ámbito aplicativo del artículo 13.2.f) a aquellos sujetos que interrumpían su actividad de modo temporal con motivo de un embarazo, una enfermedad o un período desempleo. En efecto, estos trabajadores, tanto durante la percepción de prestaciones reconocidas con motivo de las contingencias expuestas, como al expirar su abono, se presumía que pretendían volver al mercado laboral y debía mantenerse su vinculación con la última *lex loci laboris* a la que hubieran estado afiliados en calidad de trabajadores.

Sin embargo, las conclusiones mencionadas en el párrafo anterior sobre los destinatarios del artículo 13.2.f) deben revisarse, a tenor de lo señalado en los apartados 39 y siguientes de la STJCE de 11-6-1998 sobre el asunto Kuusijärvi (C275/96) donde se señala en el tenor literal de la tan mencionada disposición:

*“...No hay nada que indique que esta disposición sea aplicable únicamente a los trabajadores que hayan cesado definitivamente de ejercer toda actividad profesional y no a aquellos que únicamente hayan cesado de ejercer sus actividades profesionales en un Estado determinado. Por el contrario esta disposición está redactada en términos generales de forma que cubra todos los supuestos en los que la legislación de un Estado miembro deje de ser aplicable a una persona, por la razón que sea, y no sólo porque la persona de que se trate haya cesado su actividad profesional, temporal o definitivamente, en un Estado miembro determinado. De esta forma, el hecho de limitar*

---

<sup>615</sup> El sujeto que exporta su pensión o pensiones y se trasladan a residir a otro Estado miembro, como se verá en el epígrafe siguiente son objeto de una norma ad-hoc en el marco del Título II del Reglamento, introducida por el propio Reglamento 2195/91: el artículo 17 bis. En virtud de esta disposición este sujeto “*podrá quedar exento, si así lo solicita, de la aplicación de la legislación de este último Estado (el de residencia) siempre que no esté sujeto a esta legislación en razón del ejercicio de una actividad profesional*”.

<sup>616</sup> De acuerdo con el apartado séptimo de la STJCE de 19-2-1981 sobre el Asunto Beeck (104/80), los beneficiarios de estas prestaciones de prejubilación no son destinatarios de las prestaciones familiares por hijo a cargo que se establecen a favor de los pensionistas en el capítulo VIII del Título III. Se ha barajado la posibilidad de que la aprobación del artículo 13.2.f) fuera un intento de la Comisión de permitir que estos prejubilados percibiesen las asignaciones por hijo a cargo, en el marco de la legislación del Estado de residencia. En este sentido véase la STJCE de 28-11-1990 sobre el Asunto Comisión Países Bajos (198/90) y los apartados sexto y siguientes de las Conclusiones del Abogado General sobre el mismo.

*la aplicación de la letra f) del apartado 2 del artículo 13 del Reglamento n° 1408/71 al supuesto de cese definitivo de una actividad profesional supondría privar a esta disposición de una parte de su sustancia.*<sup>617</sup>

Según el TJCE el criterio vigente ya no es el cese definitivo de toda actividad profesional sino la ruptura del vínculo con el sistema nacional al que estaba afiliado el interesado en calidad de trabajador, de acuerdo con los criterios establecidos en su propia normativa.<sup>618</sup> En efecto, el TJCE ha considerado que tal vínculo se mantiene a pesar de que no se realice actividad profesional alguna, pero los interesados sean beneficiarios de ciertas prestaciones en el marco de una legislación nacional de SS.<sup>619</sup>

Algunas conclusiones se pueden extraer de la jurisprudencia dictada sobre los efectos jurídicos del artículo 13.2.f):<sup>620</sup> en primer lugar, que un trabajador migrante que a los efectos aplicativos del R.1408 no realice ya ninguna actividad profesional, está sujeto a la última *lex loci laboris* competente mientras así lo prevea esta legislación. En segundo lugar, que si este sujeto traslada su residencia a otro Estado miembro sin emprender allí ninguna actividad profesional, el Estado competente, donde trabajó y

---

<sup>617</sup> El Asunto Kuusijärvi versaba sobre una nacional finlandesa que había trabajado en Suecia durante 11 meses, percibido una prestación de desempleo de ese Estado hasta que dio a luz a un hijo y recibió unos subsidios por maternidad. La interesada trasladó su residencia a Finlandia, donde no ejerció actividad profesional alguna, y donde pretendía exportar los mencionados subsidios suecos, sin embargo, el TJCE señaló que resultaba aplicable el artículo 13.2.f) y debía quedar sometida a la legislación finlandesa. Pues el Derecho comunitario no se oponía a que la legislación sueca rompiera su vínculo afiliativo respecto de personas que no desempeñan ninguna actividad profesional en su territorio, ni residen en el mismo.

<sup>618</sup> Véanse en este sentido los apartados 23 y siguientes de la STJCE de 23-11-2000 sobre el Asunto Elsen (C-135/99), donde se consideró que el artículo 13.2.f) no resultaba de aplicación a una trabajadora fronteriza alemana que había cesado en su actividad laboral para la crianza de su hijo y marchado a residir a Francia. En efecto, la Sra. Elsen, seguía vinculada a la legislación de Seguridad Social alemana, donde estuvo empleada en último lugar, en virtud del artículo 13.2.a), pues en el momento del nacimiento del hijo, la Sra. Elsen estaba sujeta a la legislación alemana en calidad de trabajadora. Siendo tal circunstancia la que "...permite establecer un estrecho vínculo entre los periodos de crianza controvertidos y los periodos de seguro cubiertos en Alemania derivados del ejercicio de una actividad profesional en este Estado"..

<sup>619</sup> El TJCE en la STJCE de 3-5-01 sobre el Asunto Comisión v. Bélgica (C-347/98) descartó la aplicación del artículo 13.2.f) a los beneficiarios de ciertas prestaciones belgas por enfermedad profesional exportadas, en virtud del artículo 52 del R. 1408, a otro Estado miembro donde residían. Estos sujetos permanecían vinculados a la legislación de SS belga, no sólo en calidad de beneficiarios de las mencionadas prestaciones; si no también al poseer potenciales derechos a prestaciones por asistencia sanitaria y subsidios familiares en su seno. Por este motivo, las cotizaciones que imponía la legislación belga sobre las mencionadas prestaciones por enfermedad profesional no infringían el Derecho comunitario; pues además, gracias a ellas los interesados acumulaban periodos de seguro respecto a una futura prestación de jubilación belga.

<sup>620</sup> Acordes con la interpretación realizada por el Gobierno holandés, tras la STJCE Kuusijärvi, y que fueron recogidas por el Abogado General (apartado 34) y el propio TJCE (apartado 23 y 24) en el marco de su STJCE sobre el Asunto Comisión c. Bélgica (C-347/98)

estuvo afiliado en calidad de trabajador, puede invocar los requisitos de residencia a los que supedita la aplicación de su propia legislación nacional de SS. En este contexto, por un lado, si el Estado competente supedita a dichos requisitos de residencia la propia afiliación del trabajador, éste dejaría de estar sometido a la mencionada legislación competente; debiendo someterse a la legislación del Estado de residencia en virtud del artículo 13.2.f). Por otro lado, si la legislación del Estado competente no supedita la afiliación a un requisito de residencia, dicha legislación seguirá siendo aplicable a su antiguo trabajador. De manera, que la aplicación de la *lex loci domicilii*, en detrimento de la última normativa nacional competente, tan sólo se podría producir en un momento posterior, cuando el trabajador dejase de reunir los requisitos de afiliación de la legislación de este último Estado.

Por último, hay que señalar, que el artículo 8 de <la Propuesta>, donde se establecen las normas de conflicto generales para la determinación de la Ley nacional competente, señala en su apartado segundo que:

*“Para la aplicación del presente título, se considerará que las personas con derecho a una prestación distinta de la prestación de invalidez o de vejez a causa del ejercicio de una actividad profesional ejercen dicha actividad”.*

En efecto, los beneficiarios de estas otras prestaciones de corto plazo, a tenor de la letras a) b) y c) del mencionado artículo 8, quedan sometidos: si son trabajadores a la *lex loci laboris*, si son funcionarios a la Ley de la administración que los ocupa y finalmente a la legislación del Estado donde cumplen el servicio militar o civil si se encuentran en tal circunstancia. En la letra d) el legislador comunitario señala como cláusula de cierre de estas normas de conflicto que:

*“cualquier otra persona a la que no le sean aplicables las disposiciones de las letras a) a c) estará sometida a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside, sin perjuicio de otras disposiciones del presente Reglamento que le garanticen prestaciones en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros.”*

La lectura conjunta de ambas disposiciones de la <Propuesta>, permite afirmar que su articulado supone un gran cambio respecto de la regulación vigente, pues su aprobación supondría que sólo se considerarían post-activos a los beneficiarios de pensiones de invalidez y vejez contributivas o profesionales,<sup>621</sup> quedando sometidos, en virtud del artículo 8.4.d), a la <*lex loci domicilii*>. En la Propuesta se puede entender

---

<sup>621</sup> Estos pensionistas son los mismos sujetos inactivos que tienen reconocido expresamente su derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro en virtud de la Directiva CEE 90/364 de 28-6-1990.



también que los Estados miembros pierden el control para poner fin al vínculo afiliativo del migrante con su legislación, pues a los beneficiarios de las prestaciones de corto plazo, no mencionadas, continuará siendo aplicable la *lex loci laboris*.

#### **V-4-2.- Pensionistas**

Los pensionistas, al igual que sucedía con los post-activos, no fueron destinatarios de una norma de conflicto ad-hoc en el marco del Título II hasta la aprobación del Reglamento N° 2195/91. De hecho, de forma semejante a lo establecido respecto de los post-activos, el TJCE había afirmado previamente, en su STJCE de 21-2-1991 sobre el Asunto Noij (C-140/88), que los pensionistas estaban excluidos del ámbito de aplicación subjetivo de dicho Título II. En efecto, según el TJCE estos pensionistas no eran destinatarios de las normas de conflicto contenidas en dicho Título; no pudiendo, por lo tanto, beneficiarse del principio de unicidad de Ley aplicable establecido en el mismo.<sup>622</sup> Basándose en la STJCE mencionada, el Reglamento N° 2195/91 introdujo una norma ad-hoc en el Título II para este colectivo: el artículo 17 bis donde se establecen “*normas particulares relativas a los titulares de pensiones o de rentas debidas en virtud de la legislación de uno o varios Estados miembros.*” Esta disposición no cuestiona la competencia de las legislaciones deudoras de las prestaciones, sino que se refiere a la posibilidad de que, en el marco de una exportación de pensiones a otro Estado miembro, el beneficiario realice en el territorio de éste último, donde reside, una actividad profesional que simultanearía con la percepción de la pensión o pensiones mencionadas:

*“Artículo 17 bis: El titular de una pensión o de una renta debida en virtud de la legislación de un Estado miembro o de pensiones o de rentas debidas en virtud de las legislaciones de varios Estados miembros, que resida en el territorio de otro Estado miembro, podrá quedar exento, si así lo solicita de la aplicación de la legislación de este último Estado (donde reside) siempre que no esté sujeto a esta legislación en razón del ejercicio de una actividad profesional”*

---

<sup>622</sup> Este asunto versaba sobre un ciudadano holandés, el Sr.Noij, residente en Holanda donde había exportado una pensión de jubilación contributiva belga. La institución de Seguridad Social holandesa solicitó cotizaciones al Sr. Noij sobre sus ingresos, básicamente la pensión belga, al considerarle residente y, en consecuencia, asegurado a su sistema de SS. En dicha STJCE se señalaría que: “*las normas de derecho comunitario y especialmente las disposiciones de los títulos II y III del R.1408 no impiden que una persona, tras haber desarrollado un trabajo por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro por el cual percibe una pensión de jubilación, y que establece su residencia en otro Estado miembro en el que no desarrolla actividad alguna, quede sujeta a la legislación de este último Estado. No obstante, tales normas impiden que en dicho Estado puedan exigirse al interesado, a causa de su residencia en el mismo, las cotizaciones del seguro obligatorio para la cobertura de prestaciones a cargo de una institución de otro Estado miembro.*”

En otras palabras, el artículo 17 bis señala que los pensionistas que residen en el territorio de un Estado miembro, distinto de aquél o aquéllos responsables del abono de las prestaciones el Reglamento, no pueden quedar sometidos obligatoriamente a la <lex loci domicilii>. En efecto, el objetivo de tal disposición es preservar, en la medida de lo posible, la aplicación exclusiva de la Ley o Leyes de los Estados que abonan las prestaciones, evitando a los pensionistas el doble abono de cotizaciones por la aplicación simultánea, sobre esos mismos ingresos, de la lex loci domicilii. Los pensionistas quedarán exentos de la afiliación al Estado de residencia, pudiendo solicitar su inaplicación salvo en el supuesto de que realizaran allí una actividad profesional; pues en este supuesto, en realidad, se estaría retornando a la aplicación de la conexión general la <lex loci laboris>. No obstante, a tenor del artículo 14 quinquies del R. 1408,<sup>623</sup> si la normativa nacional donde realiza tal actividad profesional exime a los pensionistas de la obligación de afiliarse, la percepción de pensiones reconocidas en otro Estado miembro, deberá tener las mismas consecuencias jurídicas. En efecto, esta disposición impone una asimilación de condiciones, en este caso, las pensiones foráneas, impidiendo la afiliación salvo deseo expreso del migrante en este sentido.

#### **V-5.- NORMAS DE CONFLICTO DESTINADAS A LOS TRABAJADORES DESTACADOS.**

Los trabajadores destacados, *grosso modo*, son aquéllos que se desplazan durante un período limitado de tiempo con el fin de realizar su actividad profesional en otro Estado miembro distinto de aquél donde la venían realizando previamente. El destacamento es un fenómeno de importancia creciente, sobre todo en comparación con la evolución de, lo que se podría denominar, la migración típica de mano de obra; es decir, aquélla que no se realiza previendo su carácter temporal, ni en el marco de una actividad profesional previa que continúa. En efecto, mientras la evolución actual de la migración común tiende a la estabilidad, incluso descendiendo el número de trabajadores migrantes implicados, la cantidad de trabajadores destacados en el interior

---

<sup>623</sup> Artículo 14 quinquies: “Las disposiciones de la legislación de un Estado miembro que prevean que el titular de una pensión o de una renta que ejerza alguna actividad profesional no estará sujeto al seguro obligatorio por razón de esa actividad, se aplicarán igualmente al titular de una pensión o de una renta adquirida en virtud de la legislación de otro Estado miembro, a menos que el interesado solicite expresamente quedar sujeto al seguro obligatorio, a cuyo fin se dirigirá a la institución designada por la autoridad competente del primer Estado miembro...”.

de la Comunidad viene experimentando un constante crecimiento.<sup>624</sup> Se trata de un incremento vinculado, en buena medida, a la libre prestación de servicios que disfrutaban las empresas y a la consecuente liberalización en la adjudicación de concursos públicos dentro de la Comunidad. De manera, que para prestar el servicio o realizar una obra en otro Estado miembro la empresa, en ocasiones, desplazará a parte o a la totalidad de su plantilla.<sup>625</sup>

El legislador comunitario en consideración a las características del destacamento establece normas de conflicto específicas que exceptúan la conexión principal o *lex loci laboris*. Normas que se ubican en los artículos 14.1 para los trabajadores por cuenta ajena y en el artículo 14 bis.1 respecto de los trabajadores por cuenta propia; por su parte, el artículo 14 ter, sobre los trabajadores del mar, se remite a uno u otro artículo dependiendo del tipo de actividad profesional que realicen éstos.<sup>626</sup> Las mencionadas disposiciones propician la inaplicación de la Ley del Estado miembro de destino donde se desarrolla la actividad profesional del destacado, permitiendo en cambio la continuidad aplicativa de la *lex loci laboris* original o la legislación de SS del Estado miembro al que estaban vinculados estos trabajadores antes del destacamento.

*14.-1.a) “La persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro al servicio de una empresa de la que dependa normalmente y destacada en el territorio de otro Estado miembro por esta empresa con el fin de efectuar allí un trabajo por su cuenta, quedará sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de este trabajo no exceda de doce*

---

<sup>624</sup> En este sentido **BEDEE, Henk (et alii)**. *The International Guide to Social Security. A Country by Country Overview*. Kluwer. The Hague. 1995. P. 3. En el estricto marco comunitario véase **DONDERS, Peter**. “Le travail temporaire a l'étranger modalités pratiques du détachement conformément au règlement 1408/71” /en/ **VVAA**. *La libre circulation des travailleurs dans l'Union Européenne: le détachement et les perspectives de la coordination communautaire dans le cadre du Règlement 1408/71*. Institut des Assurances sociales (IKA-GRECE) et Commission Européenne. Octubre 1995.p.127 que señala que entre 1988 y 1994 se produjeron al menos 2.156.370 desplazamientos a tenor de los formularios E-101 expedidos por las Administraciones nacionales de SS. Insistiendo sobre la importancia creciente de este fenómeno véase también **SAVOINI, Carlo**. “Discurso de apertura a la conferencia ...” /en/ *La libre circulation...* op. cit. p. 10. O **GARCIA de CORTAZAR y NEBREDÁ, Carlos**. “Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas”. La Mutua. N° 3. Sept-Dic. 2000. P.11.

<sup>625</sup> En este sentido **CORNELISSEN, Rob**. “Le détachement a l'intérieur de la Communauté européenne et la sécurité sociale: cadre juridique”. /en/ **VVAA**. *La libre...* op. cit. p. 32. Por este motivo seguramente, y de acuerdo con el estudio empírico realizado por **DONDERS, Peter**. “Le travail temporaire...” op. cit. p. 132, el sector productivo en cuyo marco se produce un mayor número de destacamentos es el de la industria de la construcción

<sup>626</sup> Interpretando estos artículos la CASSTM dictó numerosas Decisiones, entre las que destacan, la Decisión nº 87, la nº 110, la nº 113, o la nº 128 aprobada en 1985 que fue sustituida, por la actualmente vigente Decisión nº 162 aprobada en 1996.

*meses y que no sea enviada en sustitución de otra persona que haya llegado al término del período por el que ha sido destacada”*

*14 bis.1.a) “La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en el territorio de un Estado miembro y que realiza un trabajo en el territorio de otro Estado miembro, seguirá sometida a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de ese trabajo no exceda de doce meses.”*

En el apartado b) de ambos artículos, prácticamente idénticos, se señala que:

*“Si la duración del trabajo que ha de ser realizado se prolonga debido a circunstancias imprevisibles más allá de la duración en un principio prevista y llega a exceder de doce meses, la legislación del primer Estado seguirá siendo aplicable hasta la finalización de ese trabajo, a condición de que la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio esté destacado el interesado, o el organismo designado por dicha autoridad, haya dado su conformidad. Esa conformidad deberá ser solicitada antes de que termine el período inicial de doce meses. No obstante, esa conformidad no podrá darse para un período que exceda de doce meses.”*

De los artículos citados se pueden extraer tres notas caracterizadoras del denominado <destacamento>: en primer lugar, se exige la afiliación a un sistema nacional de SS, fruto de la realización de una actividad profesional por cuenta propia o ajena, previa al destacamento. En segundo lugar, esta actividad profesional debe continuar desarrollándose en otro Estado miembro, de manera que, como ha señalado la doctrina acertadamente, se trata de una movilidad dentro del trabajo y no en busca del mismo.<sup>627</sup> En tercer lugar, la conexión excepcional que establecen las normas de conflicto mencionadas, sólo se puede mantener durante un período de tiempo limitado;<sup>628</sup> es decir, la virtualidad de tal conexión no es indefinida.

La opción del legislador comunitario por mantener la aplicación de la <lex loci laboris> originaria, exceptuando la aplicación de la Ley del lugar donde realmente se realiza tal actividad, supone “... una quiebra del principio de territorialidad de las normas que regulan los sistemas de SS en cuanto a que, por un lado, esas normas le obligan a extender la protección a personas que trabajan más allá de sus fronteras y, por otro, a admitir que personas que desarrollan una actividad dentro del país (donde efectivamente trabajan) no se hallen sometidas a sus sistemas de SS”.<sup>629</sup> La <lex lo

---

<sup>627</sup> En este sentido LYON CAEN, Antoine. “La circulation des ...” op cit. p. 18.

<sup>628</sup> Elemento que distingue a este colectivo de los trasladados de un modo definitivo o indefinido donde no concurre la temporalidad, colectivo al que COUTANCEAU op. cit. p. 582 denomina <expatriés>.

laboris> originaria continúa siendo la única Ley de afiliación-cotización aplicable al trabajador destacado, tal y como se refleja en el formulario E-101 que debe expedir la institución competente del Estado de origen, a tenor del artículo 11 del Reglamento 574/72. Esa misma legislación de afiliación, será, normalmente, la competente para el reconocimiento, en su caso, de las distintas prestaciones. Sin embargo, las prestaciones médicas en especie, de carácter intrínsecamente inexportable, serán servidas, a tenor del artículo 22.1 del Reglamento, por las instituciones del Estado donde está destacado el trabajador, aunque siempre a costa del Estado competente.<sup>630</sup>

De acuerdo con el TJCE, el objeto de esta excepción a la aplicación de la *lex loci laboris* real mediante el mantenimiento del vínculo originario es facilitar la libre circulación de trabajadores y la interpenetración económica.<sup>631</sup> Estas disposiciones evitan complicaciones administrativas, no sólo a los trabajadores y sus empresas, también incluso a las propias instituciones de SS involucradas, cuando éstos fueran enviados o se trasladasen a otro Estado miembro a realizar trabajos de corta duración.<sup>632</sup> Asimismo, se trata de evitar los perjuicios que, para el interesado, puedan derivarse de la que se presume será una breve ruptura de su carrera de seguro, pues el cumplimiento de cortos períodos de seguro en distintos Estados miembros no se neutraliza, en todo caso, mediante la totalización.<sup>633</sup>

---

<sup>629</sup> **HERRERO COCO, Covadonga.** “La protección social de los trabajadores destacados: legislación aplicable. Particularidades y excepciones”. Noticias de la Unión Europea. (número especial dedicado a a la SS en el Derecho europeo (y II). N° 158/Año XIV. 1998. p. 23

<sup>630</sup> Los formularios E-101 y E-102 relativos al desplazamiento de trabajadores en el Espacio Económico Europeo, cuyo último formato se aprobó a través de la Decisión nº 164 de la Comisión Administrativa de las comunidades Europeas para la SS de los Trabajadores migrantes de 27 de noviembre de 1996 (DOCE de 8-8-97 nº L216/85) se acompañan desde la aprobación del Reglamento nº 1290/97 del Consejo del pasado 27 de junio de 1997, de un nuevo formulario el E-128 que se refiere a las prestaciones en especie por enfermedad que pueda necesitar durante su estancia en el extranjero un trabajador destacado y los miembros de su familia. Como ya se ha señalado, el Estado que sirve dichas prestaciones en especie, lo hace con base en su legislación nacional, salvo en lo que se refiere a la duración de las mismas, la cual será la fijada en la legislación del Estado competente de afiliación.

<sup>631</sup> Esta normativa se introdujo en el marco del artículo 13 del Reglamento N° 3/1958 a través del Reglamento 24/64. En el marco de los Reglamentos originarios destinados exclusivamente a los trabajadores por cuenta ajena se constató que la finalidad de esta disposición era, entre otras, la de “...promover la libre prestación de servicios en beneficio de empresas que lo utilicen para enviar trabajadores a Estados miembros distintos de aquel en el cual están establecidas”. Véanse apartados 10 y 11 de la STJCE Manpower (35/70) de 17-12-1970

<sup>632</sup> En este sentido véase el punto 19 de la STJCE de 9-11-2000 sobre el Asunto Plum (C-404/98) donde se citan a su vez el apartado 10 de la STJCE de 17 de diciembre de 1970 sobre el Asunto Manpower (35/70) y el apartado 10 de la STJCE de 10-2-2000 sobre el Asunto FTS (C-202/97).

<sup>633</sup> En este contexto, resulta interesante, como se explicará en el capítulo tercero de este trabajo, como en el marco del reconocimiento de una prestación de jubilación, a tenor del artículo 48 del Reglamento, los

En primer lugar, se estudiarán los rasgos caracterizadores de los sujetos destinatarios de esta excepción distinguiéndose, al igual que el propio Reglamento, entre trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia. En segundo lugar, se aludirá a los límites temporales de tal excepción que, como se señaló, poseen una regulación común. Como se pondrá de manifiesto, tras el estudio de las condiciones de aplicación de esta excepción, existe un proceso de flexibilización de sus elementos configuradores.<sup>634</sup> Esta circunstancia provoca no sólo que resulte complejo la propia constatación de la concurrencia de los propios requisitos,<sup>635</sup> si no que desvirtúa, en buena medida, las causas que justificaron el establecimiento de esta excepción a la conexión general “lex loci laboris”.

#### **V-5-1.- El trabajador destacado por cuenta ajena:**

El trabajador destacado por cuenta ajena es el destinatario del artículo 14.1.a) del R. 1408, como ha confirmado el TJCE, en su Sentencia de 10-2-2000 sobre el Asunto FTS (C-202/97),<sup>636</sup> la aplicación de esta disposición se supedita a dos requisitos: en primer lugar, a la existencia de una relación de dependencia del trabajador respecto de la empresa que lo contrata y, en segundo lugar, a la existencia de ciertos vínculos entre la propia empresa y el Estado de origen del destacamento.

---

Estados miembros donde se hayan cubierto períodos de seguro inferiores al año no resultan involucrados en el proceso de liquidación de dichas pensiones..

<sup>634</sup> En este sentido **GARCIA de CORTAZAR y NEBREDA, Carlos**. “Regulación...” op. cit. P.9.

<sup>635</sup> En este sentido **LYON CAEN, Antoine**. “La circulation des ...” Op. cit. p. 22. Planteaba como sintomática la distinción entre el fenómeno del destacamento y el trabajo en distintos Estados miembros como figura próxima a él; sobre la que se pronunciaría la STJCE de 16-2-1995 sobre el Asunto Calle Grenzshop (C-425/93), que versaba sobre la empresa alemana Calle Grenzshop ubicada en una zona muy próxima a la frontera germano-danesa que tenía contratado como Director a un danés residente en Dinamarca afiliado al sistema de SS de este país, donde trabajaba 10 horas por semana. El TJCE consideró que estaba correctamente afiliado al sistema danés al amparo del artículo 14.2.b.i) del R. 1408, rechazando la idea de que se trataba de un trabajador destacado defendida por las instituciones alemanas, porque no existía ningún límite temporal a la actividad que realiza en Dinamarca.

<sup>636</sup> Esta cuestión prejudicial versaba sobre FTS sociedad irlandesa de trabajo temporal con actividad en ese país y en Holanda; pues contrata trabajadores irlandeses domiciliados en Irlanda, afiliados a la SS irlandesa que son puestos a disposición de empresas usuarias holandesas, país donde FTS posee una pequeña oficina. Las autoridades holandesas, habida cuenta del volumen de negocio desarrollado por FTS en su país, consideró que la afiliación al sistema irlandés estaba erróneamente realizada y en consecuencia dictó una resolución por la que establecía la afiliación de los mismos al sistema holandés y en consecuencia el pago de cotizaciones. Resolución que fue impugnada por FTS considerando que sus trabajadores habían sido destacados en virtud del artículo 14.1.a), como certificaban los formularios E-101 emitidos por las autoridades irlandesas.

El primer y principal requisito<sup>637</sup> para aplicar la norma de conflicto será la constatación de que existen tales vínculos de dependencia con un empresario y que éstos perduran durante el destacamento a otro Estado miembro.<sup>638</sup> Como señaló el TJCE en los apartados 24 y 25 de la STJCE FTS, la concurrencia de este requisito queda confirmada cuando exista un <vínculo orgánico> de autoridad o subordinación del trabajador a la empresa.<sup>639</sup> Con el objeto de valorar la existencia del vínculo la Decisión N° 162 recurre a criterios completamente laborales, o enmarcables en el Derecho del Trabajo:

*“para establecer si sigue existiendo ese vínculo orgánico y si se mantiene la relación de dependencia del trabajador respecto de la empresa de envío, es preciso tener en cuenta varios elementos, en particular la responsabilidad en materia de contratación, contrato de trabajo, despido y determinación de la clase de trabajo”.*<sup>640</sup>

Sin embargo, como ya se ha señalado, la relación jurídica relevante en el marco del Reglamento es la de SS, de manera, que la exigencia de que exista una relación laboral previa al destacamento debe relativizarse. De hecho, aunque se exige la inclusión del trabajador en el ámbito organizativo de la empresa, la jurisprudencia comunitaria y la propia CASSTM,<sup>641</sup> han considerado que se cumplen los requisitos del artículo 14 en el supuesto de que una empresa destaque inmediatamente al trabajador contratado. Siendo el vínculo con el sistema de SS la cuestión relevante, la práctica habitual de la TGSS, la Institución nacional española de SS encargada de expedir el formulario E-101, será comprobar si existe una relación jurídica de SS preexistente al destacamento en el marco del sistema de SS nacional. En efecto, se comprobará básicamente si la empresa realizó cotizaciones respecto del trabajador que pretende

---

<sup>637</sup> En este sentido y por todos: LYON-CAEN, Antoine. p.22.

<sup>638</sup> Sobre la necesidad del vínculo de dependencia o subordinación ya se manifestó, muy tempranamente, en su STJCE de 5-12-1967 sobre el asunto Van der Vecht (19/67) que versaba sobre un trabajador contratado únicamente para desarrollar su actividad profesional en el territorio de un Estado miembro distinto de donde se encontraba la sede habitual de la empresa contratante. En este supuesto el TJCE señala que la valoración sobre la determinación de la ley aplicable dependerá de las circunstancias del supuesto concreto de los acuerdos entre empresas debiendo quedar claro quien le contrata y le remunera, si una vez contratado escapase completamente de su autoridad “...sería sin duda abusivo considerar que permanece ocupado por ella...”.

<sup>639</sup> Véanse los apartados 18 y 19 de la STJCE Manpower (35/70) y la STJCE Van der Vecht (19/67)

<sup>640</sup> Punto 1° de la Decisión n° 162 de la Comisión administrativa de las comunidades Europeas para la SS de los trabajadores migrantes dictada el 31-5-1996

destacar, pues en realidad la TGSS carece de datos sobre la realización efectiva de la relación laboral.<sup>642</sup>

Así, por ejemplo, no resulta relevante, como ya puso de manifiesto el TJCE en 1967<sup>643</sup> y reitera el TJCE en el apartado 44 de la STJCE sobre el Asunto FTS, que los trabajos ejecutados en el lugar de destino sean distintos a los efectuados normalmente en el Estado de origen. Además la norma de conflicto del artículo 14 es plenamente aplicable cuando una Empresa de Trabajo Temporal contrate a un trabajador con la intención de ponerlo inmediatamente a disposición de una empresaria usuaria ubicada en otro Estado miembro.<sup>644</sup> Sin embargo, hay que señalar que el mantenimiento de este vínculo no queda garantizado “... *si se pone al trabajador destacado a disposición de una tercera empresa,*”<sup>645</sup> situada en un tercer Estado miembro, por parte de la empresa usuaria del Estado de empleo. En efecto, no se permite la aplicación al artículo 14 del Reglamento a este tipo de dobles cesiones de manos de obra. En este sentido, la Decisión N° 162 prohíbe asimismo la aplicación del artículo 14 al trabajador que “*es contratado en un Estado miembro para ser enviado por una empresa situada en un segundo Estado miembro a una empresa de un tercer Estado miembro*”.<sup>646</sup>

---

<sup>641</sup> Así se recoge en el primer apartado del punto 2.b).ii) de la Decisión n° 162 de la Comisión administrativa de las comunidades Europeas para la SS de los trabajadores migrantes dictada el 31-5-1996.

<sup>642</sup> Así lo ratifica el estudio de **DONDERS, Peter**. “Le travail temporaire...” op. cit p. 138. Sin embargo, esta práctica resulta en algunos Estados, como Luxemburgo, Dinamarca, Francia y los Países Bajos, algo complicada; al no estar encargada del cobro de las cotizaciones y de expedir el formulario E-101 la misma Institución administrativa, lo que obliga a una coordinación interna adicional para el logro de la información precisa, que ralentiza el proceso. En España la TGSS se encarga de ambos menesteres, este organismo exime del requisito de cotización previa a las empresas españolas que contraten a un trabajador español al que dan de alta con la intención de que sea automáticamente desplazado a otro Estado miembro. Sin embargo, si el trabajador no es español la TGSS sí exige para expedir el formulario E-101 unas cotizaciones mínimas de la empresa española a favor de este trabajador extranjero, con base a las cuales considera que existe un vínculo orgánico entre ellos. Esta práctica supone una discriminación por razón de la nacionalidad completamente injustificada debiendo constatar en ambos casos la vinculación al sistema de SS español, con independencia de la nacionalidad del trabajador que se pretende destacar.

<sup>643</sup> STJCE de 5-12-1967 sobre el asunto Van der Vecht (19/67)

<sup>644</sup> Sobre destacamentos en el marco de una ETT véanse STJCE de 17-12-1970, Asunto Manpower. (35/70) y de 17-12-1981 Webb (C-279/80).

<sup>645</sup> Así se recoge en los Considerandos 7° y 10° de la Decisión n° 162 de la Comisión administrativa de las comunidades Europeas para la SS de los trabajadores migrantes dictada el 31-5-1996 en relación “... *a la interpretación de los artículos 14.1 y 14 ter.1 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo relativo a la legislación aplicable a los trabajadores destacados.*”, es decir, los desplazados por cuenta ajena. Esta decisión sustituye a la decisión n° 128 sobre esta misma materia de 17 de octubre de 1985.

<sup>646</sup> Así se recoge respectivamente en los apartados a),b) y c) del punto 3. de la Decisión n° 162 de la Comisión administrativa de las comunidades Europeas para la SS de los trabajadores migrantes dictada el



El segundo requisito, como señaló en los apartados 33 y 45 de la STJCE sobre el Asunto FTS,<sup>647</sup> supone que la empresa que pretenda beneficiarse del mencionado artículo 14 ha de estar establecida en el Estado miembro de origen del desplazamiento efectuando habitualmente <actividades significativas> en el territorio del mismo. Este requisito exigido por primera vez por el TJCE en el marco de aplicación del Reglamento N° 3/1958,<sup>648</sup> fue confirmado en la Decisión 128,<sup>649</sup> y retomado en la vigente Decisión N° 162 que la sustituyó.<sup>650</sup> Motivos por los que, como confirma el TJCE en los apartados 31 y siguientes de la mencionada STJCE FTS, resulta un requisito claramente exigible en el marco del vigente R.1408, no sólo a las ETTs sino a toda empresa que contrate trabajadores con la finalidad de proceder a su destacamento inmediato dentro de la propia empresa a otro Estado miembro.<sup>651</sup> La finalidad de esta segunda exigencia será evitar el abuso de aquellas empresas que mediante la utilización de un <domicilio

---

31-5-1996. Se ha señalado que el TJCE podía no haber respetado esta prohibición al pronunciarse sobre el Asunto Aldewereld (C-60/93) en cualquier caso prevalecería la STJCE, pues como es sabido las Decisiones de la CASSTM no son jurídicamente vinculantes. En este sentido **MOORE, Matthew**. "Freedom of movement and migrant workers' social security: an overview of the Courts's jurisprudence 1992-1997". CMLRev, n° 35/1998 p. 455. Grosso modo el asunto Aldewereld versaba sobre un ciudadano holandés residente en Holanda que fue contratado por una empresa alemana que lo dio de alta en el sistema de SS alemán y lo destacó inmediatamente a Tailandia. A pesar de que abonaba cotizaciones al sistema alemán, la institución holandesa exigió al Sr. Aldewereld que cotizara asimismo a su sistema de SS por las actividades profesionales realizadas en Tailandia. El TJCE para evitar esta doble cotización, tras constatar que no existía ninguna disposición del Título II que se ajustase al supuesto descrito se decantó por la aplicación de la legislación de SS del lugar donde tenía su sede el empresario, Alemania, en una interpretación bastante libre del artículo del 14.2.b)

<sup>647</sup> Jurisprudencia confirmada en el en el apartado 21 de la STJCE de 9-11-00 sobre el Asunto Plum (C-404/98).

<sup>648</sup> Apartado 16 de la STJCE Manpower (35/70)

<sup>649</sup> En cualquier caso el propio Tribunal matiza tal apreciación al señalar, a continuación, que la Decisión "...*aunque pueda proporcionar una ayuda a las instituciones de SS encargadas de aplicar el Derecho comunitario en esta materia, no puede obligar a dichas instituciones a seguir determinados métodos o a adoptar determinadas interpretaciones cuando aplican las normas comunitarias*". De acuerdo con la reiterada jurisprudencia dictada en las STJCEs de 14-5-1981 Romano (98/80) apdo. 20; confirmada en la STJCE de 8-7-1992 Knoch (C-102/91) apdo. 52.

<sup>650</sup> Así se recoge en el punto 2.b) de la Decisión n° 162 de la Comisión administrativa de las Comunidades Europeas para la SS de los trabajadores migrantes dictada el 31-5-1996. El artículo 9.1 de la <Propuesta> recoge esta exigencia de la contratación habitual del empresario en el marco del Estado cuya legislación de SS se pretende mantener. "*La persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro y que vaya a efectuar en el territorio de otro Estado miembro un trabajo por cuenta de su empleador que emplea habitualmente a personal en el territorio del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de doce meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona que haya llegado al fina de su periodo de desplazamiento*".

<sup>651</sup> Este sentido, apuntado en la Decisión N° 128, es destacado por **CORNELISSEN, Rob**. "Le détachement a ..."op. cit.p.42.

de conveniencia> se beneficien de la aplicación del artículo 14.1.a) del Reglamento para su propio interés.<sup>652</sup>

La doctrina ha señalado, no obstante, que la actividad habitual significativa en el Estado de origen de la empresa que exige el TJCE, paradójicamente, parece obstaculizar el ejercicio de otros derechos fundamentales reconocidos en el acervo comunitario. En efecto, se entorpece el ejercicio del derecho al libre establecimiento<sup>653</sup> o la libre prestación de servicios;<sup>654</sup> derechos a cuya defensa también está destinado, según el TJCE,<sup>655</sup> el propio R.1408. Por otro lado, la exigencia de este requisito tampoco parece casar con el objetivo último del R. 1408, que no es otro que la protección de los derechos de SS del migrante, los cuales pueden estar válidamente garantizados mediante la afiliación a la legislación del Estado de origen. En efecto, este requisito parece responder a objetivos diferentes, poco defendibles en el marco del R. 1408, como la protección de ciertas empresas de situaciones de <dumping social.> Propiciadas por destacamentos realizados con el único objeto de mantener la relación de afiliación con el Estado de origen, donde se abonan cotizaciones de inferior cuantía a las exigidas por el Estado receptor de los trabajadores destacados.<sup>656</sup>

---

<sup>652</sup> Con el fin de evitar una utilización del desplazamiento en fraude de ley el TJCE señalaba en su Sentencia de 9-11-2000 sobre el Asunto Plum (C-404/98) que no debía aplicarse el artículo 14.1.a), debiendo quedar los trabajadores sometidos a la *lex loci laboris* del Estado de destino, en el siguiente supuesto que afectaba a: “... *los trabajadores de una empresa de construcción establecida en un Estado miembro que son destinados a trabajos de construcción el territorio de otro Estado miembro en el que dicha empresa ejerce la totalidad de sus actividades, a excepción de las de gestión meramente internas. Conforme al artículo 13, apartado 2, letra a), de dicho Reglamento, tales trabajadores están sometidos a la legislación de SS del Estado miembro en cuyo territorio ejercen efectivamente su actividad*”.

<sup>653</sup> La libertad de establecimiento o la apertura de sucursales de una sociedad en otro Estado miembro tampoco admite ser limitada por la ausencia de actividad de la sociedad en el Estado miembro de origen, como ha señalado la STJCE de 9-3-1999 sobre el Asunto Centros Ltd. (C-212/97) Sobre la exigencia de establecimiento en un Estado miembro como obstáculo a la libre circulación resultan también interesantes las Conclusiones del Abogado General de 5-4-01 sobre el Asunto Comisión- Alemania (C-493/99)

<sup>654</sup> En este sentido véase **MAVRIDIS, Prodromos**. “La fin des doubles cotisations sociales en Europe?”. *Droit Social*. N° 12/décembre. 2000. P.1109. Autor que señala que este requisito parece obligar al establecimiento de la empresa en el Estado donde pretende realizar el desplazamiento de trabajadores, vaciando de contenido a la libre prestación de servicios.

<sup>655</sup> “*El artículo 14.1.a) del R.1408 tiene especialmente por objeto promover la libre prestación de servicios en beneficio de aquellas empresas que lo utilicen para enviar trabajadores a Estados miembros distintos de aquel en que están establecidas. En efecto, pretende superar las trabas que pudieran obstaculizar la libre circulación de los trabajadores y favorecer la interpenetración económica, evitando complicaciones administrativas, en particular, a los trabajadores y a las empresas*”. Como ha señalado el TJCE en el apartado 19 de la STJCE de 9-11-00 sobre el Asunto Plum (C-404/98) reiterando su doctrina establecida: en el apartado 10 de la STJCE de 17-12-1970 sobre el Asunto Manpower (35/70), en el apartado 28 de la STJCE de 10-2-2000 sobre el Asunto FTS (C-202/97).

Junto a los problemas mencionados la doctrina ha hecho hincapié en la propia vaguedad del mencionado requisito, cuyo tenor adolece de la concreción suficiente para facilitar la constatación de su efectiva concurrencia.<sup>657</sup> Con el fin de paliar tal déficit el TJCE en el apartado 43 de su STJCE sobre el Asunto FTS, sin afán exhaustivo, señala algunos de los criterios que podrían resultar útiles para determinar su existencia:

*“... el lugar de domicilio social de la empresa y su administración, la plantilla de 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 realizado durante un periodo suficientemente significativo en cada Estado miembro de que se trate.”*

Por último, hay que señalar que Decisión nº 162 establece en su punto cuarto unas determinadas obligaciones de información entre todas las partes implicadas en un destacamento realizado en el marco del artículo 14 del R.1408:

En primer lugar, se establece la obligación de información recíproca entre la Institución competente del Estado miembro, a cuya legislación siga sujeto el trabajador por cuenta ajena destacado, y por otra el empresario junto al propio trabajador. De acuerdo con el punto 4º a) de la mencionada Decisión, la Institución informará a empresario y trabajador de las condiciones a las que se somete el mantenimiento del vínculo, pudiendo realizar controles al empresario sobre mantenimiento del vínculo orgánico y abono de cotizaciones.<sup>658</sup>

Como se establece en el punto 4º b) de la citada Decisión, la obligación de información también discurre en la dirección contraria ya que: *“... el trabajador*

---

<sup>656</sup> **MAVRIDIS, Prodromos.** “La fin des ...” op. cit. P.1110. Autor que destaca que el objetivo del R.1408 no es luchar contra la competencia desleal entre empresas.

<sup>657</sup> Véase **JORENS, Yves; SCHULTE, Bernd.** “The implementation...” op. cit. p. 42. Como ha destacado **MAVRIDIS, Prodromos.** “La fin des ...” op. cit. P.1109, se trata de una fórmula tan vaga “que no garantiza la seguridad jurídica que es indispensable para los trabajadores y los operadores económicos”. Este autor se pregunta cuanto tiempo es necesario para considerar que concurre la habitualidad ¿una semana? ¿un mes?...

<sup>658</sup> Estos controles de acuerdo con el punto 4ºd) de la Decisión se llevarán a cabo a través de la cooperación entre las instituciones competentes del Estado de envío y de empleo. “...así como cuando existan dudas sobre la aplicabilidad de la letra a) o b) del apartado 1 del artículo 14 del Reglamento (CEE) nº 1408/71”. Como es sabido, en este primer apartado es donde se establece los requisitos para excepcionar la *lex loci laboris* como conexión aplicable a los trabajadores por cuenta ajena destacados. Como se verá, en el apartado b) se establece el mecanismo de la prórroga por otros doce meses del mantenimiento de la Ley del Estado de envío durante el destacamento.



*destacado así como su empleador informarán a la institución competente del Estado de envío de toda modificación que tenga lugar durante el desplazamiento... ”*<sup>659</sup>

En segundo lugar se establece una obligación de comunicación constante entre las instituciones competentes en materia de SS de los Estados miembros de envío y empleo. La Institución de origen, a tenor del punto 4º c) de la Decisión, informará a la Institución de empleo sobre cualquier modificación que se produzca durante el desplazamiento.

Estas obligaciones de información se completan con la exigida al empresario respecto de su empleado, establecida con carácter general por la Directiva del Consejo 91/533/CEE de 14 de octubre, relativa *“a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral”*.<sup>660</sup> En esta Directiva donde no se alude expresamente a la SS se establece la obligación de hacer constar en el contrato de trabajo o en otro documento escrito, las condiciones básicas de la contratación. Exigiéndose en los supuestos en que el trabajador deba ejercer normalmente su trabajo en otros países, que la información adicional, relativa al desplazamiento, sea entregada antes de su partida.

#### **V-5-2.- El trabajador destacado por cuenta propia**

El Título II del R. 1408 se refiere al trabajador por cuenta propia destacado en el artículo 14 bis.1.a), el carácter autónomo de este trabajador hace que se incida especialmente sobre su carácter temporal, límite que también concurre respecto del trabajador por cuenta ajena y que se abordará, de forma conjunta, en el epígrafe siguiente.

---

<sup>659</sup> Especialmente, la Decisión destaca que deberá informarse sobre:

- *“si el desplazamiento o la prolongación del desplazamiento solicitado no han llegado a producirse.*

- *si la actividad queda interrumpida en un caso distinto del contemplado en la letra c) del punto dos de la presente Decisión. (Donde se señala que: “la interrupción temporal de las actividades del trabajador en la empresa del Estado de empleo no interrumpirá el desplazamiento con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 14 y en el apartado 1 del artículo 14 ter”.)*

- *si el trabajador destacado es destinado por su empresario a otra empresa del Estado de envío, en particular en caso de fusión o de traspaso de empresas”.*

<sup>660</sup> Véase la incorporación al ordenamiento español de esta Directiva en el artículo 8.5 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo y el Real Decreto 1659/1998 de 24 de julio. Véase especialmente el artículo 3 del mencionado RD donde se establece la *“información adicional en los supuestos de prestación de servicios en el extranjero”*.

Respecto del artículo 14.bis.1.a) hay que señalar, que su tenor literal plantea una duda,<sup>661</sup> pues no especifica si el trabajo a realizar por el trabajador autónomo en el Estado miembro de destino, ha de ser necesariamente por cuenta propia o puede ser por cuenta ajena,<sup>662</sup> pudiendo existir dos posturas al respecto:<sup>663</sup>

En primer lugar, se puede considerar que sólo existe destacamento, y se aplica la norma de conflicto del artículo 14 bis cuando el trabajador por cuenta propia continúa realizando una actividad por cuenta propia en el Estado de destino. En efecto, si el trabajador autónomo se desplazara a realizar una actividad por cuenta ajena a otro Estado miembro no se podría aplicar el artículo 14 bis.1,<sup>664</sup> resultando competente, a tenor del artículo 13.2.a), la legislación de SS del Estado donde trabaja por cuenta ajena. En ocasiones, podría ser también aplicable el artículo 14 quater si se considerara que mantiene su afiliación como autónomo en el Estado de origen y realizara ambas actividades simultáneamente.

En segundo lugar, se podría entender que el artículo 14 bis.1.a) continuaba siendo aplicable aunque el trabajador autónomo realizara una actividad por cuenta ajena

---

<sup>661</sup> El artículo 14 bis.1.a) señala que “*la persona que ejerza una actividad por cuenta propia en el territorio de un Estado miembro y que realiza un trabajo en el territorio de otro Estado miembro, seguirá sometida a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de ese trabajo no exceda de doce meses.*” Señalando esta ambigüedad GARCIA RODRIGUEZ, Isabel. Op. cit. p.290.

<sup>662</sup> Esta ambigüedad no se produce en el marco del artículo 14 ter.2 relativo al destacamento del trabajador autónomo que trabaje a bordo de un buque y que efectúe “*...por su propia cuenta un trabajo a bordo de un buque que enarbole pabellón de otro Estado miembro...*”. Artículo que se remite al 14 bis.1.a).

<sup>663</sup> Véase sobre esta disyuntiva el Asunto Banks (C-178/97) que versaba sobre una serie de artistas de nacionalidad británica y residentes en Reino Unido que estaban dados de alta y cotizaban como trabajadores por cuenta propia a la SS británica. Estos sujetos fueron contratados durante varios meses por un Teatro belga que les retenía de sus honorarios ciertas cantidades en concepto de cotizaciones a abonar al Régimen General del sistema de SS de Bélgica. El Sr. Banks se opuso a la retención presentando un certificado E-101 expedido con efectos retroactivos, por el Ministro británico de la SS, en el cual se hacía constar que eran trabajadores británicos por cuenta propia destacados a tenor del artículo 14bis, 1.a) del Reglamento. Sin embargo, la autoridad belga entendía que el Sr Banks estaba incluido en el supuesto del artículo 14 quater a), es decir, que trabajaba por cuenta propia en el Reino Unido y por cuenta ajena en Bélgica, debiendo prevalecer la afiliación a este último país. Finalmente el TJCE consideró que se trataba de trabajadores destacados y se pronunció a favor del carácter vinculante y posible retroactividad del formulario E-101 respecto de las instituciones del país de destino.

<sup>664</sup> Sobre esta disyuntiva véase puntos 17 y siguientes de la STJCE de 30-3-2000 sobre el Asunto Banks (C-178/97). En el supuesto de limitarse la aplicación del artículo 14 bis al trabajo en el extranjero por cuenta propia, se duda si el Estado competente para calificar las citadas actividades sería donde realiza normalmente su actividad por cuenta propia; o en sentido contrario, como defiende la Comisión, al amparo de la STJCE sobre el asunto Hervein (C-221/95), correspondería tal calificación a la legislación del Estado miembro en el que realiza este segundo trabajo, la de destino.

en el Estado de destino, conservándose la competencia de la *lex loci laboris* originaria. El TJCE ha apoyado esta segunda interpretación, señalando que el término <trabajo> contenido en dicho artículo 14 bis.1 “... *incluye toda prestación laboral, sea por cuenta ajena o por cuenta propia*”.<sup>665</sup> Esta postura que se basa en la propia indeterminación del tenor literal de la norma, así como en las circunstancias en que se adoptó tal disposición, genera interesantes consecuencias jurídicas con cierta trascendencia económica para los sistemas de SS involucrados.

En efecto, esta interpretación que cuenta con el beneplácito del TJCE supone que un trabajador autónomo que se desplace para realizar una actividad por cuenta ajena, pueda mantener la vinculación con su sistema de SS originario donde estaba encuadrado como autónomo.<sup>666</sup> En el supuesto de que en el marco de la legislación originaria que continúa siendo la única competente y aplicable se pagasen escasas cotizaciones, resulta evidente que este trabajador gozaría de una ventaja comparativa respecto de los trabajadores del Estado de destino. En efecto, podría estar ejerciendo un trabajo por cuenta ajena en este Estado miembro, eludiendo el pago de las cotizaciones que, en principio, hubieran resultado exigibles.<sup>667</sup> Esta situación no es hipotética, pues ha sido denunciada respecto de los trabajadores asegurados por cuenta propia en los sistemas de SS de Reino Unido o Irlanda<sup>668</sup> y que se desplazan al continente para

---

<sup>665</sup> Esta postura por la que se decantó el Fallo de la STJCE de 30-3-2000 sobre el Asunto Banks (C-178/97) se sustentaba en la elección deliberada del Consejo al adoptar el Reglamento CEE N° 1390/81 de 12 de mayo de 1981, que sustituyó por ese término ambiguo de <trabajo> la expresión <prestación de servicios> empleada por la Comisión tanto en la Propuesta inicial del Reglamento como en la modificada, con la intención de circunscribir a estos casos de trabajo por cuenta propia la figura del destacamento de este colectivo.

<sup>666</sup> A esta figura **GARCIA de CORTAZAR y NEBREDA, Carlos**. “Regulación del..” op. cit. en nota a pie de la página 11, la denomina <falso autonomo>.

<sup>667</sup> Sobre los diferentes criterios de encuadramiento vigentes en los distintos sistemas nacionales, concretamente para ser calificado como trabajador autónomo en el marco comunitario, con una breve referencia a su repercusión en la coordinación véase **SCHOUKENS, Paul**. “La definition du travail independant dans une approche comparative europeenne”. *Revue Belge de la Sécurité Sociale*. 1998/4. P.778 y 779. Véanse, asimismo, las STJCEs dictadas el 30-1-1997 sobre los Asuntos Hervein I (C-221/95) y De Jaeck (C-340/94); y las Conclusiones del Abogado General Jacobs sobre los Asuntos Hervein II (C-393/93) y Lorthiois (C-394/99) presentadas el 5-4-2001.

<sup>668</sup> En ambos sistemas el concepto de autónomo desde un punto de vista de SS, difiere mucho del concepto continental, muchos de ellos no están asegurados. Los niveles de protección y las de este colectivo muy reducidos, al igual que la propia cotización, o las obligaciones fiscales que tal categoría lleva aparejada. En estos países se permite que en cierto modo el encuadramiento responda a la decisión unilateral del trabajador que opta entre una afiliación en calidad de autónomo o de trabajador por cuenta ajena. **SCHOUKENS, P.** *Prospects of Social Security Co-ordination*. Louvain. Acco. 1997. P. 157-176 y 49-111. **JORENS, Yves; SCHULTE, Bernd**. “The implementation....” Op. cit. p. 246, señalan que para que en el Reino Unido a los destacados se les considere trabajadores por cuenta propia basta con que hayan sido autónomos durante un mínimo de 12 semanas en los dos últimos ejercicios fiscales, sin que a

realizar actividades por cuenta ajena en otros Estados miembros, como Alemania, manteniendo tal relación de afiliación-cotización con los sistemas de SS de origen. Esta práctica distorsiona el coste del factor trabajo, y decantan a la empresa contratante del Estado de destino por el trabajador autónomo destacado, en detrimento del trabajador nacional por cuenta ajena; pues la contratación de este último presupone el abono de fuertes cotizaciones.<sup>669</sup> Estas consecuencias indeseadas que derivan de la ambigüedad terminológica del artículo 14 bis.1.a) fueron apuntadas por los Gobiernos alemán y holandés, en el marco del Asunto Banks (C-178/97).<sup>670</sup> El TJCE señaló que la norma de conflicto contenida en tal artículo poseía una cautela que minimizaba tales riesgos, mediante la exigencia de que el interesado ejerciese <normalmente> una actividad por cuenta propia en el territorio de un Estado miembro en un momento previo al destacamento. Requisito que supone, por un lado, que el trabajador autónomo “...deberá continuar manteniendo en su Estado de origen, la infraestructura organizativa propia del ejercicio de su actividad, a fin de estar en condiciones de poder reanudarla tan pronto como regrese a su país...”. Por otro lado, el <trabajo> al que responde el destacamento del autónomo, ha de ser, “...una tarea determinada cuyo contenido y duración hayan sido previamente definido y cuya realidad pueda probarse aportando los correspondientes contratos”.<sup>671</sup>

---

veces se respete esta condición. **CORDEN, Anne.** “Los trabajadores independientes en el Reino Unido: ¿incluidos o excluidos?. Revista Internacional de la SS. Vol 52. Nº 1/1999. P.35-55. Señala que es preciso una reforma normativa, pues los trabajadores incluidos en el Régimen de autónomos del Reino Unido están excluidos de la protección a prestaciones básicas, en parte debido a lo que denomina <sub-recaudación de cotizaciones>, sustancialmente inferiores a las de los trabajadores por cuenta ajena.

<sup>669</sup> Sobre esta distorsión véase: **DONDERS, Peter.** “Le travail temporaire...” op.cit. p. 150 y ss donde recoge las reivindicaciones de las asociaciones patronales que consideran que existe una competencia desleal basada en el dumping social sobre todo en el sector de la construcción. Sobre este mismo problema **PIETERS, Danny.** “Europe et détachement: quelques réflexions” /en/ **VVAA. La libre circulation...** op. cit. p.169. Este autor se manifiesta a favor de las tesis británicas e irlandesas, tal y como haría el propio TJCE basándose en las propias limitaciones de la técnica coordinadora. El punto de vista muy crítico de los sindicatos de la construcción alemanes sobre esta práctica puede encontrarse en **HELLSTEN, Jari.** “Le détachement des travailleurs; relaités et revendications syndicales” /en/ **VVAA. La libre...** op. cit. p.209. Este sindicalista alemán cuestiona la teórica opción de los trabajadores ingleses para proceder a su afiliación por cuenta ajena o propia, y considera que son obligados a aceptar este último status provocando entre otras consecuencias negativas: “*menos productividad, problemas suplementarios de seguridad y salud, formación obsoleta, impago de cotizaciones e impuestos, incremento del trabajo negro, efectos negativos sobre los salarios, legislación laboral, convenios colectivos y sindicatos.*”

<sup>670</sup> La ambigüedad terminológica se mantiene en el artículo 9.2 de <la Propuesta>: “*la persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en el territorio de un Estado miembro y que vaya a realizar un trabajo en el territorio de otro Estado miembro, seguirá sometida a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de ese trabajo no exceda de doce meses*”.

### V-5-3.- Carácter temporal del destacamento

La excepción a la *lex loci laboris* que establece el Reglamento respecto del destacamento posee un carácter temporal, de manera, que si se sobrepasa la duración legalmente fijada el trabajador deberá someterse a la legislación del Estado miembro donde está destacado. Se puede afirmar que el legislador comunitario ha optado por el mantenimiento de la Ley de afiliación originaria como una “*conexión jerarquizada con límite temporal*”.<sup>672</sup> Este límite temporal se trata de un requisito sustancial para la aplicación de las normas de conflicto que se analizan, tanto en los destacamentos de trabajadores por cuenta propia como ajena.<sup>673</sup> En efecto, la temporalidad es la que dota de sentido a esta excepción a la *lex loci laboris*, permitiendo distinguir al trabajador destacado de aquel trabajador migrante trasladado definitivamente y sometido a la norma de conflicto común.<sup>674</sup>

El Reglamento establece, en primer lugar, que el destacamento protegido por los artículos 14 y 14 bis es aquél que se realiza por una duración previsible que no excederá los 12 meses.<sup>675</sup> Este límite no hace referencia a la duración del trabajo cumplido, sino a la duración previsible del trabajo por el que se va a desplazar allí el interesado.<sup>676</sup> En el caso del trabajador por cuenta ajena, el artículo 14 añade una segunda condición: que el

---

<sup>671</sup> Apartados 25, 26 y 27 de la STJCE Banks donde se extrapola, de forma analógica, lo establecido respecto del artículo 14.1.a) en el apartado 45 de la STJCE de 10-1-2000, sobre el Asunto FTS (C-202/97). Pues tal exigencia desde un punto de vista práctico se traduce en que “...por ejemplo, el uso de oficinas, el pago de cotizaciones al régimen de la SS, el abono de impuestos, la tenencia de carnet profesional y de un número de IVA, así como el estar inscrito en cámaras de comercio y organizaciones profesionales”. En iguales términos véase el punto 59 de las Conclusiones del Abogado General.

<sup>672</sup> GARCIA RODRIGUEZ, Isabel. p.284 y ss.

<sup>673</sup> En opinión de RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. *La Seguridad...* op.cit. p. 284.

<sup>674</sup> Algunos sistemas nacionales permiten a los trabajadores migrantes comunes, trasladados sin el carácter temporal que ha de concurrir en el destacamento, mantener una vinculación con el sistema de afiliación originario a través de la suscripción de un convenio de seguro voluntario respecto de algunas contingencias. Como se señaló al estudiar el aseguramiento voluntario en el marco de la coordinación tal aseguramiento sólo parece recomendable cuando el desplazamiento es a un tercer Estado y cuando no existe Convenio Internacional que proteja la posterior totalización.

<sup>675</sup> Para el correcto cómputo de este período el punto 2.c) de la Decisión nº 162 de la CASSTM de 31-5-1996 señala que “*la interrupción temporal de las actividades del trabajador en la empresa del Estado de empleo no interrumpirá el desplazamiento con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 14 y en el apartado 1 del artículo 14 ter.*” De manera que, por ejemplo, tanto las vacaciones como pequeños períodos de trabajo en el país de origen no interrumpirá el citado cómputo. COUTANCEAU y RAPAUD. Op. cit. p. 581.

<sup>676</sup> Véase sobre el alcance de tal previsión en la determinación de Ley aplicable: la STJCE de 30-3-2000 sobre el Asunto Banks (C-178/97) y las Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas sobre este mismo asunto el 26-11-1998.



destacado “... no sea enviado en sustitución de otra persona que haya llegado al término del período por el que ha sido destacada”. Medida con la que se pretende prohibir la utilización de esta figura en fraude de Ley, mediante la concatenación o rotación de destacamentos de trabajadores por cuenta ajena.

Sin embargo, pese al valor central del requisito de limitación temporal, la duración, en principio máxima, de 12 meses se encuentra exceptuada por el propio legislador comunitario en los artículos 14.1.b) y 14.bis.1.b) a través de, lo que se ha denominado, <la prórroga automática>. Consistente en permitir la prolongación del primer plazo, de 12 meses, añadiéndole una prórroga de hasta otros 12 meses siempre y cuando concurren “...*circunstancias imprevisibles*”. La valoración de la concurrencia de las mismas corresponde a la autoridad competente del Estado de destino y donde efectivamente realiza su actividad profesional el destacado, la cuál dará su conformidad al formulario E-102 emitido por la autoridad del Estado miembro de origen, permitiendo exceptuar así la *lex loci laboris* por un total de 24 meses.<sup>677</sup>

Pero ni siquiera este segundo plazo máximo de 24 meses es inamovible, pudiendo ser de nuevo excepcionado y ampliado, incluso sin límite temporal, siempre y cuando se suscriba un acuerdo entre las instituciones competentes de los Estados miembros involucrados. En otras palabras, la *lex loci laboris* se inaplicará en virtud de un acuerdo suscrito entre las autoridades competentes de dichos Estados miembros en el marco del artículo 17 del R. 1408 y cuya duración media es de 5 años.<sup>678</sup>

---

<sup>677</sup> El artículo 14.1.b) señalaba que “...*Esta conformidad deberá ser solicitada antes de que termine el período inicial de 12 meses. No obstante esa conformidad no podrá darse para un período que exceda de 12 meses*”. Sin embargo esta prórroga de 12 meses que se realiza a través de la emisión del formulario E-102, no se utiliza en la práctica más que de una forma marginal. **DONDERS, Peter**. “Le travail temporaire...” op. cit.p.135 señala que este fenómeno se explica, por un lado, en que en el sector de la construcción, donde mas destacamentos se producen, suele acabarse la obra en el plazo de un año; por otro lado en otros sectores, las empresas multinacionales cuando el destacamento supera el año recurren automáticamente al procedimiento del artículo 17 del R. 1408 sin solicitar la prórroga.

<sup>678</sup> Como se desprende del estudio de campo realizado por **DONDERS, Peter**. “Le travail temporaire...” op. cit.p. 137, este es el plazo general entre los Estados miembros. Sin embargo, existen acuerdos como el realizado entre Alemania y Grecia que permite al trabajador alemán mantener su Ley aplicable de origen durante toda la relación laboral en este segundo país. En España, la TGSS admite su tendencia a limitar el destacamento hasta esta cifra de cinco años, en virtud de la mencionada prórroga automática y el artículo 17; existiendo, no obstante, respecto de periodistas y trabajadores de compañías aéreas, acuerdos que no establecen límite temporal alguno. En Francia, sin embargo, se establece una duración excepcional del desplazamiento, vía artículo 17, que no puede exceder de 6 años, período que se superpone al desplazamiento automático que se rige por el artículo 14, por lo que de acuerdo con **COUTANCEAU y RAPAUD**. Op. cit. p. 581, el límite de tiempo se extiende a 8 años. Además, al igual que sucede en España, respecto de periodistas, personal investigador en tareas de cooperación interestatal, o personal perteneciente a asociaciones internacionales no gubernamentales sin fin lucrativo, se permite que vía

Esta posibilidad de ampliación constante de los plazos, inicialmente fijados de forma taxativa en el R. 1408, ha provocado que se cuestione la causa u objetivo de este tratamiento excepcional que, respecto de la migración típica, establece el legislador comunitario para los destacados. En efecto, la prolongación en el tiempo de la excepción genera los efectos indeseables que, precisamente, la aplicación de la “la *lex loci laboris*” pretendía evitar y avalaban su idoneidad. Así el mantenimiento de la Ley primitiva de afiliación por un período excesivamente largo se traduce, en primer lugar, en una ruptura, no coyuntural, de la igualdad de trato que deben recibir aquellos trabajadores que desempeñan el mismo trabajo. En efecto estos trabajadores, que pueden estar encuadrados de manera diferente, abonarán cotizaciones y recibirán una cobertura también diferente al resto de sus compañeros. En segundo lugar, la aplicación ilimitada de esta excepción puede favorecer el desarrollo del fenómeno del <dumping social> que se sustentaría en la cuantía sustancialmente inferior de las cotizaciones requeridas por la Ley originaria, que se mantiene aplicable.

Desde un punto de vista formal, el desplazamiento inicial y previsiblemente inferior a un año supone la expedición por parte de la Institución de origen del formulario E101.<sup>679</sup> Existe una agilización del procedimiento, establecido en las Decisiones 125 y 148, para los supuestos de desplazamientos inferiores a los tres meses, que resulta muy poco utilizado en la práctica.<sup>680</sup> En el supuesto de prórroga, en el marco de los artículos 14 y 14 bis, la institución de origen emite el formulario E-102 que necesita, sin embargo, la conformidad de la Institución del Estado de destino del destacamento que lo homologa.<sup>681</sup> Obviamente el contacto entre instituciones también resulta imprescindible para la realización de un acuerdo de los regulados en el artículo 17, en caso de prosperar el mismo, será la institución del Estado de origen quien expedirá un formulario E-101, en el que consta, no obstante, que surge de un acuerdo

---

acuerdo del artículo 17 del Reglamento se mantenga la normativa de SS de origen sin límite de tiempo. **RODIERE, Pierre.** *Droit Social de l'Union Européenne*. Paris. LGDJ. 1998. P.453.

<sup>679</sup> La institución de SS del Estado miembro de envío debe validar (cumplimentando la casilla 6) la solicitud de los interesados.

<sup>680</sup> Se trata de los E-101 denominados <formularios en blanco> numerados que las instituciones competentes de los Estados miembros dan a las empresas solicitantes, que en caso de destacamento señalarán la fecha de partida y entregarán una copia al trabajador, enviando, asimismo, en 24 horas una copia del formulario a la institución que lo solicitó. **CORNELISSEN, Rob.** “Le détachement...”. Op. cit. p. 44 y **DONDERS, Peter.** “Le travail temporaire...” Op. cit. p. 135.

logrado en el marco del mencionado artículo y, como se señaló, puede poseer efectos retroactivos

El Reglamento de desarrollo 574/72 establece brevemente, en sus artículos 11 y 11 bis,<sup>682</sup> el procedimiento para la expedición de tales documentos. Los mencionados documentos permiten a los interesados demostrar a la Institución competente del país de destino, donde realiza su actividad el destacado, que mantienen su afiliación en el sistema del Estado de origen y que están exentos del pago de cotizaciones que ya se realizan ante las instituciones de dicho sistema de SS.<sup>683</sup> Recientemente el TJCE se ha pronunciado sobre el valor de uno de estos formularios, el E-101, señalando que:

*“es vinculante para la institución competente del Estado miembro en el que dicho trabajador realiza un trabajo”,<sup>684</sup> es decir, que este “...certificado implica necesariamente que no puede aplicarse el régimen de otro Estado miembro.”<sup>685</sup>*

El TJCE basa esta afirmación en el principio de leal cooperación entre instituciones enunciado en el artículo 10 del TCE (ex artículo 5) y que resulta imprescindible en el seno de la coordinación, si se desea favorecer la afiliación única y la seguridad jurídica. De manera, que hasta no se retire o se declare su invalidez, la institución competente del lugar donde efectivamente se está realizando el trabajo, no

---

<sup>681</sup> La homologación del E-102 se lleva a cabo por la institución de SS del país de envío al rellenar la casilla octava del mismo. Ambos modelos de formularios, E-101 y E-102, se crearon por la CASSTM en la Decisión N° 130 de 17-10-1985.

<sup>682</sup> Ambos artículos prevén que se expida al trabajador a petición suya o eventualmente de su empresario, una certificación relativa a la legislación aplicable en los casos contemplados respectivamente en el apartado 1 del artículo 14, en el apartado 1 del artículo 14 ter, en el apartado 1 del artículo 14 bis y en el apartado 2 del artículo 14 ter del Reglamento (CEE) n° 1408/71. Inicialmente el trabajador, o el empresario, debe solicitar a la institución competente del Estado miembro cuya legislación de SS continua siendo aplicable el formulario E-101; en el supuesto de prórroga automática supone la solicitud ante el Estado de envío del formulario E-102 de prolongación.

<sup>683</sup> El trabajador debe conservar una copia cumplimentada del E-101 como justificación de su sujeción al sistema de SS de origen, pues de acuerdo con **GARCIA de CORTAZAR y NEBREA, Carlos**. “Regulación...” op. cit.. P.13 , “...*excepto para los desplazamientos a Bélgica, Finlandia y los Países Bajos, el formulario E-101 no se envía al Organismo competente del nuevo Estado de empleo, por lo que la única prueba fehaciente, en caso de una inspección de trabajo o similar es el propio formulario que obra en poder del trabajador*”.

<sup>684</sup> Véase apartado 38 y siguientes de la STJCE sobre el Asunto Banks ( C-178/97) y el apartado 51 y siguientes de la STJCE sobre el Asunto FTS (C-202/97), así como los Fallos de ambas STJCEs.

<sup>685</sup> Véase apartado 49 in fine de la STJCE sobre el Asunto FTS (C-202/97) que se matiza en el apartado siguiente, donde se señala que “...*el valor probatorio del certificado E-101 se limita a la declaración de la legislación aplicable por parte de la institución competente, pero no puede perjudicar la libertad de los Estados miembros en materia de organización de su propio régimen de protección social ni la regulación por estos últimos de los requisitos de afiliación a los distintos regímenes de SS, los cuales continúan siendo como sostiene el Gobierno francés únicamente competencia del Estado miembro interesado*”<sup>1</sup>

puede intentar someter al trabajador a su propio sistema. Sin embargo, en caso de conflicto dicha institución puede pedir al Estado miembro que lo expidió que reconsidere su postura y, en su caso, retire el certificado.<sup>686</sup> En el supuesto de que tal retirada no se produzca y persistan las diferencias se podría solicitar la intervención de la CASSTM para que mediase en el conflicto. En el caso de que este órgano tampoco sea capaz de conciliar los puntos de vista de ambos Estados, sin perjuicio de las eventuales impugnaciones que se lleven a cabo en los ámbitos nacionales, el Estado donde se realiza la actividad, el disconforme con la emisión del E-101, siempre podrá plantear con arreglo al artículo 227 CE (ex 170 TCE) interponer un recurso de incumplimiento ante el TJCE contra la institución expedidora del formulario.<sup>687</sup>

Por otro lado, hay que señalar, que el formulario el E-101 puede poseer carácter retroactivo, en el sentido de que es posible que se expida incluso en un momento posterior al período de trabajo al que hace referencia. En efecto, aunque parece conveniente que se realice en un momento previo, los artículos 11 y 11 bis del Reglamento 574/72 en nada se oponen a que posea tal carácter retroactivo que como se señaló también existía respecto de los Acuerdos entre Estados miembros celebrados al amparo del artículo 17 del Reglamento.<sup>688</sup>

Tanto el carácter vinculante, como la posibilidad de producir efectos retroactivos, atribuidos por el TJCE al Formulario E-101, parecen plenamente extrapolables al E-102. No obstante, en su marco, es más difícil que se produzcan estos enfrentamientos entre Instituciones, pues como es sabido, este segundo formulario no es unilateral. En efecto, aunque se emita por la misma institución que el E-101, ha de contar con el beneplácito de la Institución de destino con la que ha debido establecer comunicación previa.

---

<sup>686</sup> En el punto tercero del Fallo de la STJCE sobre el Asunto FTS se dice que pese al carácter vinculante que se reconoce al E-101 respecto de las instituciones de SS de los demás Estados miembros, cuando éstas “... *aduzcan dudas sobre la exactitud de los hechos en los que se basa el certificado o sobre la apreciación jurídica de estos hechos y, en consecuencia, sobre la conformidad de las menciones de dicho certificado con el R.1408 y, en particular, con su artículo 14.1.a), la institución expedidora está obligada a reexaminar su fundamentación y, en su caso, a retirarlo.*”

<sup>687</sup> Véase apartado 43 y siguientes de la STJCE sobre el Asunto Banks (C-178/97), y el apartado 56 y siguientes de la STJCE sobre el Asunto FTS (C-202/97), así como los Fallos de ambas STJCEs.

<sup>688</sup> Véase el punto último del fallo así como los apartados 49 y siguientes del Asunto Banks (C-178/97).

## **VI.- LA RELACION JURIDICA DE COTIZACION EN EL REGLAMENTO DE COORDINACION.**

Las diferencias entre los sistemas de SS de los distintos Estados miembros, se manifiestan asimismo, en lo que se refiere a sus sistemas de financiación, aunque todos ellos hayan optado por un sistema de reparto.<sup>689</sup> En términos generales y de acuerdo con la Comisión,<sup>690</sup> se puede señalar que el gasto que supone la protección social en Europa, un 28'7% del PIB en 1996,<sup>691</sup> se financia básicamente mediante cotizaciones sociales. En efecto, éstas asumieron un 63'5% del mencionado gasto, que abonaron en un 39'2% los empresarios y en un 24'3% las personas protegidas. Tras las cotizaciones se encuentran las partidas presupuestarias públicas consagradas a este gasto y procedentes de los impuestos, que financiaron un 31'4% del total del gasto.<sup>692</sup>

Las cifras globales mencionadas en el párrafo anterior esconden grandes diferencias entre los distintos Estados miembros, pues, aunque en todos los sistemas comunitarios de SS conviven ambos sistemas de financiación, el peso de uno u otro es bien diverso. Las cotizaciones son especialmente importantes en Estados como Bélgica, Alemania, España, Francia, Italia, y Países Bajos; mientras que en Dinamarca<sup>693</sup> e Irlanda, y, en menor medida en Finlandia, Suecia y Reino Unido, se recurre más a los

---

<sup>689</sup>Véase sobre los distintos sistemas de financiación de los Estados miembros **MISSOC INFO** *Le financement de la sécurité sociale* (Bulletin du système d'information mutuelle sur la protection sociale dans l'Union Européenne). Commission Européenne (Emploi & affaires sociales: Unit E-2) Bruselas. 2000. Un análisis más pormenorizado y esquemático de la financiación de las distintas prestaciones en cada uno de los 18 sistemas involucrados en la coordinación comunitaria **MISSOC** *Social protection in the EU Member States and de European Economic Area. Situation on 1<sup>st</sup> January 2000*. European Commission . Unit E-2. Bruselas. 2000. Table I. "Financing". P. 51-107. Un resumen de la situación previa y su evolución en los 12 Estados miembros antes de la ampliación de 1995 en **GOMEZ-POMAR RODRIGUEZ, Julio; GOMEZ MUÑOZ, Pilar**. "Análisis comparativo de las cotizaciones sociales en la Unión Europea". Hacienda Pública Española. (Nº monográfico)/1997. P. 205 y ss.

<sup>690</sup> **COMMISSION EUROPEENNE (Unit E-1)**. *La situation sociale dans l'Union européenne 2000*. EUROSTAT. Bruselas P. 26

<sup>691</sup>Ese año 96 serían los tres Estados nórdicos los que más gastaron en protección social, entre un 32 y un 35% de su PIB; mientras que Grecia, España, Irlanda y Portugal tan sólo destinarían entre un 19 y un 23%. No obstante este estudio reconoce que ante el gran crecimiento del gasto en estos últimos Estados, se puede afirmar que el porcentaje tiende a aproximarse. **COMMISSION EUROPEENNE (Unit E-1)**. *La situation ... op. cit.* P. 26

<sup>692</sup> **COMMISSION EUROPEENNE (Unit E-1)**. *La situation ... op. cit.* P. 26

<sup>693</sup> En Dinamarca no será hasta el 1-1-1994 cuando se comiencen a exigir cotizaciones al sistema de SS a los trabajadores, iniciándose realmente las de los empresarios en 1997. Hasta ese momento las prestaciones de SS se venían financiando a través de los presupuestos del Estado. De hecho al inicio de la introducción progresiva de las cotizaciones, éstas tan sólo suponían un 3% del salario frente al 53'7% con el que grava el Estado vía IRPF a los ciudadanos. Véase sobre los cambios operados en este sistema **COMISION EUROPEA**. *Sus derechos de SS cuando se desplaza en la Unión Europea*. p. 47 y ss.

impuestos en la financiación de sus sistemas de SS.<sup>694</sup> En el marco de las propias cotizaciones, también se detectan diferencias pues cada legislador nacional asigna diferentes porcentajes a empresarios y a las personas protegidas.<sup>695</sup>

Pese a estas divergencias, hay que señalar que la obligación de cotizar existe en los 18 sistemas nacionales coordinados, pues en todos ellos, incluso cuando poseen un carácter universalista se obliga al pago de cotizaciones, más o menos cuantiosas, a las personas aseguradas en calidad de trabajadores en su seno.<sup>696</sup> En sentido contrario, resulta destacable, que en el marco de los sistemas financiados especialmente mediante cotizaciones, se detecta en la actualidad, una tendencia a la reducción de las mismas y a un aumento de la participación de las subvenciones estatales procedentes de los impuestos.<sup>697</sup> Efectivamente, se trata de un proceso de <tributarización progresiva de la SS> unida, sin duda, a la universalización de la cobertura.<sup>698</sup> Esta ligera disminución de

---

<sup>694</sup> Véase sobre el porcentaje específico en cada uno de los Estados miembros del peso de las subvenciones públicas (SP) y de las cotizaciones sociales (CS) en 1999, **MISSOC INFO. Le financement...** op. cit. P. 7 de la Tabla I destaca la proporción entre ambas partidas (SP/CS), por un lado, en: Francia (20'2 y 77'9%), Bélgica (20'4 y 70'4%), España (27'8 y 69'6%); mientras que en Dinamarca (68'9 y 24'9%), Irlanda (63 y 36'1%) y Reino Unido (48'5 y 39'1%).

<sup>695</sup> Los sistemas de SS asignan muy distintos porcentajes de cotización a los empresarios (E) respecto de los que asumen las personas protegidas (PP), como se pone de manifiesto en la tabla II del estudio realizado con datos de 1996 en **MISSOC-INFO. Le financement...** op. cit. P. 7 según dicha tabla de la proporción (E/PP) destacan los tres Estados donde los empresarios cotizan más: España (52/17'6), Francia (49'9/ 27'9) y Bélgica (44'5/ 25'9); mientras que entre los Estados miembros donde la carga cotizadora recae fundamentalmente sobre las personas protegidas destacaría: Holanda (23'2/44'4) y Dinamarca (9'6/15'3).

<sup>696</sup> De hecho, como se recordará al estudiar el ámbito subjetivo de aplicación del R. 1408, esta obligación de cotizar se constituía en uno de los criterios de distinción de los afiliados como trabajadores respecto del resto de asegurados en sistemas de corte universalista. Véase sobre la existencia de tal obligación en los 18 Estados coordinados **COMISION EUROPEA. Sus derechos de Seguridad...** op. cit. p. 33 y ss.

<sup>697</sup> **MISSOC INFO. Le financement...** op. cit. P. 4 y p. 8 y ss donde se mencionan algunas de las medidas adoptadas en este sentido por Francia, Austria, Alemania, Francia y Luxemburgo. En este mismo sentido **COMMISSION EUROPEENNE (Unit E-1). La situation sociale...** op. cit. p. 26 donde se señala que en el intervalo 1990-96 que la contribución pública a la financiación pública ha aumentado en un 2'6% mientras que las cotizaciones sociales han disminuido su importancia de un 65% a un 63'5%.

<sup>698</sup> Así, por ejemplo, todo residente en Francia debe abonar la llamada Contribución Social Generalizada (CSG) y la Contribución para el reembolso de la deuda social (CRDS) que grava entre otros elementos los ingresos y algunas transacciones y cuyo destino es la financiación de las ramas de la SS francesa destinadas a la familia, vejez y enfermedad. Sobre estas contribuciones a las que el derecho interno les atribuye una naturaleza fiscal véase **PRETOT, Xavier**. "La Cour de justice des Communautés européennes, le travailleur frontalier et la contribution sociale généralisée". *Droit Social* N° 5/mai 2000.p. 529. El Gobierno francés en el apartado 22 de la STJCE de 15-2-2000 sobre el Asunto Comisión v. Francia (C- 169/98) alegó que "...el derecho a la protección social forma parte de los derechos fundamentales del ciudadano. Dicha protección debe al mismo tiempo extenderse a la totalidad de la población y ser de nivel elevado, mientras que su coste debe repartirse equitativamente entre los ciudadanos (...) el logro de este último objetivo no debe garantizarse con una financiación fundada en las cotizaciones sociales basadas únicamente en los rendimientos del trabajo sino que debe afectar a la

las cotizaciones ha favorecido especialmente a la parte empresarial, con la idea de mejorar su competitividad y crecimiento.<sup>699</sup> Hay que señalar, que las medidas nacionales que se adopten respecto de las cotizaciones empresariales,<sup>700</sup> deberán ser acordes con el Derecho comunitario de la competencia. Efectivamente, el TJCE se pronunció sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de cierta normativa de SS belga denominada <operación Maribel> que pretendía favorecer la creación de empresas incidiendo, entre otras materias, sobre las cotizaciones empresariales, entre otras medidas.<sup>701</sup> El TJCE consideró tales disposiciones nacionales contrarias al artículo 87 del TCE (ex 92), donde, como es sabido, se aborda la compatibilidad con el Derecho Comunitario de ciertas ayudas otorgadas por el Estado.<sup>702</sup> Asimismo, el Derecho comunitario también impide que las medidas adoptadas desde las normativas de SS de los distintos Estados miembros, favoreciendo a determinados grupos específicos de personas en el marco de determinadas políticas de empleo,<sup>703</sup> sean contrarias a la libre circulación o discriminatorias por razón de la nacionalidad.<sup>704</sup>

---

*totalidad de los rendimientos de los contribuyentes. La CSG al igual que la CRDS, (...) constituyen medidas adoptadas en el contexto de una tributarización progresiva de la SS”.*

<sup>699</sup> La financiación mediante cotizaciones ha sido criticada por la doctrina al considerarse que incrementa el coste de la mano de obra frenando la competitividad de las empresas a las que se les exige un mayor esfuerzo cotizador; asimismo, se ha señalado que su imposición no favorece la creación de empleo, pues incentiva el reemplazo de trabajadores por máquinas al penalizar a las empresas menos mecanizadas. Por todos, **EUZEBY, Alain**. “Le financement de la protection sociale: problemes et perspectives.” Ejemplar fotocopiado de la ponencia presentada en Noordwijk (Holanda) 30 y 31-10-1997 en el marco de la Conférence sur les conséquences de la Modernisation des Régimes nationaux de Sécurité sociale pour le Règlement (CEE) n° 1408/71.

<sup>700</sup> Véase sobre las medidas especiales adoptadas por los distintos Estados miembros en materia de cotización respecto de las PYMES, o para la creación de empresas **MISSOC INFO**. *Le financement...* op. cit. p 11.

<sup>701</sup> Sobre las medidas concretas adoptadas en ese plan véase **MISSOC INFO**. *Le financement...* op. cit. p 13-16.

<sup>702</sup> STJCE de 17-6-1999 por la que se deniega <la solicitud de anulación de Decisión de la Comisión sobre ayudas de Estado (artículo 87 TCE, antiguo artículo 92 TCE)>. En efecto, el TJCE ratifica la validez de la Decisión de la Comisión donde se consideraban ayudas de Estado, contrarias al Derecho Comunitario, las reducciones de las cotizaciones a la SS en determinados sectores industriales al afectar a los intercambios intracomunitarios, en la medida en que tales medidas colocaban en una situación competitiva preferente a las empresas afectadas.

<sup>703</sup> Véase en este sentido las reducciones de tasa de cotización respecto de jóvenes trabajadores, desempleados de larga duración, personas con bajos salarios o que han alcanzado una determinada edad a partir de la cual se considera difícil su contratación. Véase sobre la adopción de este tipo de medias por los distintos Estados miembros **MISSOC INFO**. *Le financement...* op. cit. p.9-10.

<sup>704</sup> Véase STJCE 30-5-1989 sobre el Asunto Allue y Coonan (C-33/88).

## VI-1.- PROHIBICION DE DOBLE COTIZACION

La norma de coordinación comunitaria se refiere en contadas ocasiones a la obligación de cotizar, en el Título II tan sólo se encuentra el artículo 14 quinquies sobre determinación de la cuantía de las cotizaciones, aplicable al trabajador migrante que realiza más de una actividad profesional en distintos Estados miembros. Sin embargo, debe señalarse que todas las normas de conflicto de dicho Título II repercuten indirectamente sobre la relación de cotización, pues la preservación del principio de unicidad de ley competente, aplicada imperativamente a título exclusivo impide la exigencia simultánea de cotizaciones por un Estado miembro distinto del competente.<sup>705</sup> En definitiva, este principio de unicidad presente, salvo escasas excepciones, en las normas de conflicto del Título II evita que se produzca la doble cotización,<sup>706</sup> claro obstáculo a la libre circulación de trabajadores y a la libre prestación de servicios.<sup>707</sup> Parece evidente que la doble cotización sólo puede ser atajada desde la normativa comunitaria, pues no existe ningún sistema de SS nacional, que elimine la obligación de cotizar en su seno o reduzca la cuantía de la misma, en consideración a la contribución económica de un sujeto afiliado simultáneamente a otro sistema nacional de SS.<sup>708</sup>

Como cuestión previa a la aplicación de la normativa del R.1408, en ocasiones, será imprescindible calificar las contribuciones exigidas por las normas nacionales como cotizaciones de SS. En efecto, el legislador nacional puede calificar determinadas cotizaciones como gravámenes de naturaleza fiscal o tributaria,<sup>709</sup> ámbito normativo

---

<sup>705</sup> En el Apartado 29 de la STJCE de 15-2-2000 sobre el Asunto Comisión c. Francia (C-34/98) el TJCE señaló que: *“el hecho de gravar a un trabajador, por un mismo rendimiento, con cargas sociales derivadas de la aplicación de varias legislaciones nacionales cuando únicamente puede tener la condición de asegurado con respecto a una sola de dichas legislaciones, somete a dicho trabajador a una doble cotización, contraria a lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento N° 1408/71.”* Véase en el mismo sentido, el apartado 13 de la STJCE de 5-5-1977 sobre el Asunto Perenboom (102/76) o el apartado 26 de la STJCE de 29-6-1994 sobre el Asunto Alderwereld (C-60/93).

<sup>706</sup> Los problemas de doble cotización en el ámbito comunitario están siendo objeto reiterado de la última jurisprudencia del TJCE. En este sentido, véase **PRODROMOS, Mavridis**. “La fin des doubles cotisations sociales en Europe?” *Droit Social* N° 12/Décembre 2000.p. 1104 y ss.

<sup>707</sup> La doble cotización también puede ser un obstáculo a la libre prestación de servicios por parte de una empresa que se desplaza con ese objetivo a otro Estado miembro con sus propios trabajadores. Esta libertad básica reconocida en el artículo 49 TCE (ex 59) impide que se pueda exigir una nueva cotización respecto de dichos trabajadores desplazados y afiliados ya a un sistema nacional de SS, como ratificó la STJCE de 28-3-1996 sobre el Asunto Guiot (C-272/94), la STJCE de 3-2-1982 sobre el Asunto Seco y acumulados (62/81, 63/81) o el apartado 50 de la STJCE de 23-11-1999 sobre el Asunto Arblade y otros (C-396/96 y C-376/96)

<sup>708</sup> En este sentido, **BEDEE, Henk (et alii)**. *The International...* op. cit. P.4.



donde, como es sabido, no existe normativa comunitaria ni de armonización ni de coordinación.<sup>710</sup> Respecto de este tipo de normas nacionales fiscales el Derecho Comunitario tan solo realiza un cierto control cuando éstas generan una doble carga que obstaculice el derecho a la libre circulación. Así se ha manifestado reiteradamente el TJCE respecto a una serie de medidas fiscales contrarias, por su carácter discriminatorio por razón de la nacionalidad, al artículo 39.2 TCE o al más específico Reglamento 1612/68, dictado en desarrollo de tal artículo.<sup>711</sup> Sin embargo, debe señalarse que si dichos gravámenes fuesen consideraran cotizaciones de SS, sería posible aplicar directamente las normas de conflicto contenidas en el Título II del R.1408.

Esta disyuntiva, entre la naturaleza fiscal o de cotización de SS, se planteó en la STJCE de 15-2-2000 sobre el Asunto Comisión c. Francia (C-34/98) respecto de ciertas contribuciones. El TJCE debía pronunciarse sobre si la contribución social generalizada, CGS, que se aplica a todos los residentes en Francia sobre sus rendimientos de trabajo y prestaciones sustitutorias de los mismos, era una cotización. Este gravamen se estaba exigiendo, en concreto, a trabajadores fronterizos residentes en Francia a pesar de estar afiliados obligatoriamente, en virtud de las normas de conflicto del Título II del R.1408 en otro Estado miembro donde desempeñaban su actividad profesional, y cotizaban por iguales conceptos.

El TJCE señaló que, en esta tarea de deslinde, el <nomen iuris> atribuido por el legislador nacional a la institución controvertida, resultaba irrelevante, pues su calificación interna como impuesto no suponía la automática inaplicación del R.

---

<sup>709</sup> Desde un punto de vista teórico la naturaleza tributaria o salarial de las cotizaciones no es un debate completamente cerrado como reconoce **PRETOT, Xavier**. “la notion de cotisation de Sécurité Sociale”. *Droit Social* N°6. Juin-1993 p. 517 y ss. Existen autores, como **DUPEYROUX, Jean Jacques**. “Libres propos sur les cotisations”. *Droit Social* N°6. Juin 1993. P. 513 que señalan que las cotizaciones son salario diferido con ciertas matizaciones pues, están “... *altamente publicadas, aunque las cotizaciones no posean en sí mismas ningún carácter fiscal o parafiscal...*”. Mientras que otros, con los que coincido, mantienen esta naturaleza tributaria, como por ejemplo, **DURAND, Paul**. *La Seguridad...* op. cit. p. 133. o **ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón**. “La financiación de la Seguridad Social”. /en/ **VV. AA. PARDELL VEA, Agnès**. *La Reforma de las pensiones de 1997*. Marcial Pons. Madrid. 1999. P.23.

<sup>710</sup> De acuerdo con **PATSOURATIS, Vassilios**. “Libre circulation et fiscalité” /en/ **VVAA**. *La libre circulation...* op. cit. p. 67 y ss, se debe recurrir a los convenios bilaterales para evitar la doble imposición.

<sup>711</sup> Véase, por todas, calificando de indirectamente discriminatoria a determinada normativa nacional luxemburguesa de carácter fiscal y contraria al artículo 39.2 TCE, la STJCE Biehl de 25-7-1991 (C-58/90). En efecto, esta norma nacional impedía la devolución del exceso ingresado como retención en origen a cuenta del impuesto sobre la renta, cuando los contribuyentes no hubieran residido en el Gran Ducado durante todo el año fiscal. Se trataba de una normativa que aunque se aplicaba con independencia de la nacionalidad del sujeto pasivo era susceptible de afectar más a sujetos de otros Estados miembros, de ahí su carácter indirectamente discriminatorio por razón de la nacionalidad.

1408.<sup>712</sup> Como se ha señalado, la inclusión en el ámbito objetivo de la coordinación exige que la normativa que regule la cotización, en este caso, mantenga una “*relación directa y suficientemente relevante con las ramas de SS enumeradas en el artículo 4 del R.1408*”. Esta exigencia no puede suponer que las cotizaciones deban mantener una relación sinalagmática con alguna de dichas prestaciones.<sup>713</sup> En efecto, se pueden considerar como tales, a los efectos de la coordinación, a aquéllas que poseen un carácter general, es decir, no vinculadas a ninguna prestación específica. Incluso se calificarían de cotizaciones, desde un punto de vista comunitario, aquellas contribuciones que no faculten a “*...percibir ninguna contrapartida directa e identificable en concepto de prestaciones.*” Como ha señalado el TJCE “*el <criterio determinante> para la aplicación del artículo 13 del Reglamento n° 1408/71 es el de la afectación específica de una contribución a la financiación de un régimen de SS de un Estado miembro. Por tanto es indiferente a este respecto la existencia o no de contrapartidas en concepto de prestaciones*”.<sup>714</sup> En esta STJCE se puede afirmar que el TJCE ha acuñado un concepto comunitario de cotización a los efectos estrictamente aplicativos de la normativa de coordinación, cuyas normas de conflicto contenidas en el Título II impiden la doble cotización.<sup>715</sup> Hay que señalar, no obstante, que los legisladores nacionales han creado vías de financiación de sus sistemas de SS que se desarrollan de forma paralela a las cotizaciones de los trabajadores y empresarios. Vías,

---

<sup>712</sup> En efecto, “*...la circunstancia de que una legislación nacional califique de impuesto a un gravamen no significa que, con respecto al Reglamento n. 1408/71 ese mismo gravamen no pueda considerarse comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento y sujeto, en consecuencia a la regla de no acumulación de las legislaciones aplicables.*” Apartado 34 de la STJCE de 15-2-2000 sobre el Asunto Comisión/Francia (C-34/98) y el apartado 32 de la STJCE de igual fecha sobre el Asunto Comisión/Francia (C-169/98).

<sup>713</sup> Como se señaló en el apartado 41 de la STJCE de 5-3-1998 sobre el Asunto Molenaar (C- 160/96) “*ninguna norma de Derecho comunitario impone a la institución competente la obligación de comprobar que un trabajador puede eventualmente acogerse a la totalidad de las prestaciones de un régimen del seguro de enfermedad antes de proceder a su afiliación y al cobro de las correspondiente cotizaciones. El derecho a las prestaciones se aprecia, en función de los requisitos exigidos por la legislación del Estado competente en la fecha de nacimiento de este derecho, de forma que la situación existente en la fecha en al que se exige la cotización carece de relevancia a este respecto*”.

<sup>714</sup> Apartados 37 y 38 de la STJCE de 15-2-2000 sobre el Asunto Comisión/Francia (C-169/98).

<sup>715</sup> En el marco del asunto mencionado, una vez confirmada la aplicación del R.1408 el TJCE; las normas de conflicto de su Título II permitieron al TJCE declarar que: “*La República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 13 del Reglamento N° 1408/71 (...) así como los artículos 48 y 52 del TCE (actualmente artículos 39 CE y 43 CE tras su modificación) al aplicar la contribución social generalizada a los rendimientos del trabajo y a las prestaciones sustitutorias de los trabajadores por cuenta ajena y de los trabajadores por cuenta propia que residen en Francia pero que, en virtud del citado Reglamento, no están sometidos a la legislación francesa en materia de SS.*”

que son ajenas a la determinación de la legislación competente que realiza el R. 1408 al no repercutir su abono, ni siquiera indirectamente, sobre dichos trabajadores migrantes.<sup>716</sup>

Problemas específicos de doble cotización se han planteado en el ámbito comunitario respecto de los pensionistas que trasladan su residencia a otro Estado miembro, exportando al mismo las prestaciones de SS a las que tuvieran derecho. Las instituciones de SS de estos Estados de residencia pueden exigir cotizaciones a estos pensionistas, normalmente respecto de la contingencia de enfermedad, con las que gravan las pensiones que percibe el trabajador de otro u otros Estados miembros; los cuales, a su vez, retienen de las prestaciones que abonan este mismo tipo de cotizaciones.

El artículo 17 bis del R. 1408, como se señaló, permitía al pensionista eludir la aplicación de la ley del lugar de residencia, evitando, asimismo el peligro de esta doble cotización. Junto a esta norma general, el Capítulo I del Título III establece disposiciones específicas en los artículos 27 y siguientes que contienen normas de conflicto ad-hoc para determinar, entre los Estados deudores de prestaciones, el competente para hacerse cargo de las prestaciones de enfermedad del beneficiario. Por su parte, el artículo 33 establece normas específicas sobre *<cotizaciones a cargo de titulares de pensiones o de rentas>*, exigiendo que la institución de SS que las reclame, coincida con la institución que tenga a su cargo el abono de tales prestaciones en virtud de las normas de conflicto mencionadas previamente:

*“Artículo 33.1.- La institución de un Estado miembro que sea deudora de una pensión o de una renta y que aplique una legislación que prevea, para la cobertura de las prestaciones de enfermedad y de maternidad la retención de cuotas al titular de una pensión o de una renta quedará facultada para practicar estas retenciones, calculadas de conformidad con dicha legislación, sobre la pensión o renta que deba, siempre que*

---

<sup>716</sup> Véase en este sentido la STJCE de 8-3-01 sobre el Asunto Comisión v. Alemania (C-68/99) que ha considerado acorde al Derecho comunitario la contribución exigida por la legislación alemana a las empresas que comercializan en Alemania las obras de artistas o periodistas autónomos, con independencia de que éstos residan o trabajen en Alemania. Estas cotizaciones patronales destinadas a financiar el Régimen alemán de SS de artistas y periodistas autónomos, son perfectamente compatibles con los artículos 13 y 14 bis. 2 del R. 1408. En efecto, estas cotizaciones no gravan ni directa, ni indirectamente a los artistas o periodistas que residen o trabajan fuera de Alemania, sino a la empresa que comercializa sus obras en este país. Empresa que, como prohíbe expresamente el legislador alemán, no puede repercutir dicha contribución sobre el artista o periodista de que se trate. Según los apartados 34 y siguientes de esta Sentencia, el TJCE entendió que la exigencia de estas cotizaciones tampoco atentaba contra la libre prestación de servicios, pues, posee un carácter neutro al no suponer una carga adicional para los empresarios que las soportan respecto de los prestadores de servicios establecidos en el territorio en el que efectúan sus prestaciones.

*las prestaciones servidas en cumplimiento de los artículos 27, 28, 28 bis, 29, 31 y 32 sean a cargo de alguna institución de dicho Estado miembro.*

*2.- Cuando en los supuestos contemplados en el artículo 28 bis, el titular de una pensión o de una renta esté sujeto a cotizaciones o retenciones equivalentes para la cobertura de las prestaciones de enfermedad y de maternidad en virtud de la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside, por el hecho de ser residente, estas cotizaciones no serán exigibles”.*

Las disposiciones mencionadas han sido interpretadas por el TJCE en varias ocasiones, respecto del apartado primero del artículo 33, recientemente el Alto Tribunal, ha ratificado que sólo permite a la institución que deba hacerse cargo eventualmente de las prestaciones por enfermedad o maternidad, en virtud de las conexiones establecidas en dicha disposición, practicar retenciones de esa naturaleza sobre las pensiones que abone. En otras palabras establece una vinculación, ciertamente lógica, entre la responsabilidad de cobertura y la posibilidad de exigir cotizaciones para la financiación de su acción protectora.<sup>717</sup>

Respecto del apartado segundo del artículo 33, hay que señalar que fue introducido por el Reglamento N° 2332/89 del Consejo de 18-7-1989 (DOCE L 224 p. 1), con la finalidad de evitar de nuevo la doble cotización respecto de las contingencias de maternidad y enfermedad. Esta disposición, de acuerdo con el TJCE, impide que los sistemas de SS universalistas, que no son competentes, a tenor de las normas de conflicto del R. 1408, de la cobertura del pensionista, le exijan cotizaciones para la cobertura de tales contingencias por la mera residencia en su territorio.<sup>718</sup> En definitiva, como se señala en el apartado 57 de su STJCE de 10-5-01 sobre el Asunto Rundgren (C-389/99):

---

<sup>717</sup> Véase apartado 35 de la STJCE de 3-5-01 sobre el Asunto Comisión c. Bélgica (C-347/98), donde el Alto Tribunal consideró que el artículo 33.1 se oponía a que el Estado de residencia efectuase retenciones de cuotas sobre las pensiones legales de vejez, de jubilación, de ancianidad y de supervivencia de los ciudadanos comunitarios, cuando las prestaciones de enfermedad y de maternidad, que constituyen su contrapartida, no corren a cargo de la institución que realiza tales retenciones. Véase en este mismo sentido la STJCE de 28-3-1985 sobre el Asunto Comisión c. Bélgica (275/83) donde se señaló que un Estado miembro no podía retener cotizaciones de las pensiones de correspondientes a Regímenes Generales de vejez, jubilación y viudedad, aun a falta de vínculo directo entre la cotización y el riesgo asegurado, cuando las prestaciones de enfermedad y de maternidad no son responsabilidad de dicho Estado miembro.

<sup>718</sup> Véase el apartado 12 y siguientes de la STJCE de 21-2-1991 sobre el Asunto Noij (C-140/88), donde se señala que: *“El Estado miembro de residencia que gestiona un régimen generalizado de SS y en virtud de cuya legislación no se deba conceder ninguna pensión o renta no podrá exigir al beneficiario de una pensión o de una renta, por el hecho de que reside en su territorio, que este último cotice para la cobertura de contingencias que están a cargo de la institución de otro Estado miembro (...) Pues sería claramente contrario a la libre circulación de trabajadores que “sin existir razones de interés general, un trabajador pudiese verse privado de parte de una pensión percibida en virtud de la legislación de un Estado miembro por el mero hecho de haberse ido a residir a otro Estado miembro”.*

Existe un “*principio general que se desprende del Reglamento N° 1408/71 y que aplica su artículo 33, conforme al cual no puede reclamarse del titular de una pensión o renta, por el hecho de residir en el territorio de un Estado miembro, el pago de cotizaciones del seguro obligatorio para la cobertura de prestaciones que están a cargo de una institución de otro Estado miembro, se opone a que el Estado miembro en cuyo territorio reside el titular de una pensión o de una renta exija de éste el pago de cotizaciones o de retenciones equivalentes previstas por su normativa para la cobertura de las prestaciones de vejez, de incapacidad laboral y de desempleo cuando el interesado percibe prestaciones con objeto análogo a cargo de la institución del Estado miembro competente en materia de pensiones.*”

Sin embargo, conviene recordar, que no todos los trabajadores migrantes se pueden beneficiar de este principio incluido en el R.1408, pues esta normativa de coordinación no es aplicable a las cotizaciones exigidas por el Estado de residencia respecto de prestaciones surgidas de regímenes convencionales, como es sabido, excluidos del ámbito de aplicación objetivo del Reglamento. En efecto, respecto de este tipo de regímenes excluidos del concepto de legislación definido en el artículo 1.j) del R.1408, no es posible aplicar el mencionado artículo 33 del R. 1408.<sup>719</sup> Sin embargo, tales beneficiarios, incluidos en el ámbito subjetivo de la norma de coordinación con base en su aseguramiento previo en calidad de trabajador, no quedan totalmente desprotegidos por el Derecho comunitario, a pesar de que su situación jurídica no esté prevista específicamente por el R.1408. Como ha señalado el TJCE en su Sentencia de 15-6-2000 sobre el asunto Sehrer (C-302/98), estos sujetos son titulares de un derecho a la libre circulación en su condición de beneficiarios de pensiones surgidas de una relación laboral previa, quedan amparados, en su calidad de trabajadores migrantes, por la aplicación directa del artículo 39 TCE. En efecto, su derecho a pensión, no incluida en el ámbito objetivo del R.1408, está “*vinculado intrínsecamente a la condición objetiva de trabajador,*” se trata de una ventaja social que no puede ser afectada peyorativamente por una norma nacional. En definitiva, el artículo 39 TCE se opone a todas las disposiciones nacionales que “*impidan o disuadan a un nacional de un Estado*

---

<sup>719</sup> Véase STJCE de 16-1-1992 sobre el Asunto Comisión c. Francia (C-57/90) donde se señala que: “*el artículo 33 del Reglamento que prohíbe a los Estados miembros practicar retenciones sobre las pensiones reglamentarias percibidas por los nacionales de países comunitarios donde el coste de las prestaciones recibidas a cambio no sea sufragado por una o varias de sus instituciones, no puede ser invocado contra un Estado miembro que, en virtud de su régimen de enfermedad y maternidad, introduzca una cotización a deducir de los pagos de jubilación anticipada o de pensiones complementarias derivadas de convenios laborales, cuando esos pagos se realicen a personas que residen en otro Estado miembro beneficiarias de prestaciones de enfermedad en virtud de la legislación de ese otro Estado miembro.*” Véase en este mismo sentido la STJCE de 6-2-1992 sobre el asunto Comisión c. Bélgica (C-253/90).

*miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación*".<sup>720</sup>

## **VI-2.- DETERMINACIÓN DE LA CUANTIA DE LAS COTIZACIONES: el artículo 14 quinquies.**

El artículo 14 quinquies del R.1408 es la única disposición del Título II que alude a la determinación de la cuantía de las cotizaciones, el legislador comunitario sólo ha considerado necesario pronunciarse y coordinar esta materia cuando aludiese a ciertos supuestos especialmente problemáticos. Como se pondrá de manifiesto, este artículo sólo aborda las situaciones en las que el trabajador migrante realiza varias actividades profesionales simultáneamente en distintos Estados miembros, tanto en los casos en los que se establezca una única norma de afiliación o cuando se designen dos normas nacionales como competentes. Sin embargo, hay que señalar, que el artículo 14 quinquies resulta claramente insuficiente para evitar los perjuicios que el trabajador migrante puede sufrir respecto de la determinación de la cuantía de las cotizaciones que está obligado a abonar. Consecuentemente, se deberían establecerse en el R. 1408 disposiciones que aborasen de forma global la problemática de la cuantía de las cotizaciones, y que no obligaran a su protección desde el Tratado mediante la aplicación teleológica de las disposiciones sobre libre circulación.<sup>721</sup> En efecto, se podría

---

<sup>720</sup> Así se puso de manifiesto en el marco del mencionado asunto Seherer, respecto de la legislación alemana controvertida que, aunque se aplicaba a migrantes y sedentarios, sólo resultaba lesiva para los primeros. Señalando el Alto Tribunal que: El artículo 39 TCE " *se opone a que un Estado miembro calcule las cotizaciones al seguro de enfermedad de un trabajador jubilado, sujeto a su legislación, sobre la base de la cuantía bruta de la pensión de jubilación complementaria establecida en un convenio colectivo que dicho trabajador percibe en otro Estado miembro, sin tener en cuenta la circunstancia de que una parte de la cuantía bruta de dicha pensión ya ha sido retenida como cotización al seguro de enfermedad en este último Estado*". Véanse en este mismo sentido: el apartado 11 de la STJCE de 16-1-1992 sobre el Asunto Comisión c. Francia (C-57/1990), los apartados 18 y 19 de la STJCE de 7-3-1991 sobre el asunto Masgio (C-10/90).

<sup>721</sup> Así se puso de manifiesto en la STJCE de 26-1-1999 sobre el Asunto Terhoeve (C-18/95), que versa sobre un trabajador holandés destacado en el Reino Unido manteniendo su vinculación a la SS holandesa en virtud del artículo 14.1.a). El sistema holandés practicó una liquidación conjunta del impuesto sobre la renta y la cotización de seguros sociales, obligando al Sr. Terhoeve a abonar una cotización a los seguros sociales superior a la que, en las mismas circunstancias, pagaría un trabajador sedentario que hubiera mantenido todo el año su residencia en Holanda; sin percibir prestaciones sociales adicionales en consideración a tal esfuerzo cotizador. El TJCE señalaría que: "*La imposición de una cotización superior a un trabajador que traslada su residencia de un Estado miembro a otro para ejercer allí una actividad por cuenta ajena es, en principio, contraria al artículo 48 del Tratado y no puede estar justificada por el hecho de que se derive de una normativa que persigue un objetivo de simplificación y de coordinación de la recaudación del impuesto sobre la renta y de las cotizaciones a los seguros sociales, ni por dificultades de orden técnico que obstaculicen otros criterios de recaudación ni por la circunstancia de que, en determinadas situaciones; otras ventajas derivadas del impuesto sobre la renta puedan compensar o incluso superar la desventaja relativa a las cotizaciones sociales*".

establecer una norma general que obligara expresamente a imponer al trabajador migrante una cotización no discriminatoria respecto del sedentario; siempre considerando, cuando fuese necesario mediante una asimilación de condiciones, todas las rentas relevantes que la legislación nacional competente computa para determinar el importe de dichas cotizaciones. De manera que los sistemas nacionales de SS sólo pueden obligar al trabajador migrante a abonar la misma cotización que correspondería a un trabajador sedentario, es decir, aquél que hubiera mantenido su residencia en el territorio de dicho Estado, so pena de que su normativa se considere un obstáculo disuasorio del ejercicio del derecho a la libre circulación.

**VI-2-1.- El apartado primero del artículo 14 quinquies: cotización de los trabajadores afiliados a un único sistema que realizan su actividad profesional en más de un Estado miembro.**

El primer apartado del artículo 14 quinquies del R.1408, introducido por el Reglamento N° 1390/81, está dirigido a *“la persona a la que se hace referencia en los apartados 2 y 3 del artículo 14, en los apartados 2,3 y 4 del artículo 14 bis, en la letra a) del artículo 14 quater y en el artículo 14 sexies”*. En otras palabras, su destinatario es aquel trabajador por cuenta ajena, propia o funcionario, asegurado a un régimen especial, que realiza simultáneamente varias actividades por cuenta ajena o propia en el territorio de diferentes Estados miembros. Sujetos a los que, en virtud de las normas de conflicto mencionadas, les resulta aplicable una única ley nacional a la que han quedado, en este caso, efectivamente afiliados. Este tipo de trabajador, como continúa señalando el artículo 14 quinquies, será tratado, *“... a efectos de la aplicación de la legislación, como si ejerciera la totalidad de su actividad o actividades profesionales en el territorio del Estado miembro de que se trate.”*<sup>722</sup>

De esta afirmación puede deducirse que el artículo 14 quinquies estipula que los sujetos mencionados habrán de cotizar únicamente en el Estado miembro de afiliación por la totalidad de actividades profesionales que realicen en otro u otros Estados miembros. Esta obligación de cotización única en el marco de la legislación designada, *“como si ejerciera la totalidad de su actividad o actividades profesionales en el territorio del Estado miembro de que se trate”*, también afecta a los trabajadores objeto

---

<sup>722</sup> En el caso de trabajadores por cuenta ajena, todos los empresarios deberán registrarse en el sistema nacional de SS designado, y declarar los salarios que abonan. En el supuesto de que éstos últimos perteneciesen al mismo grupo financiero, el salario podría ser declarado de forma conjunta bajo el número identificador de la empresa del grupo que esté situada en el Estado donde esté la Administración acreedora; debiendo manifestar el resto de empresarios involucrados su conformidad.

del artículo 14 quater a), aunque, como es sabido, esta disposición alude a quienes realizan actividades de naturaleza diversa, por cuenta ajena y propia, simultáneamente.

El monto de la cotización única que ha de realizarse a favor del Estado de afiliación deberá calcularse sobre el conjunto de remuneraciones percibidas por el trabajador en los diferentes Estados miembros donde ejerce su actividad o actividades.<sup>723</sup> En el apartado 60 de la STJCE del TJCE dictada el 19-3-2002 sobre el asunto Hervein y otros (C-393/99) se señala que, a tenor del artículo 14 quinquies.1, la obligación de considerar para la aplicación de la legislación competente de las cotizaciones que el migrante ejerce todas sus actividades en el territorio del Estado de que se trate, tiene “*por objeto evitar que contrariamente al trabajador sujeto en el mismo caso a dos legislaciones en virtud del artículo 14 quater, letra b), parte de la actividad de dicho trabajador escape a toda legislación de SS.*” En este sentido, en virtud del artículo 12 bis.2.b) del R. 574, las instituciones no competentes comunicarán a la institución del Estado de afiliación “*..., las informaciones necesarias para determinar las cotizaciones a cuyo pago estén obligados el empresario o los empresarios y/o la citada persona con arreglo a dicha legislación*”.

#### **VI-2-2.- El apartado segundo del artículo 14 quinquies: cotización de los sujetos afiliados simultáneamente en dos Estados miembros.**

El segundo apartado del artículo 14 quinquies, introducido por el Reglamento N° 3811/86 señala que:

*“La persona contemplada en la letra b) del artículo 14 quater será tratada, a efectos de determinar el tipo de cotización a cargo de los trabajadores por cuenta propia en virtud de la legislación del Estado miembro en cuyo territorio ejerza su actividad por cuenta propia, como si ejerciera su actividad por cuenta ajena en el territorio de dicho Estado miembro”.*

El tenor literal de este artículo es algo oscuro, sin embargo, de acuerdo con lo establecido en la STJCE de 19-3-2002 sobre el asunto Hervein II y otros (C-393/99), se puede señalar que tal disposición establece, en primer lugar, la obligación de que en los supuestos de afiliación efectiva a ambos sistemas nacionales, el trabajador cotice por la

---

<sup>723</sup> Así se interpreta este artículo por la administración francesa de acuerdo con COUTANCEAU, M.P et RAPAUD, S. “Le recouvrement des cotisations de Sécurité sociale dans la Communauté européenne” Droit Social. N° 6/1993. p. 584, quienes señalan que si la cotización debe calcularse por el conjunto de la actividad del trabajador, el empresario francés a favor del cual el trabajador migrante realiza un trabajo a tiempo parcial, no podrá beneficiarse de las bonificaciones a las cotizaciones que sobre este tipo de trabajo establece la legislación francesa. En efecto, la suma de actividades que el R. 1408 impone tanto si



actividad realizada en el territorio en el marco de cada una de las legislaciones nacionales por separado. En este contexto de cotización simultánea separada a dos sistemas nacionales, que propicia el artículo 14 quinquies.2 como norma de conflicto del Título II, hay que señalar que no se eliminan las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales que pueden exigir un esfuerzo cotizador desigual.<sup>724</sup>

El artículo 14 quinquies. 2, por su parte, obliga al Estado miembro competente, donde el migrante está afiliado en calidad de trabajador por cuenta propia, a considerar cuando establezca el tipo de cotización que le es aplicable, la actividad por cuenta ajena que el trabajador viene realizando en otro Estado miembro. En efecto, esta disposición impone una asimilación de condiciones que pretende que el trabajador migrante goce de las ventajas que las normas nacionales de SS, atribuyen normalmente a los afiliados por cuenta propia sedentarios que simultáneamente realizan una actividad por cuenta ajena en el territorio nacional.<sup>725</sup> Desde esta perspectiva, el artículo 14 quinquies. 2 pone fin a las discriminaciones que derivan de aquellas legislaciones nacionales de SS que reservan ciertas ventajas en materia de cotización únicamente a las actividades que se realizan en su territorio nacional,<sup>726</sup> asumiendo cierta jurisprudencia sentada previamente por el TJCE.<sup>727</sup>

---

se llevan a cabo en Francia como en otro Estado miembro, convierte la actividad del sujeto en una actividad a tiempo completo.

<sup>724</sup> Véase en este sentido el apartado 52 de la mencionada STJCE donde se señala que: *“El sistema elaborado por el R. 1408 constituye únicamente un sistema de coordinación, que, en su título II, determina cuál o cuáles serán las legislaciones aplicables a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que ejercitan, en distintas circunstancias, su derecho a la libre circulación. Es inherente a tal sistema que el nivel de las cotizaciones sociales adeudadas por el ejercicio de una actividad difiera según el Estado miembro en el que se ejerce total o parcialmente dicha actividad o según la legislación de SS a la que esté sujeta dicha actividad (véase en este sentido, la sentencia de 8 de marzo de 2001, Comisión/Alemania C-68/99, Rec. P. I-1865, apartado 29).”*

<sup>725</sup> **DE PAUW, Bruno.** “La legislation de Sécurité Sociale applicable lors d’une occupation internationale au sein de l’EEE”. RBSS. 41 année. N° 3/septembre 1999. P. 477. Así por ejemplo, en opinión de este autor, *“...esta disposición es importante para la aplicación del régimen belga de SS de los trabajadores autónomos: cuando una persona ejerce una actividad por cuenta ajena, y otra como trabajador por autónomo en Bélgica, podrá beneficiarse en lo se refiere a su afiliación como tal de un régimen de favor de manera que se le considera realizando tal actividad por cuenta propia a título accesorio.”* Este autor cita la normativa nacional belga donde se obliga a verificar si los trabajadores autónomos cumplen una serie de condiciones respecto a su actividad asalariada; sin embargo, este autor señala que: *“...dado que esta verificación es imposible de realizar, el régimen de favor se aplica en casi todos los casos.”*

<sup>726</sup> En efecto como se señala en el apartado 61 de la STJCE de 19-3-2002 sobre el Asunto Hervein II y otros (C-393/99) con el artículo 14 quinquies. 2: *“...el Consejo recordó a los Estados miembros su obligación de tratar sin discriminación a los trabajadores sujetos a las disposiciones del artículo 14 quater b) en relación con los trabajadores que ejercen todas las actividades en un solo Estado miembro.”*

<sup>727</sup> Véanse las STJCEs dictadas por el TJCE el 7-7-1988 sobre el Asunto Stanton (143/87) y los Asuntos Wolf y otros (154/87 y 155/87), relativos a trabajadores asalariados y afiliados a un sistema nacional de

Hay que señalar, no obstante, que el resultado de la asimilación de condiciones que establece el artículo 14 quinquies.2 no está preestablecido, sino que dependerá, obviamente, del tenor de la norma nacional competente de la afiliación del trabajador migrante como autónomo. En efecto, no puede descartarse que la mencionada disposición comunitaria genere un aumento del tipo de cotización,<sup>728</sup> efecto peyorativo no deseado por el R.1408, y que ha sido considerado inevitable por el TJCE en el marco de la técnica de coordinación.<sup>729</sup> La ausencia de armonización en materia de cotizaciones impide que disposiciones comunitarias, como la norma de conflicto contenida en el artículo 14 quater b) o artículo 14 quinquies destinado a regular la cotización en su marco, puedan garantizar, desde su carácter indirecto, que la libre circulación sea completamente neutra en materia de SS.<sup>730</sup> No obstante la cotización que abone en el marco del artículo 14 quinquies.2 en calidad de trabajador migrante autónomo, para que no atente contra su derecho a la libre circulación no podrá ser a fondo perdido.<sup>731</sup> En este sentido, conectando tales cotizaciones con la acción protectora

---

SS por tal motivo que realizaban una actividad profesional por cuenta propia en otro Estado miembro que les reclamaba su afiliación y cotización correspondiente. Para la fijación de la cuantía de las cotizaciones, no estando vigente el artículo 14 quinquies.2, el TJCE consideró que los artículos 39 y 43 TCE (ex 48 y 52) se oponían a que: *“La normativa de un Estado miembro (Bélgica) que reconozca la exención del pago de una cotización al régimen de trabajadores autónomos para todo particular que desempeñe con carácter principal una actividad asalariada en dicho Estado miembro, pero que la deniegue a aquellos particulares que desempeñen con carácter principal una actividad asalariada en otro Estado miembro, tiene el efecto de desfavorecer el ejercicio de actividades profesionales fuera del territorio de este último Estado miembro. Pues, “el hecho de hacer más gravoso el ejercicio de actividades profesionales fuera del territorio de un único Estado miembro no puede justificarse de manera alguna.”*

<sup>728</sup> Véase en este sentido el apartado 50 de las Conclusiones sobre el Asunto Hervein I (C-221/95) que señala respecto del artículo 14 quinquies que *“una disposición de este tenor puede producir, a la hora de aplicar la legislación nacional, tanto el efecto de reducir el tipo de cotización como de aumentarlo.”* En igual sentido, véase el apartado 66 de las Conclusiones sobre el Asunto De Jaeck (C-340/94)

<sup>729</sup> Véase sobre esta materia el apartado 51 y siguientes de su STJCE de 19-3-02 sobre los Asuntos acumulados Hervein II (C-393/99) y Lohiois (C-394/99) y la argumentación realizada por el Abogado General Jacobs en el apartado 64 de sus Conclusiones

<sup>730</sup> En efecto, según la STJCE de 19-3-02 sobre los Asuntos acumulados Hervein II (C-393/99), de las diferencias entre los sistemas nacionales: *“se deriva que, en principio, una desventaja eventual, en relación con la situación en la que el trabajador ejerce todas sus actividades en un mismo Estado miembro, consecuencia de la extensión de sus actividades o de su traslado a uno o varios Estados miembros distintos y de su sujeción a una nueva legislación de SS no es contraria a las disposiciones de los artículos 48 y 52 del Tratado si dicha legislación no desfavorece a dicho trabajador en relación con quienes ejercen todas sus actividades en el Estado miembro en el que se aplica o en relación con quienes ya estaban sujetos a ella anteriormente, si no significa pura y simplemente un abono de cotizaciones sociales a fondo perdido.”*

del sistema nacional a cuyo favor se abonan, se puede entender que incidió el artículo 2 del Reglamento N° 3811/86. Reglamento que, como es sabido, incluyó los artículos mencionados en el R. 1408, y les acompañó de ciertas disposiciones ad-hoc en el R.574 con el objeto de facilitar la acumulación de las prestaciones concedidas en virtud de las dos legislaciones de afiliación aplicables.

En definitiva, en el marco de cada una de las legislaciones nacionales competentes para exigir cotizaciones se ha de constatar que su abono conlleva efectivamente una protección para el trabajador interesado, supeditándose la afiliación-cotización simultánea a dos sistemas a la existencia en su marco de una cobertura concreta. Se trata de un razonamiento que ya había sido empleado por el TJCE antes de la aprobación de los artículos 14 quater y 14 quinquies en el seno del R. 1408, y que se fundamentaba en la aplicación directa del artículo 43 TCE. En efecto, la libertad de establecimiento que asiste a los trabajadores autónomos migrantes impide que puedan ser obligados a una afiliación redundante y vacua a efectos tuitivos, cuando no concurra ninguna justificación objetiva que avale este trato desigual por razón de la nacionalidad.<sup>732</sup>

Por último, hay que señalar que el apartado segundo del artículo 14 quinquies a diferencia del apartado primero, en cuyo marco si se introdujo una alusión al artículo 14 sexies, no fue modificado por el Reglamento 1606/98. De manera que no existe ninguna norma sobre determinación de la cuantía de la cotización referido específicamente al artículo 14 septies. Este silencio del legislador comunitario permite apuntar que, sí en el marco de este artículo surge una doble relación de afiliación, la obligación de cotizar se

---

<sup>731</sup> Así sucedía en el caso del Sr. Lorthiois cuyas cotizaciones a la SS no le suponían ninguna protección social complementaria oponiéndose el artículo 43 TCE directamente a la reclamación de tales prestaciones Véanse sobre las cotizaciones del Sr. Lorthiois al Régimen de SS belga los apartados 22 a 30 de las conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 5-4-2001 sobre los Asuntos Hervein II (C-393/99) y Lorthiois (C-394/99) que el TJCE.

<sup>732</sup> Véase la STJCE de 15-2-1996 sobre el Asunto Kemmler (C-53/95) que versaba sobre cotizaciones relativas a períodos previos a la entrada en vigor de las citadas disposiciones. El Sr. Kemmler, un abogado alemán, se negaba a pagar cotizaciones a la institución competente belga por el desempeño de tal actividad profesional en Bruselas, alegando que ya estaba afiliado como trabajador por cuenta propia en Alemania donde pagaba cotizaciones y que tal relación de afiliación-cotización simultánea con el sistema belga no le aportaba protección social suplementaria alguna. El TJCE recurrió a la aplicación directa del ex artículo 52 del Tratado (actual 43 TCE) sobre derecho de establecimiento, para resolver este asunto y señalar que: *“La normativa de un Estado miembro que obligue a cotizar al régimen de trabajadores autónomos a las personas que ejerzan ya una actividad por cuenta propia en otro Estado miembro, donde estén afiliadas a un régimen de SS, tiene efectos perjudiciales para el ejercicio de actividades profesionales fuera del territorio de dicho Estado miembro. El artículo 52 del Tratado se opone, pues, a tal normativa, a menos que éste debidamente justificada.”*

realizará en cada uno de los Estados de afiliación de forma autónoma, considerando exclusivamente la actividad laboral o funcionarial desempeñada en su seno.

### **VI-3.- RECAUDACION EN UN ESTADO MIEMBRO DISTINTO DEL COMPETENTE Y REEMBOLSO DE COTIZACIONES.**

Comenzando por los problemas de recaudación cuando los obligados al pago de cotizaciones no están establecidos en el Estado competente, hay que señalar que el legislador comunitario no da una solución apropiada, abordándose esta materia en el R. 1408 de forma incompleta y asistemática.<sup>733</sup>

En primer lugar, el artículo 91 del R.1408 establece, bajo la rúbrica “cotizaciones a cargo de empresarios o empresas no establecidos en el Estado competente”, como principio general, una manifestación de la igualdad de trato por razón de la nacionalidad que preserva la libre prestación de servicios y de establecimiento de las empresas:

*“Ningún empresario podrá ser obligado a pagar las cotizaciones con recargo, por el hecho de que su domicilio o la sede de su empresa se halle en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente”.*

En segundo lugar, en previsión de las complicaciones que supone la existencia de sujetos obligados al pago de cotizaciones que no se encuentran en el Estado miembro acreedor, el Reglamento 574/72 aboga, en su artículo 109, por la celebración de acuerdos:

*“El empresario que no se haya establecido en el territorio de aquel Estado miembro donde se halle ocupado el trabajador por cuenta ajena, podrá llegar a un acuerdo con dicho trabajador para que éste se encargue de cumplir las obligaciones referentes al pago de cotizaciones. El empresario deberá notificar ese acuerdo a la institución competente o, en su caso, a la institución competente del citado Estado miembro”.*

Hay que señalar que la suscripción de estos acuerdos, no supone que el trabajador se convierta en el único sujeto obligado al pago de las cotizaciones empresariales, si no tan sólo que realizará el pago delegado y conjunto de las mismas.

---

<sup>733</sup> En este sentido COUTANCEAU, M.P. y RAPAUD, S. “Le recouvrement...” op. cit. p. 586, señalan que “a pesar de que la falta de pago de cotizaciones, cuando no puede ser realizado, puede conducir a la privación de prestaciones al trabajador que no las realizó, no ha sido objeto de disposiciones que aseguren una coordinación entre Estados miembros, legislación desde luego no tan desarrollada como la relativa a materia de prestaciones o afiliación”. Autores que concluyen su estudio señalando que “la

De manera, que se mantendrán como sujetos responsables en caso de impago el empresario y el trabajador en sus porcentajes respectivos. Esta interpretación supone que ante el impago de cotizaciones, la institución de la SS acreedora de las mismas puede encontrar graves obstáculos a la hora de reclamar el pago de las mismas al empresario moroso y sin domicilio en su territorio.

A esta materia alude, en tercer lugar, el artículo 92 del R.1408 donde se establecen las normas generales sobre recaudación de las cotizaciones:

*“La recaudación de las cotizaciones debidas a una institución de cualquier Estado miembro podrá ser practicada en el territorio de otro Estado miembro, con arreglo al procedimiento administrativo y con las garantías y privilegios aplicables a la recaudación de las cotizaciones debidas a la institución correspondiente del segundo Estado”.*

El tenor de este artículo *“parece revolucionario en vista de las consecuencias tradicionales inherentes al principio de la soberanía nacional en materia de recaudación de impuestos y cuotas”*.<sup>734</sup> Esta disposición parece eliminar los problemas de la recaudación de cotizaciones, mediante la aplicación a favor del Estado acreedor la normativa que en materia recaudatoria exista en el Estado miembro donde pretende realizar el cobro. Sin embargo, el apartado segundo del propio artículo 92 parece supeditar la propia virtualidad de su primer apartado a la celebración de acuerdos entre los Estados miembros y a la normativa que al respecto establezca el Reglamento de desarrollo 574/72:

*“Las diversas formas de aplicar lo dispuesto en el apartado serán reguladas en la medida necesaria, por el Reglamento de aplicación a que se refiere el artículo 98 y por medio de acuerdos entre los Estados miembros. Dichas formas de aplicación podrán afectar incluso a los procedimientos de recaudación vía ejecutiva”.*

El artículo 116 del Reglamento 574/72 señala que: *“los acuerdos que se celebren en virtud del apartado 2 del artículo 92 del Reglamento serán inscritos en el Anexo 5 del Reglamento de aplicación”*. En dicho Anexo, donde se recogen las disposiciones de convenios bilaterales que se mantienen en vigor sobre muy diferentes materias,<sup>735</sup> destaca el escaso número de acuerdos inscritos sobre cotización. Acuerdos que no cubren, en ningún caso, de forma exhaustiva las relaciones de todos los Estados

---

*puesta en marcha de la coordinación en materia de recaudación de cotizaciones permanece, en lo esencial, por hacer”.*

<sup>734</sup> VAN RAEPENBUSCH, Sean. *La Seguridad* .... op. cit. p. 313.

miembros entre sí, y entre los que no se encuentra ninguno que vincule a España con ningún otro Estado miembro.<sup>736</sup>

Hay que señalar, con independencia del reducido número de acuerdos, que la remisión por parte del R.1408 a este tipo de soluciones bilaterales, supone un retroceso respecto de la solución uniforme que se presume debe otorgar la coordinación comunitaria a estos problemas jurídicos por imperativo del artículo 42 TCE. En efecto, si se considera que el párrafo segundo del artículo 92 deroga y supedita la aplicación del párrafo primero a la celebración de acuerdos, se podría concluir, como hace mayoritariamente la doctrina, que la norma derivada de coordinación no contiene ninguna solución directamente aplicable a la recaudación de cotizaciones cuando el deudor de las mismas reside en un país distinto de aquél donde se encuentra el organismo acreedor competente.<sup>737</sup>

Sin embargo, el taxativo tenor literal del artículo 92 permite dudar que el legislador comunitario haya subordinado a la buena voluntad de los Estados miembros la eficacia y la entrada en vigor de disposiciones comunitarias que deben ser de aplicación simultánea y uniforme en todo el territorio de la Comunidad Europea. En efecto, podría entenderse con base en cierta jurisprudencia que el apartado primero goza de eficacia directa y los convenios bilaterales celebrados al amparo del apartado segundo, tan sólo tendrían la finalidad de modular formalmente la aplicación de tal derecho. Existe un paralelismo muy acusado entre el artículo 92 y el del artículo 52 del Reglamento N° 3/1958, no obstante, dedicado a los derechos de las instituciones deudoras frente a terceros responsables, materia regulada actualmente en el artículo 93 del R.1408. Tal artículo 52 establecía un principio general de subrogación de la institución competente en los derechos que asistiesen al beneficiario frente a terceros,

---

<sup>735</sup> De hecho se deberán incluir los Acuerdos entre Estados a los que se refieren los artículos: 53, 104, 105, 116, 121 y 122 del Reglamento 574/72.

<sup>736</sup> Se recogen ocho acuerdos de este tipo celebrados entre:

- Alemania con Francia de 26 de mayo de 1981, con Luxemburgo de 14 de octubre de 1975, con Bélgica de 29 de Enero de 1969, con Países Bajos de 21-1-1969

- Bélgica con Francia de 1 de octubre de 1977 y con Luxemburgo de 28-1-1961.

- Luxemburgo, con Francia de 24-2-1962

- Países Bajos con Bélgica de 21-3-1968, así como el acuerdo administrativo adoptado en cumplimiento del anterior el 25-11-1970 y con Luxemburgo de 20-12-1978

Muchos de estos acuerdos están celebrados antes de la entrada en vigor del Reglamento n° 1408/71, es decir, bajo el anterior Reglamento n° 3/1958, al haber sido integrados en este Anexo 5 continúan en vigor en virtud del segundo apartado del artículo 116 del Reglamento 574/72.

cuya virtualidad también parecía supeditarse a la celebración de convenios bilaterales que especificase en el contenido real de tal principio. Sin embargo, como confirmó el TJCE en la parte dispositiva de sus STJCEs de 11-3-1965 sobre los asuntos Bertholet (31/64) y Van Dijk (33/64):

*“las disposiciones del primer párrafo del artículo 52 del Reglamento N° 3 (...) son aplicables incluso antes de que un acuerdo bilateral, a los que se refiere el segundo párrafo de este artículo, haya sido concluido entre los Estados miembros concernidos”.*

Esta postura fue confirmada de nuevo en la STJCE de 12-11-1969 sobre el asunto CFL (27/69), donde el TJCE en el tercer punto de su fallo reiteraba que:

*“el objeto del artículo 52 es asegurar el reconocimiento por cada Estado miembro de cada derecho de acción existente en los otros Estados miembros a favor de la Institución obligada al abono de prestaciones que se podrá dirigir contra terceros a través de la subrogación u otro método legal. Este derecho puede ser ostentado incluso cuando no haya sido objeto de un acuerdo bilateral a los que se refiere el segundo párrafo de este mismo artículo”.*

Esta doctrina parece extrapolable al actualmente vigente artículo 92 del R. 1408, lo que dotaría de efecto directo al derecho reconocido, con carácter general, en su primer apartado. Partiendo de las premisas sentadas por el TJCE se podría afirmar que el artículo 92, con independencia de la celebración de acuerdos bilaterales, impone a los tribunales e instituciones administrativas de cualquier Estado miembro a admitir la demanda de una institución o entidad gestora extranjera para la cobranza de cuotas adeudadas.<sup>738</sup> Sin embargo, debe destacarse que en este supuesto se plantea un problema añadido, pues la institución competente actúa como una institución de Derecho Público, cuestión que no se suscitaba en el marco del artículo 52. Como se señaló, en su marco al igual que en el actual artículo 93, la institución de SS actúa como persona de Derecho privado en el marco de la <lex loci delicti>. En este contexto podría ocurrir que los Estados miembros obstaculizasen estas reclamaciones de cotizaciones, al igual que sucede con las reclamaciones de tributos, aludiendo a que *“... toda forma de recaudación de un impuesto debido a un fisco extranjero se tiene que rechazar, toda vez que constituye el ejercicio de una prerrogativa que corresponde al poder público.”*<sup>739</sup>

---

<sup>737</sup> Por todos **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. *La Seguridad...* op. cit. p. 449 donde señala *“hasta el presente sólo se han celebrado nueve convenios bilaterales, por lo que ha quedado reducida considerablemente la eficacia del artículo 92, párrafo 1”*

<sup>738</sup> En sentido contrario **GARCIA RODRIGUEZ, Isabel**. *Aspectos...* op. cit. p.66

Sin embargo, considerando el efecto directo del R. 1408 y el tenor del artículo 92; parece existir una obligación clara sobre todos los Estados miembros de gestionar y cobrar las deudas que en materia de cotización se generen en otro Estado miembro, siempre aplicando su propia normativa, esto es, sin recepción de la legislación extranjera en el Foro. Si no se aceptara la anterior interpretación, respecto del efecto directo del artículo 92, habría que admitir que la capacidad de maniobra de la institución acreedora de cotizaciones en el extranjero, en defecto de acuerdo bilateral, es realmente limitada. En efecto, tan sólo podría acudir al principio general de colaboración o cooperación entre administraciones,<sup>740</sup> recogido, entre otras normas, en el propio artículo 84 del R.1408.

Por otro lado, y en el supuesto de que existiera una sentencia firme en cuyo fallo se obligara al pago de cotizaciones, la posibilidad de ejecución en otro Estado miembro de la misma, quedaría de nuevo supeditado a la existencia de un Convenio sobre ejecución de las mismas o <exequatur>. Este tipo de Convenio específico que existe, por ejemplo, entre España y Francia<sup>741</sup> sólo se refiere a la ejecución de sentencias firmadas sobre materias de carácter privado en los ámbitos civil, comercial, social; por lo que sus prescripciones tampoco resultarían aplicables a las sentencias dictadas en el marco del Derecho público de la SS.<sup>742</sup>

En previsión de la situación descrita en el párrafo anterior, los apartados segundo y tercero del artículo 68 de <la Propuesta>, relativo a “*recaudación de cotizaciones y reclamación de prestaciones servidas indebidamente*,” establece las siguientes medidas:

“2.- *Los fallos ejecutorios de las autoridades judiciales y administrativas relativos a la recaudación de cotizaciones, intereses y gastos fijados, o la reclamación de prestaciones servidas indebidamente en virtud de la legislación de un Estado miembro que no puedan ser objeto de recurso, se ejecutarán a petición de la institución*

---

<sup>739</sup> VAN RAEPENBUSCH, Sean. SS... op. cit. p. 309. Este autor señala a modo de ejemplo que “...una decisión belga negó la condena a una empresa belga al pago de sumas que se debían en concepto de Seguros Sociales a diversos organismos de Derecho Público alemanes después de haber atribuido carácter fiscal a las sumas reclamadas”.

<sup>740</sup> LAROQUE. P. “Problèmes ...” Op. cit. p. 148

<sup>741</sup> Francia ha firmado este tipo de acuerdos con Bélgica, Italia, Luxemburgo, y Reino Unido. En este Estado miembro cuando no exista acuerdo del 92, ni los relativos a exequatur mencionados, se aplica la Circular ministerial nº 17 sobre SS firmada el 4-2-1955 que prevé como solución dirigirse al deudor través de la representación diplomática francesa en el Estado miembro donde éste reside. COUTANCEAU, M.P; et RAPAUD, S. “Le recouvrement...” Op. cit . p. 586.

<sup>742</sup> Tampoco se aplica a la SS el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 cuyo texto consolidado se encuentra en el DOCE nº L 299 de 31-12-1968, sobre competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales al referirse de nuevo y únicamente a materia civil y mercantil.



*competente en el territorio de otro Estado miembro, según los procedimientos previstos por la legislación de este último Estado. Dichos fallos se declararán ejecutorios en el territorio del Estado miembro en que esté establecida la institución competente si así lo exige la legislación de este Estado miembro.*

*3.- En caso de ejecución forzosa, de quiebra o de concordato (sic) los créditos de la institución de un Estado miembro disfrutarán, en otro Estado miembro, de privilegios idénticos a los que la legislación de este último Estado concede en su territorio a los créditos de igual índole.”*

Por último, para terminar este repaso de la incidencia del R. 1408 sobre la obligación de cotizar, resulta obligado realizar una breve alusión a la figura del reembolso de cotizaciones que se menciona en su artículo 10. Desde un punto de vista interno, hay que señalar que este mecanismo se establece en algunos sistemas nacionales de SS, en los supuestos en que se constata que ningún beneficio se deriva de las contribuciones realizadas previamente por el interesado a su favor. Se trata de una alternativa a ciertos mecanismos de cotización voluntaria que solucionan tal problemática permitiendo completar el período de carencia exigido y garantizando, simultáneamente, de esta forma la percepción futura de una pensión. El reembolso de cotizaciones se produce normalmente al término definitivo de la relación de afiliación con un sistema, cuando se detecta que las cotizaciones realizadas no son suficientes para otorgar una prestación contributiva.<sup>743</sup> Aunque también se establecen medidas de esta índole, en el marco de cambios de régimen en el seno de la relación de afiliación que se mantiene con un sistema nacional de SS, ante la ausencia de sistemas de coordinación interna, como el cómputo recíproco de cotizaciones, que permitiesen aprovechar las cotizaciones realizadas previamente.<sup>744</sup>

Como es sabido, para la protección de los derechos en curso de adquisición del migrante el legislador comunitario ha apostado por la reconstrucción de la carrera de

---

<sup>743</sup> El reembolso de cotizaciones concurre ante una desvinculación afiliativa de carácter definitivo de determinados colectivos con cotizaciones insuficientes para la percepción de una pensión. Véase, en este sentido, el artículo 3.13º de la Ley italiana 335/95 que establece esta posibilidad a favor de trabajadores extracomunitarios, fuera del sistema de coordinación comunitario, y sin cobertura mediante un Convenio internacional de SS que vincule al Estado del que es nacional con Italia. De acuerdo con la mencionada norma se les devuelven sus cotizaciones de alguna forma capitalizadas e incrementadas en un 5% anual.

<sup>744</sup> Véase sobre el reembolso de cotizaciones previsto en la legislación alemana respecto de un cambio desde el Régimen General al Régimen especial de funcionarios, ante la inexistencia de una coordinación <ad-intra> de ambos regímenes; la STJCE de 16-12-1993 sobre el asunto Leguaye-Neelsen (C-28/92). donde se señala que “En virtud de esa legislación, el reembolso de cotizaciones que el interesado puede solicitar cuando empieza a trabajar para la administración pública nacional después de haber pagado cotizaciones a un régimen de seguro obligatorio, compensa el hecho de que si su período de cotización

seguro del migrante mediante la totalización, de manera, que es fácil suponer el carácter residual de la técnica del reembolso de cotizaciones en el ámbito comunitario.<sup>745</sup> En efecto, tan sólo se dedica a esta materia el apartado segundo del artículo 10 del R.1408,<sup>746</sup> referido a la *<incidencia del seguro obligatorio en el reembolso de cotizaciones>* y donde se señala que:

*“Si la legislación de un Estado miembro subordina el reembolso de las cotizaciones a la condición de que el interesado haya dejado de estar sujeto al seguro obligatorio, esta condición no se considerará satisfecha mientras que el interesado esté sujeto al seguro obligatorio en virtud de la legislación de otro Estado miembro”.*<sup>747</sup>

Se trata de una disposición que limita el empleo de la técnica de reembolso de cotizaciones en el marco del R.1408, obstaculizándola cuando el término de la relación de afiliación inicial no suponga el fin de la carrera de seguro del migrante, sino únicamente la afiliación obligatoria a otro Estado miembro. En este contexto, el legislador comunitario presume, acertadamente, que no existe necesariamente una pérdida de derechos por parte del migrante, pues los posibles efectos negativos que el cambio de legislación nacional de SS aplicable pudiera producir, se subsanan, a posteriori, a través de la técnica de la totalización.

---

*fuese inferior al mínimo exigido, su cambio al régimen especial de funcionarios significaría que el trabajador perdería todos los derechos a una pensión bajo el régimen al que pertenecía anteriormente”.*

<sup>745</sup> Sobre las distintas técnicas potencialmente utilizables por las normas de coordinación **CUZZOCREA, Leonardo**. “Normativa interna ed internazionale di sicurezza sociale: riconsunzione, totalizzazione e trasferimento di contributi ai fini pensionistici”. *Affari Sociali internazionali*. N° 2/1985 p.154 y ss.

<sup>746</sup> No obstante, se trata de una mejora respecto del Reglamento n° 3 que carecía de disposiciones específicas sobre esta materia y en su marco tan sólo se aplicaban respecto del reembolso de cotizaciones las normas generales sobre igualdad de trato o supresión del requisito de residencia. Véase STJCE de 5-5-1977 al Asunto Jansen (104/76) que deniega el efecto retroactivo del artículo 10.2 a hechos que tuvieron lugar fuera del período cubierto por el R.1408.

<sup>747</sup> Conviene recordar que el reembolso de cotizaciones, consistente en el abono de una cantidad a tanto alzado al interesado, ha sido considerado en el ámbito comunitario, a tenor del artículo 1.1) del R. 1408, incluido en la definición de prestaciones, pensiones y rentas que realiza esta disposición.

### **III CAPITULO**

## **ADQUISICIÓN Y CALCULO DE LA PENSION DE VEJEZ CONTRIBUTIVA EN EL MARCO DE LA COORDINACIÓN COMUNITARIA**

### **I.- INTRODUCCIÓN**

El tercer capítulo de este trabajo tiene como objeto de estudio la incidencia de la normativa de coordinación comunitaria en las legislaciones nacionales destinadas a regular la relación jurídica de protección del migrante. Como se señaló en la introducción de este trabajo, y siempre con el fin de no realizar un análisis superficial, el mencionado objeto de estudio se acotó y quedó centrado las normas de coordinación de las legislaciones nacionales consagradas, a su vez, a regular la cobertura de la contingencia de vejez contributiva. La elección de tal normativa comunitaria, concentrada en el capítulo III del Título III del R.1408,<sup>748</sup> como se argumentó, respondía a la consideración de que en su seno se desarrollaban, a la vez que se exceptuaban los principios y técnicas de coordinación básicas, ya estudiadas desde un punto de vista general en el capítulo primero de este trabajo. Debe señalarse, que la normativa comunitaria elegida se consagra al reconocimiento y cálculo del derecho a prestaciones nacionales conectadas con la mencionada contingencia, no existiendo ninguna norma específica destinada a la exportación de las mismas. El estudio de esta última materia, por tanto, al igual que hace el propio legislador comunitario, se remite a la normativa general que ya ha sido estudiada en el primer capítulo de este trabajo.

El estudio de las normas comunitarias que coordinan las legislaciones nacionales dirigidas a la cobertura de la contingencia elegida se ha articulado en los siguientes puntos que se desglosan a continuación:

En primer lugar, se identifican las características que han de reunir las disposiciones nacionales destinadas a la cobertura de la contingencia escogida para que su coordinación se realice en el marco del capítulo III del Título III del R. 1408. Al no existir en la norma comunitaria una definición legal del ámbito material específico de este capítulo, ni siquiera de la contingencia a la que va destinada, se acudirá a la

---

<sup>748</sup> El capítulo III, considerado el más complejo por **JORENS, Yves; SCHULTE, Bernd**. "The implementation..." op. cit. p. 251, tiene como rúbrica "*vejez y muerte (pensiones)*," con la expresión <muerte> hace referencia a las pensiones de viudedad, pues solamente estas pensiones de supervivencia se coordinan expresamente en el capítulo III. Como es sabido, el capítulo V se refiere a los subsidios de defunción descritos en el artículo 1.v) del R. 1408, mientras que las pensiones de orfandad son objeto del capítulo VIII del Título III del R. 1408.

jurisprudencia comunitaria y a los rasgos caracterizadores por ella extraídos. En este epígrafe se expone a continuación la clasificación realizada desde la norma comunitaria de las pensiones, que resultará especialmente útil para la correcta aplicación de las NNA sobre las mismas. Esta clasificación también permite comprender las remisiones que, desde otros capítulos del Título III del R. 1408, se realiza a las normas de coordinación del capítulo III. Remisiones que permiten afirmar que muchas de las conclusiones que se extraigan de este trabajo serán extrapolables a la coordinación de las legislaciones nacionales destinadas a la cobertura de otras contingencias. Destacando, entre ellas, la remisión realizada desde el capítulo II, dedicado exclusivamente a la contingencia de invalidez por riesgos comunes.

En segundo lugar, se analizan, brevemente, las particularidades que poseen los trabajadores migrantes, destinatarios de las normas comunitarias de coordinación para la adquisición de pensiones contributivas de vejez, respecto del trabajador incluido, de forma general, en el ámbito subjetivo del R. 1408.

En tercer lugar, se estudian las normas de conflicto específicas que desde el capítulo III designan a las legislaciones nacionales competentes para el reconocimiento y cálculo de las pensiones de vejez contributiva. Estas normas de conflicto, como es sabido, exceptúan el principio de unicidad, estableciendo la competencia simultánea de varias normas nacionales de SS. Aunque la regla general sea la liquidación concomitante o simultánea de derechos en todas ellas, conviene destacar que el legislador comunitario, en ocasiones, permite diferir a un momento posterior la participación de alguna de las normas nacionales competentes involucradas.

En cuarto lugar, se describe el cauce procedimental por el que discurre la participación de cada una de las normas nacionales competentes para el reconocimiento y cálculo de pensiones. En efecto, en este epígrafe se pretende una aproximación al desarrollo de un expediente comunitario de liquidación de pensiones describiendo el papel de las instituciones nacionales competentes en tal proceso.

En quinto lugar, se analizan las medidas establecidas por el legislador comunitario para facilitar que el migrante cumpla los requisitos a los que se supedita el reconocimiento del derecho de una pensión de vejez contributiva en las legislaciones nacionales competentes. Este estudio se estructura partiendo de los requisitos exigidos comúnmente por tales legislaciones, que se conectan con las medidas comunitarias establecidas para favorecer su específico cumplimiento. Así, por ejemplo, la exigencia del cumplimiento del período mínimo de carencia se vincula al estudio de la

totalización, esto es, de las normas comunitarias específicamente destinadas a regular la correcta aplicación de esta asimilación de condiciones.

En sexto lugar, se describe el complejo procedimiento comunitario de cálculo de la prestación de vejez contributiva reconocida en el seno de cada una de las legislaciones nacionales competentes, cuya estructura básica se establece en el artículo 46 y se desarrolla en los artículos siguientes. En el marco de tal procedimiento se analiza específicamente el cálculo de la denominada <cuantía teórica> a través de la totalización, y la aplicación sobre tal cuantía de una técnica complementaria de la anterior: la prorrata temporis. También en el seno del procedimiento de cálculo merece especial atención el estudio del marco normativo comunitario creado específicamente para la aplicación coordinada de la NNA existentes en los sistemas nacionales competentes. Marco normativo que, como se pondrá de manifiesto, fue establecido por el Reglamento 1248/92 de 30 de abril,<sup>749</sup> como respuesta, francamente tardía, a una importante corriente jurisprudencial del TJCE que desde 1975 venía cuestionando la regulación hasta entonces vigente.

Finalmente, a modo de cierre, se abandona la perspectiva netamente comunitaria con la que se ha estudiado la normativa derivada hasta el momento. En efecto, este último epígrafe se consagra a los importantes problemas y dudas que, como ponen de manifiesto la abundante jurisprudencia nacional y comunitaria, suscitan el reconocimiento y cálculo de una pensión de jubilación contributiva española en el marco aplicativo del capítulo III del Título III del R. 1408.

## **II.- LA PENSIÓN DE VEJEZ CONTRIBUTIVA EN EL MARCO DEL R. 1408.**

### **II-1.- CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS NACIONALES REGULADORAS DE PENSIONES DE VEJEZ CONTRIBUTIVAS.**

Partiendo del estudio del ámbito objetivo de la norma derivada realizado en el primer capítulo de este trabajo,<sup>750</sup> hay que señalar que serán objeto del capítulo III del R.1408 todas las legislaciones nacionales de SS que establecen prestaciones destinadas a la cobertura de la contingencia de vejez, aunque sea en el marco de un Régimen especial. Asimismo, a tenor de la amplia definición que el artículo 1.t) del R. 1408 realiza de los términos <prestaciones>, <pensiones> y <rentas>, conviene recordar que

---

<sup>749</sup> DOCE N° L 136, de 19-5-92.

<sup>750</sup> Véase el epígrafe IV-3 del primer capítulo de este trabajo

lo importante será que la finalidad de tales normas nacionales sea la cobertura de la contingencia protegida, con independencia de la forma, esto es, considerándose irrelevante el <nomen iuris> atribuido por el legislador nacional a su acción protectora.<sup>751</sup> No obstante, debe recordarse que aunque estén destinadas a la cobertura de la contingencia de vejez no son objeto del capítulo III del Título III del R. 1408, ni del ámbito material de la normativa de coordinación en general, todas las normas nacionales calificables de asistencia social o médica. Exclusión que también afecta a las prestaciones destinadas a favor de las víctimas de la guerra,<sup>752</sup> o reguladas en el marco de un régimen complementario profesional establecido convencionalmente; cuya coordinación parcial, como se señaló, se realiza en el marco de la Directiva 98/49/CE.<sup>753</sup>

El artículo 4.1.c) del R. 1408 no define legalmente lo que ha de entenderse por contingencia de vejez, por lo que hay que acudir a la jurisprudencia del TJCE para identificar los rasgos que deben concurrir en una prestación nacional para que sea encuadrada y coordinada en el marco del capítulo III.<sup>754</sup> El Alto Tribunal, con el objeto de incluir el mayor número de manifestaciones tuitivas presentes en los sistemas nacionales, ha considerado pensiones nacionales de vejez aquellas prestaciones vitalicias que se otorga al cumplimiento de una determinada edad avanzada. No se

---

<sup>751</sup> En este sentido, véanse los apartados 37 y siguientes de la STJCE de 6-7-00 sobre el Asunto Movrin (73/99) y el apartado 12 de las Conclusiones del Abogado General sobre tal asunto. En virtud del artículo 1.t) el TJCE calificó de prestaciones de vejez los subsidios suplementarios con los que algunos sistemas nacionales complementan pensiones de vejez contributiva, contribuyendo con su abono al pago de las cotizaciones del seguro de enfermedad que recaen sobre los beneficiarios de éstas últimas. Subsidios cuya cuantía se calcula en función del importe de la pensión que, a su vez determina el monto de las cotizaciones a abonar, y cuyo pago se realiza a favor del Organismo Gestor del seguro de enfermedad, pero que repercuten beneficiosamente en el receptor de la pensión, aumentando de forma indirecta su cuantía al liberarle de parte de tal carga cotizadora.

<sup>752</sup> Sobre prestaciones de vejez excluidas del marco objetivo de la coordinación al regularse en el marco de uno de estos regímenes, véanse la STJCE de 31-3-1979 sobre el Asunto Even (207/78) y la STJCE de 6-7-1978 sobre el Asunto Gillard (9/78).

<sup>753</sup> Véase la Directiva 98/49/CE del Consejo de 29-6-1998, que protege los derechos de pensión de vejez, invalidez y supervivencia de los trabajadores migrantes "... *derivados de regímenes complementarios tanto voluntarios como obligatorios, con excepción de los regímenes cubiertos por el Reglamento (CEE) n° 1408/71*". Sin embargo, como es sabido, si están incluidos en el ámbito objetivo de aplicación del R.1408 los regímenes complementarios y obligatorios de vejez franceses regulados en los convenios AGIRC y ARRCO, que han sido objeto por parte del Estado francés de una declaración expresa en el sentido establecido en el artículo 1.j) del R. 1408

<sup>754</sup> Tales notas se pueden extraer de las sentencias donde se cuestiona la inclusión de una prestación nacional en el ámbito objetivo del Reglamento y su subsiguiente encuadramiento en alguno de los capítulos del Título III. También resultará útil la jurisprudencia comunitaria que analiza la naturaleza, igual o distinta, de determinadas prestaciones concurrentes, con el objeto de aplicar correctamente cierta NNA. En efecto, en ambos tipos de pronunciamientos el TJCE analiza los elementos constitutivos de las prestaciones controvertidas: su objeto, finalidad, base de cálculo y los requisitos de su reconocimiento.

exige ni siquiera que el beneficiario haya cesado en su actividad profesional, reflejo de la ausencia de este requisito en la mayoría de legislaciones nacionales.<sup>755</sup> En efecto, el denominador común en las regulaciones nacionales es la exigencia de cumplimiento de una determinada edad, sin embargo, no coincidente en todos ellos; permitiéndose compatibilizar total o parcialmente la percepción de una prestación de vejez con el desempeño de una actividad profesional. No obstante, tal continuidad debe considerarse una opción voluntaria del interesado, pues al beneficiario de una prestación de vejez no se le exige la inscripción en la Oficina nacional de empleo del sistema que la abona, permitiéndole que abandone definitivamente el mercado de trabajo. Debe señalarse, que los sistemas legales al configurar sus prestaciones de vejez no las vinculan con determinadas políticas de empleo, circunstancia que las distancia de las destinadas a la cobertura de la contingencia de prejubilación cuyo reconocimiento pretende, en ocasiones, amortiguar una reconversión industrial o simplemente liberar puestos de trabajo ocupados por sujetos próximos a la edad de jubilación.<sup>756</sup>

Como se ha señalado, este estudio se circunscribe a las legislaciones nacionales destinadas a la cobertura de la contingencia de vejez desde un punto de vista contributivo. Término este último que debe recordarse que en el ámbito comunitario tan sólo supone que el reconocimiento de tales prestaciones conecta con un esfuerzo cotizador previo,<sup>757</sup> exigiéndose normalmente para su reconocimiento el cumplimiento de un determinado período mínimo de carencia. En sentido contrario el TJCE ha calificado como pensiones de vejez no contributivas a las pensiones mínimas que se conceden a los residentes de un Estado miembro con insuficientes recursos económicos, al alcanzar una determinada edad, sin que su reconocimiento o el propio cálculo de su cuantía dependa del cumplimiento de un período mínimo de cotización.<sup>758</sup>

---

<sup>755</sup> Circunstancia que justifica el empleo del término <vejez> en el ámbito comunitario en detrimento del de <jubilación> empleado en nuestra norma nacional que si exige, por regla general, el cese en el trabajo.

<sup>756</sup> Según el TJCE las prestaciones de prejubilación, excluidas del ámbito de aplicación del R. 1408, en muchos casos, se vinculan a la reconversión industrial de sectores en crisis como la minería. Apdo.17 de la STJCE de 5-7-1983 sobre el asunto Valentini (171/82) o el apdo 30 de la STJCE de 11-7- 1996 sobre el Asunto Otte (C-25/95).

<sup>757</sup> En otras palabras, el carácter contributivo de esta prestación supone admitir que su objeto será *“garantizar medios de subsistencia suficientes a las personas que han cubierto determinado período de cotización en un régimen de SS.”* Véase la STJCE de 11-6-1996 sobre el Asunto Otte (C-25/95)

<sup>758</sup> Véase sobre este tipo de prestaciones el apartado 13 y siguientes de la STJCE de 22-6-1972 sobre el Asunto Frilli (1/72), la STJCE de 9-10-1974 sobre el Asunto Biason (24/74) y la STJCE de 5-5-1983

Otro rasgo definitorio es que los derechos a prestaciones de vejez contributivas, son derechos originarios, en el sentido que el período de carencia exigido debe haber sido cubierto íntegramente por los períodos de seguro cumplidos por el propio beneficiario.<sup>759</sup> Rasgo que distingue a las pensiones de vejez de los derechos derivados a pensiones de supervivencia como las de viudedad, contingencia también objeto del capítulo III del Título III del R. 1408. En efecto, estas pensiones de supervivencia aunque destinadas, en muchos casos, a garantizar medios de subsistencia a una persona de edad avanzada, se diferencian de las pensiones de vejez en que, por un lado, protegen al beneficiario de la privación real o presunta de ingresos provocados por el fallecimiento de su cónyuge y en que, por otro lado, el período mínimo de carencia se acredita mediante las cotizaciones abonadas por el trabajador fallecido o causante.<sup>760</sup>

No obstante la afirmación del párrafo anterior, hay que señalar que el TJCE ha calificado como pensiones de vejez destinatarias del Capítulo III del Título III del R. 1408, a ciertas prestaciones nacionales denominadas <pensiones de vejez en calidad de cónyuge separado>.<sup>761</sup> Prestaciones desconocidas en el Derecho español de SS y que se reconocen en otros sistemas nacionales de SS a favor del cónyuge divorciado o separado al cumplimiento de cierta edad, con el objeto de protegerle de la pérdida de ingresos originados por la desvinculación con su antiguo cónyuge. El reconocimiento de tales prestaciones se supedita al cumplimiento de un período de carencia con base en las cotizaciones realizadas por el antiguo cónyuge, en este caso vivo, del beneficiario. El TJCE consideró que las prestaciones descritas no eran sino una parte alícuota de la pensión de vejez que le correspondía a su antiguo cónyuge en calidad de trabajador por

---

sobre el Asunto Piscitello (139/82), más recientemente véanse los apartados 20 y siguientes de la STJCE de 22-4-1993 sobre el Asunto Levatino (C-65/92).

<sup>759</sup> Véase en este sentido la STJCE de 6-10-1987 sobre el Asunto Stefanutti (197/85) donde se declara que poseen distinta naturaleza, pues “...las prestaciones se derivan de antecedentes de seguro distintos y, por consiguiente, de períodos de seguro distintos; ese es el caso cuando existe, por un lado, una pensión de invalidez personal basada en los antecedentes de empleo en un Estado miembro del perceptor y, por otro, una pensión de supervivencia basada en los antecedentes de empleo del esposo fallecido del perceptor en otro Estado miembro...”

<sup>760</sup> En la STJCE de 5-5-1983 sobre el Asunto Van der Bunt-Craig (238/81) se definió a las pensiones de viudedad como las concedidas para asegurar los medios de subsistencia de una persona de edad, privada de los ingresos de su cónyuge fallecido y cuyo importe se establece sobre la base del aseguramiento y cotizaciones de SS realizadas por dicho cónyuge.

<sup>761</sup> Véase STJCE de 2-10-1997 sobre el Asunto Cirotti (C-144/96), en sentido contrario y sobre la misma prestación belga véase la STJCE de 11-8-1995 sobre el Asunto Schmidt (C-98/94) donde no la consideró una pensión de vejez clásica, conclusión que no desvirtuaba “el hecho de que la legislación belga asimile ficticiamente la pensión abonada al cónyuge divorciado a una pensión de vejez de trabajador por cuenta ajena al considerar los años de matrimonio como años de seguro.”



cuenta ajena.<sup>762</sup> En efecto, las prestaciones controvertidas, a tenor de esta controvertida jurisprudencia y siempre a los meros efectos aplicativos del R. 1408 deben considerarse asimiladas a las pensiones de vejez contributivas clásicas. A pesar de que su reconocimiento se fundamente en cotizaciones ajenas y que conecten más con el esquema típico de las pensiones de supervivencia de naturaleza derivada.

## **II-2.- CLASIFICACION COMUNITARIA DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES REGULADORAS DE LAS PENSIONES. LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS.**

El esfuerzo cotizador realizado por el beneficiario, como es sabido, puede repercutir sobre la determinación de la cuantía de la pensión de vejez ya reconocida, de manera proporcional a los períodos cotizados. La existencia de este vínculo, entre períodos de seguro y cuantía de las prestaciones, es el criterio empleado por el legislador comunitario para clasificar las legislaciones nacionales reguladoras de las pensiones en general, esto es, no sólo las relativas a la contingencia de vejez. Esta clasificación, como se pondrá de manifiesto, será especialmente útil para comprender el marco comunitario de aplicación de la NNA. Siguiendo tal criterio el R. 1408 distingue entre legislaciones nacionales de tipo A y de tipo B, a las que se suman las denominadas B+A que, a pesar de su naturaleza mixta, se asimilan en sus efectos a las de tipo B; sus principales características son las siguientes:

Las regulaciones tipo B, también llamadas *<legislaciones basadas en la constitución progresiva de los derechos>*, son aquéllas que vinculan la cuantía de las pensiones que regulan con la duración del período de aseguramiento cumplido, siendo su monto mayor, cuanto más prolongada sea la relación de afiliación-cotización.<sup>763</sup> Las normas nacionales que regulan las prestaciones de vejez contributiva son de tipo B,<sup>764</sup>

---

<sup>762</sup> Conclusión a la que llegó valorando que la concesión de la misma se supeditaba a: “... requisitos análogos a los que se exigen para la concesión de las pensiones personales de vejez y, en particular, el de que el cónyuge que la solicite haya, con determinadas reservas, cesado en el ejercicio de toda actividad profesional. Por consiguiente, dicha prestación debe considerarse *<prestación de vejez>* en el sentido del Reglamento n° 1408/71 y los derechos de su beneficiario deben, según el artículo 44 de este Reglamento, determinarse de conformidad con el Capítulo 3 del Título III del Reglamento...”.

<sup>763</sup> Esta clasificación es ajena a los criterios de reconocimiento de las prestaciones, sin embargo, se ha de señalar que normalmente las legislaciones nacionales tipo B supeditan el reconocimiento del derecho a estas pensiones, al cumplimiento de un determinado período de carencia y con independencia de que exista un aseguramiento, o situación de alta, del interesado a dicho sistema nacional en el momento de producirse el hecho causante.

<sup>764</sup> En este sentido PENNING, Frans. *Introduction...*(2 ed) op. cit. p.135.

incluidos los regímenes complementarios franceses, AGIRC y ARRCO,<sup>765</sup> siendo la pensión nacional danesa la única excepción.<sup>766</sup> Asimismo, mayoritariamente también son de tipo B las legislaciones nacionales reguladoras de las pensiones de viudedad.

Por su parte, las legislaciones tipo A son aquéllas que fijan la cuantía de las pensiones de forma independiente a la duración de los períodos de seguro. Este tipo de legislaciones suele supeditar el reconocimiento del derecho a un requisito de alta en el momento de producirse el hecho causante. De ahí, que se les haya denominado *<regímenes basados en la materialización del riesgo>*,<sup>767</sup> pues la ausencia de aseguramiento en ese momento preciso se traduce en la desprotección del interesado al margen de los períodos de seguro completados en su seno. Como se refleja en las letras A y D del Anexo IV del R. 1408, las principales legislaciones tipo A hacen referencia a ciertas pensiones de invalidez establecidas en varios Estados miembros en los años 60.<sup>768</sup> Aunque no se mencionan específicamente parece evidente, a tenor del criterio empleado, que las pensiones de vejez no contributivas serían pensiones tipo A. De nuevo, el legislador comunitario parece ajeno a la existencia de este tipo de cobertura no contributiva en los sistemas nacionales de SS, a pesar de mencionarlos expresamente en el artículo 4.2 del R. 1408 al definir su ámbito objetivo de aplicación.

---

<sup>765</sup> La cuantía de estas prestaciones conecta directamente con los puntos concedidos en función del tiempo de aseguramiento. Según el Documento COM (2000)186 final p.3, su monto “... es igual al producto de i) el número de puntos de pensión acumulados por el interesado, de forma continua o discontinua, por ii) el valor del punto en la fecha que tenga efecto la pensión, montante que puede verse afectado por un coeficiente reductor en caso de que se solicite la liquidación anticipada de los derechos.”

<sup>766</sup> Así se señala en el Anexo IV.D.1 del R.1408 donde se recogen, para la aplicación del artículo 46 ter.2 todos los Estados miembros que poseen legislaciones tipo A junto con las prestaciones a las que afectan dichas legislaciones. En efecto, el punto l.b) añadido por el R.1248/92 señala que “*la pensión nacional danesa completa de vejez, adquirida tras diez años de residencia por las personas a las que se haya abonado una pensión a partir, como máximo, del 1 de octubre de 1989*”. Configurando lo que **OJEDA AVILES, A.** *Las pensiones de invalidez...* op. cit. p. 92, denomina la *<peculiaridad danesa>*

<sup>767</sup> Entre otras, sobre la distinción entre legislaciones tipo A y B, véase el punto 9 de la STJCE de 29-11-1984 sobre el Asunto Weber (C-181/83), o la STJCE de 20-IX-1994 sobre el Asunto Drake (C-12/93), donde se alude al sistema holandés que se identifica por el TJCE como sistema Tipo A al que denomina también, de forma indistinta, sistema *<basado en la materialización del riesgo>*.

<sup>768</sup> En el Anexo IV.D.1 del R.1408 se alude, en primer lugar, a todas las legislaciones nacionales tipo A reguladoras de prestaciones destinadas a la cobertura de la contingencia de invalidez, enumeradas a su vez en el apartado A del propio Anexo IV, que menciona a Bélgica, España, Francia, Países Bajos, y Reino Unido; a los mencionados habría que añadir a Grecia, Irlanda y Finlandia respecto de ciertas normas concretas que se citan. En segundo lugar, el Anexo IV.D alude a ciertas pensiones de supervivencia vigentes en España, Francia, Holanda. En tercer lugar, se menciona a las pensiones nacionales finlandesas o las llamadas pensiones de base suecas, prestaciones destinadas de forma general a todos los residentes, y que fueron objeto en 1993 de sendos cambios normativos que establecieron respectivos períodos transitorios a los que alude este Anexo.

Por último, se encuentran las legislaciones nacionales de tipo B+A que aunque poseen un carácter híbrido, como su nombre indica conectan principalmente con las de tipo B. Este tipo de legislaciones regulan pensiones cuya cuantía no sólo se hace depender de los períodos de seguro cumplidos antes del hecho causante, sino que está en función también de ciertos períodos ficticios complementarios. El legislador otorga tales períodos que presume cubiertos entre la fecha del hecho causante y un momento posterior; rompiendo la proporcionalidad propia de las legislaciones tipo B, con el objeto de garantizar una protección análoga a la resultante de aplicar una legislación tipo A.<sup>769</sup> Las prestaciones nacionales que poseen esta naturaleza se recogen en el Anexo IV.D.2 del R. 1408,<sup>770</sup> como se pondrá de manifiesto, su identificación resultará relevante para la aplicación coordinada de las NNA en materia de pensiones.

Aunque no son objeto de este estudio y en el marco de esta clasificación comunitaria de las pensiones se impone, con el objeto de dar una visión global, aludir brevemente a la posición de las pensiones de vejez no contributivas en la norma de coordinación. Prestaciones que se mantienen en el anonimato o en una especie de limbo, entre las prestaciones contributivas y la asistencia social, del que tan sólo han sido rescatadas cuando se las ha calificado de <especiales> en el marco del R.1408. En efecto, como se ha señalado, aunque por su propia naturaleza las legislaciones que las regulan deberían ser calificadas de tipo A, sin embargo, no son mencionadas. Una posible causa de tal silencio puede ser la calificación masiva de las pensiones de vejez no contributivas como PENC a partir de su creación por el R. 1247/92, incluyéndose todas ellas en el Anexo II bis del R. 1408.<sup>771</sup> Estas PENC, como es sabido, poseen una

---

<sup>769</sup> Se trata, de acuerdo con la doctrina, de “*sistemas tipo B, que no quieren llevar a sus últimas consecuencias la proporcionalidad períodos de seguro-prestaciones, lo que en materia de invalidez puede dar lugar a prestaciones de cuantía excesivamente escasa. Para evitarlo establecen correctivos (...) se computa un período complementario*”. RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. *La SS ...* op. cit. p. 335.

<sup>770</sup> En este Anexo IV.D.2 se mencionan: “*a) las pensiones danesas de vejez anticipada cuya cuantía se fije con arreglo a la legislación vigente antes del 1 de octubre de 1984; b) las pensiones alemanas de invalidez y de supervivencia para las cuales se computa un período complementario y las pensiones alemanas de vejez para las cuales se computa un período complementario ya adquirido; c) las pensiones italianas de incapacidad laboral total para el trabajo (inabilità); d) las pensiones luxemburguesas de invalidez y de supervivencia; e) las pensiones (sic) finlandesas de desempleo para las que se computan períodos futuros con arreglo a la legislación nacional; f) las pensiones suecas de invalidez y de supervivencia para las que se computan períodos ficticios de seguro y pensiones suecas de vejez para las que se computan períodos ficticios ya adquiridos*”

<sup>771</sup> En el punto 27 de las Conclusiones del Abogado General de 25-9-97 sobre el Asunto Stinco (C-132/96) se señala que todas las prestaciones controvertidas respecto de su inclusión en el ámbito de la asistencia social, como las estudiadas en el marco de los Asuntos Frilli (1/72), Levatino (C-65/92), BIASON (24/74), Giletta (379/85) o Piscitello (139/82), fueron calificadas como PENC e incluidas en el Anexo II bis.

normativa de coordinación ad-hoc contenida en el artículo 10 bis del R. 1408, cuya nota más relevante es su inexportabilidad. Debe entenderse que este artículo coordina el reconocimiento y cálculo de las PENC desplazando, por su especialidad, la aplicación del capítulo III del Título III aunque están destinadas a la cobertura de la contingencia de vejez.<sup>772</sup> En efecto, a tenor del mencionado artículo 10 bis, la *lex loci domicilii* será la única competente para el reconocimiento y subsiguiente abono, de una PENC;<sup>773</sup> recurriéndose en su seno a la totalización cuando fuera preciso.<sup>774</sup>

Aunque, como se ha apuntado, en la práctica todas las prestaciones no contributivas de vejez fueron calificadas de <especiales>, desde un punto de vista teórico no se puede descartar la existencia de prestaciones no contributivas <comunes o normales>. Prestaciones que serían exportables y se mantendrían ajenas al régimen jurídico específico establecido en el artículo 10 bis, por lo que su coordinación debería realizarse en el marco del capítulo III.<sup>775</sup> Sin embargo, debe ponerse de manifiesto que tales disposiciones comunitarias no se ajustan bien a su naturaleza no contributiva, pues como ha reconocido el propio TJCE “... *el sistema de totalización y prorata de prestaciones estipulado en el artículo 46 se basa en el supuesto de que las prestaciones se financian y adquieren a partir de las cotizaciones del perceptor y se calculan en función de la duración del período de afiliación al régimen de seguro.*”<sup>776</sup> Sin embargo,

---

<sup>772</sup> Así lo indica el propio tenor del artículo 10 bis, que comienza señalando: “*no obstante lo dispuesto en el artículo 10 y en el Título III...*,” para establecer a continuación un régimen ad-hoc de coordinación, cuyas pautas aplicativas se fijan en la Decisión N° 151 de la CASSTM dictada el 22-4-1993.

<sup>773</sup> Véase en este sentido la STJCE de 25-2-1999 sobre el Asunto Swaddling (C-90/97) que versa sobre los requisitos establecidos por la legislación inglesa para la concesión del <Income Support>, considerada PENC incluida en el Anexo II bis.

<sup>774</sup> Nada obsta a esta afirmación el apartado 18 de la STJCE de 24-9-1998 sobre el Asunto Stinco (C-132/96), donde se afirma que el complemento por mínimos italiano calificado como PENC e incluido en el Anexo II bis “*no puede considerarse excluida del ámbito de aplicación del artículo 46 del Reglamento n° 1408/71 en razón de la adopción del artículo 10 bis*”. En efecto, este asunto, de acuerdo con el punto 32 de las conclusiones del Abogado General, no versaba sobre el cálculo de la mencionada PENC, sino sobre la posibilidad de considerar su cuantía a la hora de calcular la cuantía teórica de otra prestación contributiva diferente en el marco del capítulo III del Título III del R. 1408.

<sup>775</sup> Así se señala en la STJCE de 22-4-1993 sobre el Asunto Levatino (C-65/92) “*...una prestación como los ingresos garantizados era una prestación de vejez en el sentido del Reglamento, por lo que los derechos del beneficiario debían determinarse con arreglo, en particular, a los artículos 46 y 51.*” El TJCE se pronuncia en concreto sobre la aplicación íntegra del capítulo III a una pensión de vejez no contributiva belga; basando, en buena medida, su argumentación en la doctrina sentada previamente en el 22-6-1972 sobre el asunto Frilli(1/72).

<sup>776</sup> Véase STJCE de 5-7-1983 sobre el Asunto Valentini (171/82). En efecto, se puede afirmar que el capítulo III encaja a la perfección con prestaciones cuya cuantía mantiene una relación de proporcionalidad respecto de la duración de la carrera de seguro del beneficiario. Sobre los problemas que

respecto de las pensiones no contributivas las dificultades al aplicar el capítulo III van más allá de los problemas mencionados que, por otro lado y como se verá, afectan a las pensiones tipo A de forma generalizada. Efectivamente la inidoneidad reside en la propia naturaleza no contributiva de estas pensiones que giran en torno a una lógica distinta. Motivos por los que *lege ferenda* sería aconsejable que la coordinación de las prestaciones no contributivas se realizara conjuntamente en un capítulo ad-hoc del Título III, que podría recoger algunas de las prescripciones del artículo 10 bis que se aplicarían a toda prestación no contributiva con independencia de que poseyera el carácter <especial> mencionado.<sup>777</sup>

### **II-3.- REMISIONES AL CAPITULO III DEL TITULO III DEL R. 1408**

Las disposiciones comunitarias del capítulo III del Título III del R. 1408 que coordinan las normas de las legislaciones nacionales reguladoras, a su vez, de las pensiones de vejez contributiva son el objeto de estudio de la tercera parte de este trabajo. En principio, como es sabido, las disposiciones comunitarias contenidas en cada capítulo sólo son aplicables a la contingencia a las que están destinadas,<sup>778</sup> sin embargo, tal regla se exceptúa cuando existen remisiones expresas desde un capítulo a las disposiciones de otro. Entre las remisiones al capítulo III<sup>779</sup> sin duda la más importante es la realizada desde el capítulo II dedicado a exclusivamente a coordinar las pensiones de invalidez por riesgos comunes; pues, como es sabido, el capítulo IV aborda específicamente los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Efectivamente, existe una remisión a la aplicación analógica de la totalidad del capítulo III<sup>780</sup> que pone

---

plantea la aplicación del capítulo III a este tipo de prestaciones no contributivas, véanse las alegaciones de las partes en el informe para la vista sobre el Asunto Levatino (C-65/92).

<sup>777</sup> En este sentido más sistemático <la Propuesta> modifica la estructura vigente del título III del R. 1408 introduciendo un capítulo VIII, con normativa ad-hoc destinada a las que denomina "*Prestaciones especiales*" y que no son otras que las PENC en metálico.

<sup>778</sup> Véase, entre otras, la STJCE de 22-9-94 sobre el Asunto Bettaccinni (C-301/93).

<sup>779</sup> Existe también una remisión desde el capítulo VIII respecto de las pensiones de orfandad, para que su cálculo se realice en el marco del capítulo III. En este sentido véase el Considerando segundo de la Exposición de Motivos del R. N° 1399/1999 de 29-4-1999 donde se señala que: "... *la aplicación del capítulo 8 a las pensiones de orfandad plantea problemas de interpretación y administración, y que redundaría a favor de las personas afectadas que las pensiones de orfandad se calculen de conformidad con las disposiciones del capítulo 3 del Título III, en lugar de basarlas en las disposiciones del Capítulo*". No obstante, la remisión no es completa, pues el mencionado Reglamento modificó el artículo 44.3 del capítulo III señalando que "*el presente capítulo no afectará a los incrementos o complementos de pensión por hijos o por pensiones de orfandad que se conceden con arreglo a lo dispuesto en el capítulo 8*".

<sup>780</sup> Remisión global, que comprende por tanto todas las normas del capítulo III salvo que se señale lo contrario, en este sentido véase el punto 10° de la STJCE de 3-2-1993 sobre el Asunto Iacobelli (37/86).

de manifiesto la estrecha conexión existente entre las pensiones de invalidez y de vejez en las propias normas nacionales de SS coordinadas, habiendo considerado el TJCE, en numerosas ocasiones, que ambas pensiones poseían igual naturaleza.<sup>781</sup> En virtud de esta remisión se puede afirmar que el capítulo II se destina a aquellos trabajadores que sólo han estado sometidos a legislaciones nacionales de invalidez tipo A, que serán beneficiarios de una única pensión de invalidez reconocida por la legislación nacional competente, esto es, la de afiliación en el momento de sobrevenir el hecho causante.<sup>782</sup> Sin embargo, si el migrante hubiera estado afiliado a una legislación tipo B el artículo 40 del R. 1408 estipula que su coordinación se realizará en el marco del capítulo III,<sup>783</sup> aunque continúa siendo aplicable el artículo 40.4, como es sabido, relativo a la concordancia entre los grados de invalidez.<sup>784</sup> Debe destacarse que la competencia simultánea de varias legislaciones nacionales que estipula el capítulo III y la ausencia de una asimilación de condiciones generalizada sobre el grado de invalidez puede ocasionar situaciones realmente paradójicas e incomprensibles para el afectado.<sup>785</sup>

---

<sup>781</sup> Sobre la interrelación entre las prestaciones en las normas nacionales véase la STJCE de 3-2-1993 sobre el Asunto Iacobelli (C-275/91). Sobre la regulación comunitaria coordinando la conexión entre ambas prestaciones véase, por ejemplo, el artículo 43 del R.1408 que coordina la transformación de ciertas pensiones nacionales de invalidez en pensiones de vejez al cumplimiento de una determinada edad. Entre las sentencias que declaran que las pensiones de invalidez y vejez poseen igual naturaleza, véanse: la STJCE de 15-10-1980 sobre el Asunto D'Amico (4/80); las de 5-4-1990 sobre el Asunto Bianchin (C-109/89) y Asunto Pian (C-108/89); o las de 14-12-1989 sobre los asuntos acumulados Strehl, Celestre y otros (116, 117, 119, 120 y 121/80); o la de 18-2-1992 sobre el Asunto Di Prinzio (C-5/91).

<sup>782</sup> Si en el marco de la legislación competente no se cumplen los requisitos para el reconocimiento de una prestación el artículo 39.3 del R. 1408 establece que se puede acudir <subsidiariamente> a otras legislaciones nacionales. El artículo 39.3, esta vez, del R. 574 establece que la institución que *“haya instruido el expediente del interesado lo comunicará a la institución a la que éste haya estado afiliado en último lugar.”* Si no tuviera tampoco derecho a prestación bajo esta segunda legislación la prestación le será otorgada, a elección del migrante, de acuerdo con la legislación de cualquier otro Estado miembro en el que se pueda acreditar tal derecho, recurriendo en su marco, si fuera preciso, a la totalización.

<sup>783</sup> Artículo 40: *“El trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que haya estado sucesiva o alternativamente sujeto a las legislaciones de dos o más Estados miembros, de las cuales al menos una no sea del tipo señalado en el apartado 1 del artículo 37 (tipo A), se beneficiará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en el capítulo 3, que serán aplicables por analogía, teniendo en cuenta lo dispuesto en el apartado 4”* Véase, STJCE de 20-4-1999 sobre el asunto Nijhuis (C-360/97), relativa a un sujeto que estuvo sometido a la legislación holandesa Tipo A y a la alemana tipo B.

<sup>784</sup> Artículo donde se establece una asimilación de condiciones, consistente en asumir como propio el grado de invalidez del solicitante reconocido en el marco de la legislación nacional de la institución instructora. Sin embargo, conviene recordar que su virtualidad se supedita al establecimiento de acuerdos bilaterales entre los Estados miembros estableciendo tales concordancias, como los suscritos entre Francia, Italia, Bélgica y Luxemburgo como se refleja en el Anexo V del R. 1408.

<sup>785</sup> Véase el ejemplo descrito por la **COMISIÓN EUROPEA** *Sus derechos...* op. cit. p. 15 *“una persona ha estado asegurada durante 20 años en el Estado A, luego 5 años en el Estado B y finalmente dos años en el Estado C. En los tres Estados el importe de la pensión de invalidez depende de la duración de los*

El artículo 40.2 exceptúa la remisión al capítulo III en ciertos supuestos en los que pese a haber estado el migrante asegurado a una legislación tipo B, éste haya sido muy breve, y, por lo tanto, poco relevante en el marco de la carrera de seguro del migrante. En estos casos el legislador comunitario trata de evitar consecuencias negativas en la cobertura del migrante, propiciando que éste logre una pensión completa en una legislación tipo A en el marco del capítulo II del R. 1408, siempre que concurren los requisitos que se exponen a continuación. En primer lugar, es necesario que el hecho causante de la invalidez se produzca estando asegurado a una legislación tipo A. En segundo lugar, se exige que el migrante reúna los requisitos de la legislación tipo A de forma autónoma, esto es, sin recurrir a la totalización de los períodos de seguro cumplidos en la legislación tipo B a la que estuvo vinculado. En tercer lugar, el migrante no ha de reunir los requisitos para tener derecho a una pensión de invalidez al amparo de tal legislación tipo B. Por último, en cuarto lugar, se prohíbe que el interesado haga valer eventuales derechos a prestaciones de vejez, mediante la petición de aplazamiento de la liquidación de las mismas al amparo del artículo 44.2 del R.1408. Con este último requisito, que se explicará más detenidamente, se trata de evitar una acumulación de pensiones que, a priori, el legislador comunitario considera abusiva.<sup>786</sup>

La remisión desde el capítulo II plantea problemas jurídicos,<sup>787</sup> principalmente porque establece un doble mecanismo alternativo de liquidación de pensiones que, ya en sí mismo, añade más complejidad a la normativa de coordinación. Dejando al margen tal complejidad, existen argumentos a favor y en contra de tal remisión, pues las normas comunitarias empleadas en ambos capítulos son poseedoras de ventajas e inconvenientes. En principio la diferencia más llamativa estriba en sus normas de conflicto, en este sentido, el respeto en el marco del capítulo II al principio de unicidad

---

*períodos de cotización (son tipo B). Deja de trabajar en el estado C porque allí se consideró que padecía una invalidez tipo del 100%. Sin embargo, esto sólo le da derecho a una pequeña pensión del Estado C, porque en él ha estado asegurado durante sólo 2 años. También obtendrá una pequeña pensión del Estado B, en el que ha estado asegurado durante 5 años y en el que se considera que padece una invalidez del 70%. En el Estado A, en el que ha estado asegurado durante la mayor parte de su carrera profesional (20 años), no obtendrá ninguna pensión: según la legislación de ese Estado, no se le considerará un invalido en absoluto.”* Hubiera sido más favorable para el migrante que todas las legislaciones fueran tipo A y recibiera una pensión completa en el marco del último sistema donde se le había reconocido un 100% de grado de invalidez..

<sup>786</sup> Cumplida la edad de jubilación en alguno de los sistemas tipo B el migrante podría exigir la liquidación de las pensiones de vejez correspondientes, y en virtud del artículo 44.2, podría conservar, asimismo, la pensión de invalidez tipo A completa, mediante el aplazamiento de la liquidación de la prestación de vejez en este último Estado, permitida desde la mencionada disposición.

de ley aplicable, simplifica notablemente el procedimiento de cálculo de las pensiones. Sin embargo, en el marco de tal unicidad la cobertura del migrante dependerá de las prescripciones de una única ley mientras que en el capítulo III parece existir un mayor respeto a las concretas expectativas de derechos generadas por el migrante en cada Estado miembro de afiliación.<sup>788</sup> Sin embargo, puede objetarse al capítulo III la mayor complejidad procedimental que apareja la multiplicidad de normas nacionales competentes de forma simultánea. El migrante sufrirá demoras y habrá de soportar los inconvenientes del fraccionamiento de sus pensiones, cuyas reclamaciones deberán ir dirigidas a las distintas instituciones nacionales competentes.<sup>789</sup>

En un afán simplificador parte de la doctrina ha sugerido una alternativa a la remisión desde el capítulo II al capítulo III, consistente en el tratamiento uniforme de las pensiones de invalidez, como si todas ellas fueran de tipo B, por lo que deberían coordinarse en el marco del capítulo III.<sup>790</sup> Esta propuesta que no puede calificarse de novedosa, pues así sucedía en el marco del Reglamento N° 3/1958,<sup>791</sup> ha sido asumida en el artículo 27 de <la Propuesta>,<sup>792</sup> que establece una remisión total de la cobertura de la contingencia de invalidez a la regulación contenida en el capítulo III. Motivo por

---

<sup>787</sup> Algunos tan básicos como la propia distinción entre pensiones tipo A y tipo B que conduce a errores como el que pone de manifiesto el F°J° 3° de la STS de 25-2-2002 (Rec. Núm. 1342/2001)

<sup>788</sup> **ROJAS, M.** *Derecho comunitario social...* op. cit. p. 107-8 Este autor propone un mecanismo para evitar que migrantes, con carrera de seguro semejantes en el marco de legislaciones tipo A, obtengan coberturas muy dispares dependiendo del Estado miembro donde estuvieran finalmente afiliados y se materializara el hecho causante. En efecto, propone en el marco del mantenimiento de la unicidad de la ley nacional aplicable, el reconocimiento de complementos diferenciales, como sucede en el marco de las pensiones de orfandad, por parte del resto de sistemas nacionales involucrados en cuyo marco se hubiese reconocido una prestación de cuantía superior.

<sup>789</sup> Véase en este sentido las alegaciones del trabajador en el marco de la STJCE de 21-3-90 sobre el Asunto Cabras (C-199/88).

<sup>790</sup> En este sentido véase, por ejemplo, **OJEDA AVILES, Antonio.** *Las pensiones de invalidez...* op. cit. p. 52, que critica duramente la mera distinción entre pensiones de invalidez tipo A y B así como la aplicación del capítulo III por remisión. Respecto del sistema vigente que denomina dualista, este autor señala (p. 64) que: "... a nuestro juicio el mantenimiento de los países A supone un lujo burocrático que se abandona cuando se estima oportuno. Es, en otras palabras, una falacia, y no debería mantenerse por más tiempo." En este mismo sentido, en febrero de 1998, se sometió a discusión de un grupo de expertos un borrador de "Proyecto de orientaciones para la simplificación del Reglamento 1408" en la Dirección General V de la Comisión. En este texto se proponía la desaparición de esta distinción en favor de un tratamiento uniforme en la liquidación de estas prestaciones como si fueran todas ellas de tipo B.

<sup>791</sup> **RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel.** *La SS...* op. cit. p. 211. En efecto, solamente mediante acuerdos bilaterales entre Estados miembros con legislaciones tipo A, durante la vigencia del R.3/58 se aplicaban normas de coordinación parecidas a las establecidas en el capítulo II del R.1408.

<sup>792</sup> "las personas sometidas a las legislaciones de dos o más Estados miembros disfrutarán de las prestaciones de conformidad con la disposición del capítulo 3 (vejez) que son aplicables por analogía".



el que resultaría más sistemático la supresión del capítulo II, trasladándose las escasas normas específicas que contiene respecto de la contingencia de invalidez al capítulo III.

### **III.- EL BENEFICIARIO DE UNA PENSION DE VEJEZ CONTRIBUTIVA EN EL MARCO DEL R. 1408.**

Los trabajadores comunitarios destinatarios de las normas de coordinación de las pensiones de vejez contributiva recogidas en el capítulo III, poseen algunas peculiaridades respecto del concepto de trabajador descrito en el ámbito subjetivo general del R.1408. Este último, como es sabido, aludía *grosso modo* a los nacionales comunitarios, junto apátridas y refugiados, que estuvieran o hubieran estado asegurados a un sistema de SS nacional en calidad de trabajador, por cuenta ajena o propia; o como funcionario. No obstante, los trabajadores destinatarios de los artículos 44 a 51 que integran el mencionado capítulo III, habrán de poseer: por un lado, lo que se denominará una <carrera de seguro comunitaria>; mientras que, por otro lado, no resultará imprescindible que ostenten la <nacionalidad comunitaria> en el momento en que soliciten pensiones de vejez contributiva al amparo del R.1408.

Respecto de la primera peculiaridad, hay que señalar que se entenderá que un trabajador migrante posee una <carrera de seguro comunitaria> cuando haya estado asegurado, en calidad de trabajador, al sistema de SS de más de un Estado miembro. En otras palabras, y utilizando la terminología empleada en el Título II del R. 1408, se está haciendo referencia a aquellos trabajadores que <realizaron una actividad por cuenta ajena o propia> en más de un Estado miembro. Expresión asimilada, de acuerdo con el TJCE,<sup>793</sup> a los conceptos comunitarios de trabajador por cuenta propia o ajena; cuyos requisitos específicos se establecen en el marco de las legislaciones nacionales de SS de los Estados donde hayan realizado tales actividades profesionales. Conviene destacar, no obstante, que no se trata sólo de que hayan sido trabajadores migrantes destinatarios del Título II del R. 1408. En efecto, no basta con que hayan ejercido su derecho a la libre circulación desde un punto de vista profesional, pues se exige además que, como consecuencia de tal migración, el trabajador haya mantenido efectivas relaciones de afiliación en calidad de trabajador en más de un sistema de SS de los Estados miembros involucrados. Se trata de una condición adicional, ya que como es sabido, no puede

---

<sup>793</sup> Véase sobre la definición de estos términos, la realizada por el TJCE, por primera vez, en sendas sentencias de 30-1-97 dictadas sobre los Asuntos De Jaeck (340/94) y Hervein (25/95).

descartarse la posibilidad de que el migrante no se haya asegurado efectivamente en el marco de la Ley nacional designada competente por las normas de conflicto del Título II. Situación que puede estar motivada tanto por el incumplimiento de los requisitos exigidos en la norma competente para su afiliación,<sup>794</sup> como simplemente que ésta no obligue a la afiliación, optando el trabajador migrante por evitarla.<sup>795</sup> Asimismo, puede suceder que, pese al desplazamiento profesional, la norma comunitaria de conflicto del Título II haya propiciado el mantenimiento de la conexión inicial, o vínculo con el sistema de SS de origen; tal y como viene sucediendo en el caso de los trabajadores destacados. De manera, que estos trabajadores migrantes que sólo hubieran estado vinculados al sistema de SS de un Estado miembro, en virtud de las normas de conflicto del Título II, no podrán ser destinatarios de las normas del capítulo III, al carecer de una carrera de seguro comunitaria.

En segundo lugar, respecto del requisito de la <nacionalidad comunitaria>, esto es, la nacionalidad de alguno de los Estados miembros, conviene recordar que respecto de la relación de protección la regla general era su acreditación en el momento de solicitar las prestaciones, que resulta inamovible respecto de las prestaciones no contributivas.<sup>796</sup> Sin embargo, como se señaló, el TJCE había exceptuado esta norma general con una finalidad tuitiva en la STJCE de 12-10-1978 sobre el Asunto Belbouab (10/78). En efecto, con el objeto de proteger los derechos en curso de adquisición del que fuera nacional comunitario mientras desarrolló su carrera de seguro en distintos Estados miembros, el TJCE obligaba a que se le aplicasen las normas del capítulo III respecto de tales períodos, aunque hubiera perdido con posterioridad la ciudadanía comunitaria. En otras palabras, no se le puede reclamar la nacionalidad comunitaria al nacional de un tercer Estado solicitante de una pensión que, no obstante, fue nacional comunitario durante el desarrollo de su relación jurídica de afiliación-cotización con al

---

<sup>794</sup> En este sentido, recuérdese, por todas, la STJCE de 24-4-1980 sobre el Asunto Una Coonan (110/79) donde siendo el Estado competente para la afiliación obligatoria de la Sra. Coonan la legislación de SS de Reino Unido, que no permitía el aseguramiento respecto de la contingencia de vejez a personas que superasen cierta edad como era el caso de la Sra. Coonan, circunstancia que no se consideró discriminatoria por parte del TJCE.

<sup>795</sup> Por todas, véase STJCE de 13 de octubre de 1993, Zinnecker (C-121/92) donde se señala a la legislación alemana como competente para la afiliación del Sr. Zinnecker en calidad de trabajador por cuenta propia. Sin embargo, esta legislación no establecía la afiliación obligatoria de todos los autónomos, permitiendo, en determinados supuestos, entre los que se encontraba el Sr. Zinnecker, que tal afiliación efectiva se realizara tan sólo de forma voluntaria.

<sup>796</sup> Véase supra el epígrafe V-1-1-2 del capítulo primero de este trabajo

menos dos de los sistemas nacionales de SS sujetos a coordinación. Resulta, por tanto, irrelevante, respecto de la aplicación del capítulo III, que el migrante hubiese perdido la nacionalidad comunitaria en un momento posterior a la cobertura de tales períodos, en una manifestación más del principio de conservación de los derechos en curso de adquisición. Debe insistirse, no obstante, que en el marco de esta excepción, la totalización de períodos se limita a los cubiertos exclusivamente como nacional comunitario en las distintas legislaciones nacionales de SS.

Hay que reiterar, asimismo, que la excepción establecida en la STJCE Belbouab no puede ser óbice para que en el supuesto de que un nacional extracomunitario adquiera la nacionalidad comunitaria, tras haber completado como nacional de un tercer Estado períodos de seguro en varios sistemas nacionales, se pueda acoger a los beneficios del capítulo III del R. 1408 sin cortapisa alguna. En efecto, en este caso una vez comprobado que posee la nacionalidad comunitaria, el Estado miembro donde el interesado planteó su solicitud, pondrá en marcha el procedimiento de liquidación comunitaria de prestaciones establecido en el capítulo III. Procedimiento que, como se pondrá de manifiesto, se inicia con la consiguiente acreditación de la totalidad de los períodos de afiliación-cotización cumplidos en el seno de los distintos Estados miembros con independencia de que el interesado, en el momento de su cumplimiento, ostentara la nacionalidad comunitaria.<sup>797</sup> En efecto, la nacionalidad comunitaria adquirida a posteriori le permite beneficiarse de la coordinación de las legislaciones nacionales de SS a las que hubiera estado vinculado, pues una solución jurídica distinta sería contraria, no sólo a la equidad, sino que provocaría un trato discriminatorio directo respecto del que ya es un nacional comunitario.

#### **IV.- LEGISLACION NACIONAL COMPETENTE PARA LA COBERTURA DE LA CONTINGENCIA DE VEJEZ CONTRIBUTIVA.**

##### **IV-1.- EL ARTICULO 44.2 DEL R. 1408 COMO NORMA DE CONFLICTO**

El artículo 44.2, como norma de conflicto específica del capítulo III del Título III, establece que serán competentes para participar en el proceso comunitario de

---

<sup>797</sup> Véase en este sentido, por ejemplo, el punto 4 de las conclusiones del Abogado General Tesauro sobre el asunto Drake (C-12/93) sobre el que recayó STJCE el 20-9-1994. Asunto en el que se procede a totalizar los períodos holandeses cumplidos por el Sr. Drake cuando ostentaba la nacionalidad

reconocimiento del derecho subjetivo a una pensión de jubilación contributiva y su subsiguiente cálculo, todas las normas nacionales a las que el interesado haya estado afiliado en calidad de trabajador. Efectivamente, esta disposición estipula la participación concomitante, de las legislaciones nacionales que conforman su <carrera de seguro comunitaria>:

*“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49, se procederá a practicar las operaciones de liquidación con respecto a todas las legislaciones a que haya estado sujeto el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia tan pronto como el interesado presente una solicitud de liquidación...”*

La ley del lugar de afiliación como trabajador resulta ser una conexión acertada al permitir la totalización en el marco de la norma competente, pues es requisito <sine qua non> la existencia de períodos propios de afiliación a los que se puedan adicionar, mediante la asimilación de condiciones mencionada, los completados en otro u otros Estados miembros. Tal conexión, obviamente, no habrá de coincidir con la <lex loci laboris> o conexión principal del Título II, ya que el migrante pudo ser objeto de una norma de conflicto que en el marco del Título II exceptuase tal conexión, no pudiéndose descartar que incumpliera los requisitos de afiliación exigidos por la legislación nacional designada competente o que, por último, siendo la afiliación voluntaria en el marco de tal legislación el migrante hubiese optado por no hacerla efectiva.

El artículo 44 exceptúa el principio de unicidad de ley nacional aplicable, pues para el reconocimiento y cálculo de las pensiones en el marco del capítulo tercero siempre serán designadas al menos dos normas nacionales como competentes. La aplicación de estas normas se inicia simultáneamente en todas ellas en el momento que se presenta una solicitud de pensión de vejez contributiva ante la institución de un Estado miembro.<sup>798</sup> Afirmación que no supone que ésta se realice de forma conjunta, pues en el marco de la imposible recepción del Derecho extranjero de SS en el Foro, se presupone que cada Institución competente aplicará únicamente su propia legislación,

---

checoslovaca, esto es, antes de que fuese nacionalizado holandés y entrase en el ámbito de aplicación subjetivo del R. 1408.

<sup>798</sup> Como ha señalado la STJCE de 24-10-1996 sobre el Asunto Picard (C-335/95): *“El Reglamento n° 1408/71 consagra sin ambigüedad el principio de la liquidación concomitante de las prestaciones tan pronto como se presente una solicitud ante una institución de un Estado miembro, constituyendo la fecha de presentación de dicha solicitud la fecha de referencia para proceder a practicar las operaciones de liquidación de las prestaciones para todas las instituciones afectadas”*. En esta misma STJCE en clara alusión al artículo 36.4 del R. 574, se señala que: *“una solicitud de prestaciones dirigida a la institución de un Estado miembro originará automáticamente la liquidación concomitante de prestaciones con*

prevaliéndose, no obstante las asimilaciones de condiciones que el legislador comunitario establezca.<sup>799</sup> Esta ruptura del principio de unicidad que, como se señaló, permite respetar las expectativas de derecho concretas generadas por el migrante en cada una de las legislaciones nacionales que configuran su <carrera comunitaria de seguro>. Propicia, por otro lado, la distribución de la carga económica que supone el abono de una pensión de vejez contributiva de carácter vitalicio, gracias a la aplicación de la técnica de la prorrata temporis que reparte tal carga financiera siempre de manera proporcional a la importancia de la carrera de seguro desarrollada en cada una de las legislaciones nacionales competentes.<sup>800</sup> En otras palabras, como se pondrá de manifiesto, la duración del aseguramiento afiliativo en cada Estado competente se configura en el criterio de reparto de las responsabilidades respecto de la cobertura de la contingencia de vejez. Criterio que encaja a la perfección con la lógica de las propias legislaciones tipo B cuya cuantía, como es sabido, conecta directamente con la duración de tales períodos de seguro.

#### **IV-2.- EL ARTICULO 45.6 COMO EXCEPCION A LA CONEXIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 44.**

Exceptuando la conexión priorizada en el artículo 44, el apartado sexto del artículo 45 del R. 1408 designa como competente a una legislación nacional de un Estado miembro a la que el potencial beneficiario de una pensión de jubilación contributiva no tuvo que estar afiliado en calidad de trabajador y en cuyo territorio tampoco hubo de desarrollar actividad alguna, en el sentido profesional del término. Efectivamente, el artículo 45.6 declara competente la <lex loci domicilii> en cuyo marco se reconoció una prestación por desempleo, en virtud de la letra a), inciso ii) o letra b), inciso ii) del artículo 71.1 del R.1408. Como ya se ha mencionado, en el marco de dichas disposiciones se establece la competencia de la legislación nacional del lugar

---

*arreglo a las legislaciones de todos los Estados miembros afectados antes las cuales reúna el solicitante las condiciones exigidas...*

<sup>799</sup> Motivo por el que resulta equívoco el término <aplicación conjunta> que emplea **GARCIA RODRIGUEZ, Isabel**. Op. cit. p. 384. Pues parece dar a entender que se entremezclan en su aplicación las distintas legislaciones nacionales, cuando, en sentido contrario, las instituciones competentes sólo aplican a título principal única y exclusivamente su propia normativa. Se trata, no obstante, de una mera cuestión terminológica que la propia autora citada se ve obligada a aclarar señalando que “*se produce la aplicación por las respectivas instituciones de las legislaciones que le son aplicables a ellas mismas*”.

<sup>800</sup> “... no parece justo imponer la importante carga financiera que suponen las pensiones a la institución que eventualmente asegure al trabajador en el momento de producirse su invalidez, su vejez o su fallecimiento. Por ello la posibilidad de un reparto financiero de cargas se abre, así como la posibilidad

de residencia del interesado para el reconocimiento de prestaciones por desempleo total<sup>801</sup> a favor de los trabajadores fronterizos,<sup>802</sup> o no fronterizos<sup>803</sup> que trabajasen, durante su último empleo, en un Estado miembro distinto de aquél donde residían.<sup>804</sup> Estos trabajadores que percibieron una prestación por desempleo a cargo del Estado de residencia en virtud del artículo 71, cumplida la edad de jubilación, son los destinatarios de las prescripciones del artículo 45.6 del R.1408. Pues bien, a tenor de este último artículo, el período de desempleo total durante el que se percibieron tales prestaciones debe ser computado por el Estado de residencia que las concedió, con el objeto de que el migrante adquiera, en su caso, una prestación de vejez en el marco de su propia legislación.<sup>805</sup>

---

*de aplicación simultánea para el cálculo de las prestaciones de varias legislaciones que serían competentes al respecto.” RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. La SS... op. cit. p. 332 y 333.*

<sup>801</sup> La STJCE de 15-3-01 sobre el Asunto Laa (C-444/98) ha fijado el concepto de <desempleo parcial> y el de <desempleo total> siempre en contraposición con el anterior. Según el TJCE, “*si, en un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio reside, el trabajador sigue empleado por la misma empresa, pero a tiempo parcial, aunque con la perspectiva de obtener un trabajo a tiempo completo, se halla en paro parcial....*” Por el contrario si este trabajador no realiza ya ninguna actividad y no tiene ningún vínculo con el Estado de empleo está en <desempleo total>.

<sup>802</sup> El artículo 71.1.a).ii) está destinado a aquellos trabajadores por cuenta ajena fronterizos en paro total, estableciendo como legislación exclusiva e imperativamente competente a la <lex loci domicilii>, independientemente de que cumpla de forma simultánea los requisitos a los que se supedita el reconocimiento de una prestación por desempleo en el marco de la legislación del Estado miembro de su último empleo. Véase, en ese sentido, la STJCE de 12-6-1986 sobre el Asunto Horst-Miethe (C-1/85).

<sup>803</sup> El artículo 71.1.b).ii) señala que: “*el trabajador por cuenta ajena que no sea fronterizo, que se halle en paro total y que se ponga a disposición de los servicios de empleo en el territorio del Estado miembro donde resida, o que regrese a dicho territorio, disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación de ese Estado, como si hubiese ocupado allí su último empleo; estas prestaciones serán abonadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia*”. Esta disposición otorga a este colectivo un derecho de opción que hace a esta norma de conflicto más flexible en comparación a la aplicable al trabajador fronterizo en paro total. En efecto, a este colectivo sólo se le aplicará la lex loci domicilii cuando opte por ella, poniéndose a disposición de los servicios de empleo de dicho Estado.

<sup>804</sup> El artículo 71.1 en los supuestos expuestos trata de facilitar la reincorporación del beneficiario al mundo laboral a través de las políticas activas de empleo que se establezcan en el Estado miembro de residencia con el que, en principio, se presume que el interesado cuenta con una mayor vinculación personal y profesional. Sistema con el que queda vinculado, en el primer caso, por imperativo legal de la norma de conflicto comunitaria, mientras que en el segundo, se trata de una opción del propio interesado que se manifiesta con la puesta a disposición de unos determinados servicios de empleo. Véase sobre la aplicación de tal artículo la Decisión N° 94 de la CASSTM y la STJCE de 2-9-1988 sobre el Asunto Bergemann (236/87).

<sup>805</sup> “*45.6.- El período de desempleo total durante el cual el trabajador por cuenta ajena se beneficia de prestaciones de conformidad con las disposiciones del artículo 71, apartado 1, letra a), inciso ü) o letra b), inciso ii), primera frase, se tendrá en cuenta por la institución competente del Estado miembro en cuyo territorio resida el trabajador, de conformidad con la legislación que aplique dicha institución, como si hubiere estado sujeto a dicha legislación durante su último empleo...*”

El artículo 45.6 fue introducido por el Reglamento nº 2195/91 de 25-6-1991, como una reacción contraria a la STJCE de 29-6-1988 sobre el Asunto Rebmann (58/87).<sup>806</sup> Sentencia que consideró competente para computar los períodos de desempleo de un trabajador fronterizo en paro total a efectos de la liquidación de una pensión a la institución del lugar donde el fronterizo había estado afiliado y trabajaba.<sup>807</sup> El TJCE apostó porque el cómputo fuese realizado por la institución competente del último Estado miembro donde trabajó, aunque las prestaciones por desempleo hubieran sido abonadas por la institución competente del Estado de residencia. Efectivamente, de acuerdo con el Alto Tribunal, en el marco de esta última legislación, donde ni siquiera hubo de estar afiliado, no se había generado ninguna expectativa de derecho a pensión.<sup>808</sup> En sentido contrario a la postura adoptada por el TJCE, el legislador comunitario estableció en el artículo 45.6 que el cómputo del controvertido período debiera realizarse por la institución del Estado de residencia que reconoció y abonó la prestación de desempleo. Para facilitar tal cómputo, añadió una asimilación de condiciones o <fictio iuris> que permite vincular al migrante con la *lex loci domicilii* “... como si hubiere estado sujeto a dicha legislación durante su último empleo.”<sup>809</sup> En el marco de dicha ficción podría entenderse, incluso, que se está respetando la conexión establecida como norma general en el artículo 44, pues el migrante se consideraría que

---

<sup>806</sup> Véase el considerando sexto del mencionado Reglamento 2195/95, que alude a esta STJCE que versaba sobre un trabajador alemán residente siempre en Alemania que había sido trabajador fronterizo en Francia, obteniendo prestaciones por desempleo en Alemania y continuar con posterioridad su actividad profesional en este último Estado miembro. Tras su jubilación percibió una pensión francesa y otra alemana, sin computarse en el marco de esta última los dos años que había estado percibiendo el desempleo en Alemania tras trabajar como fronterizo, alegando la institución alemana que su cómputo sólo ha de realizarse cuando se interrumpe un período de empleo sometido a la SS alemana.

<sup>807</sup> El TJCE señaló que los períodos de paro total de un trabajador fronterizo incluido en el artículo 71.1.a)ii), y “... que disfrutaba de las prestaciones por desempleo con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro en cuyo territorio residía, serán computados a efectos de derechos a pensión de vejez con arreglo a la legislación del Estado donde ocupó su último empleo antes de la situación de desempleo”.

<sup>808</sup> El TJCE consideró que la legislación donde ha estado afiliado en calidad de trabajador es aquella “...donde el trabajador fronterizo ha adquirido normalmente derechos a pensión que pueden completar los referidos períodos. Por el contrario no es seguro que el trabajador fronterizo haya podido adquirir en el estado de residencia derechos similares, sobre todo en el caso de que no se haya ejercido en el mismo ninguna actividad que exija la afiliación a un régimen de SS”.

<sup>809</sup> Nótese el paralelismo del artículo 45.6 del Reglamento con el artículo 39.6 destinado a las prestaciones de invalidez tipo A que, como es sabido, se coordinan en el capítulo II del Título III del Reglamento. El artículo 39.6 establece que los trabajadores que queden inválidos mientras la percepción de las prestaciones de desempleo total, abonadas por el Estado de residencia a tenor de las disposiciones ya mencionadas del artículo 71.1, “... se beneficiarán de las prestaciones de invalidez concedidas por la institución competente del Estado miembro en cuyo territorio reside, de acuerdo con la legislación que aquella aplique, como si hubiese estado sujeto a dicha legislación durante su último empleo...”

mantuvo una relación de afiliación en calidad de trabajador en el marco del sistema del lugar de residencia durante su último empleo.

Con la finalidad de hacer operativa esta norma de conflicto, el Reglamento 3095/95 de 22 de diciembre modificó el artículo 45.6 con el objeto de superar la posible oposición de la *lex loci domicilii* al cómputo de tales períodos de seguro.<sup>810</sup> El primer apartado de la norma transcrita en nota, permite que la institución competente del lugar de residencia retenga las cotizaciones que no se abonaron durante la percepción de la prestación por desempleo a cuenta de la cobertura de la contingencia de vejez. Debe entenderse que se trata de una retención de cotizaciones, a posteriori, respecto de la prestación de vejez que se reconozca en su seno. Retención que, tal vez, debiera haberse realizado previamente sobre las prestaciones de desempleo reconocidas en el marco artículo 71.1. El segundo apartado, por su parte, establece que, si la legislación del Estado de residencia que abono las prestaciones por desempleo exige para el cómputo de tales períodos de seguro el cumplimiento de ciertos períodos de cotización a favor de su sistema, se considerarán asimilados a los propios los períodos de cotización cumplidos en otro Estado miembro.

#### **IV-3.- ARTICULOS 44.2 Y 49 DEL R.1408: APLICACIÓN DIFERIDA DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES COMPETENTES.**

El artículo 44.2 permite, en los dos supuestos que se mencionan a continuación, exceptuar la regla general de liquidación concomitante de pensiones en el marco de todas las legislaciones nacionales designadas competentes.<sup>811</sup> En primer lugar, se puede producir la liquidación diferida de pensiones en cada una de las legislaciones nacionales designadas como competentes cuando así lo disponga el artículo 49 del

---

<sup>810</sup> *“En el caso de que dicha institución aplique una legislación en la que esté prevista la retención de cotizaciones a los trabajadores en paro, a cuenta de las coberturas de las prestaciones de vejez y de las prestaciones por defunción, estará autorizada a practicar tales retenciones de conformidad con las disposiciones de su legislación. Si el período de desempleo total cumplido en el país de residencia del interesado sólo puede tomarse en consideración si se han cumplido períodos de cotización en ese mismo país, la condición se considerará cumplida si los períodos de cotización se han cumplido en otro Estado miembro”.*”

<sup>811</sup> En el marco del Reglamento N° 3/1958, la apertura del procedimiento de cálculo en uno de los Estados miembros suponía el inicio automático de tal proceso de forma concomitante en el resto de Estados involucrados donde hubiera derecho a prestación. Este sistema se consideró que podía ser peyorativo para los trabajadores, pues no podían mejorar la cuantía de la prestación retrasando su jubilación o aumentando las cotizaciones realizadas. **MOTTA, Antonio.** “Prime considerazioni sui nuovi Regolamenti C.E.E. in materia di sicurezza sociale”. L’Assistenza Sociale. N° 5/1972.p. 23.



R.1408. En segundo lugar, la liquidación no será simultánea cuando “... *el interesado solicita expresamente que se aplazé la liquidación de las prestaciones de vejez que pudieran corresponderle con arreglo a la legislación de uno o de varios Estados miembros*”.

Respecto de la primera posibilidad, el artículo 49.1<sup>812</sup> del R. 1408 estipula que no tendrá lugar la liquidación concomitante cuando el interesado no reúna los requisitos legales exigidos en todas las normas nacionales competentes, pese a haberse recurrido a las asimilaciones de condiciones establecidas en los artículos 45 y 40 del R. 1408. Este supuesto puede producirse, no sólo cuando no se alcance el período de carencia exigido, ni siquiera, vía totalización; si no también cuando el migrante no haya cumplido todavía la edad mínima requerida en alguna de las legislaciones nacionales competentes. Se trata de una consecuencia directa de la falta de armonización entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros.

En el marco de esta liquidación diferida, a tenor del artículo 49.1.a)<sup>813</sup> del R. 1408, cada legislación nacional competente habrá de aplicar el procedimiento de cálculo del artículo 46.<sup>814</sup> Además, se han de seguir las prescripciones de los incisos i) e ii) del artículo 49.1.b), disposiciones introducidas por el R. 1248/92 y modificadas por el R. N° 3096/95. Ambos incisos estipulan que en el marco del cálculo de las prestaciones reconocidas en el marco de las legislaciones inicialmente competentes, se pueden totalizar los períodos cumplidos en las legislaciones cuya aplicación se ha diferido, siempre y cuando tal cómputo favorezca los intereses del migrante, incrementando el monto de la prestación. En otras palabras, para el cálculo de una

---

<sup>812</sup> “... *Cuando, en un momento dado, el interesado no cumpla los requisitos exigidos para beneficiarse de las prestaciones por todas las legislaciones de los Estados miembros a las que haya estado sujeto, teniendo en cuenta, en su caso, las disposiciones del artículo 45 y/o del apartado 3 del artículo 40, pero que solamente reúne las condiciones de una o varias de aquéllas...*”.

<sup>813</sup> “... *Cada una de las instituciones competentes que apliquen una legislación cuyas condiciones se cumplan, calculará el importe de la prestación debida de acuerdo con el artículo 46.*”

<sup>814</sup> Véase sobre el alcance de estas disposiciones, la STJCE de 7-7-1994 sobre el Asunto McLachlan (C-146/93) que versaba sobre un trabajador migrante que adquiere una pensión de vejez en un Estado miembro a los 60 años, retrasándose la liquidación en el marco de otra legislación nacional competente hasta que cumpliera los 65 años. El interesado solicitaba en virtud del artículo 49 el abono en el marco de legislación del Estado miembro cuyas condiciones si cumplía, de una pensión de una cuantía que tuviera en cuenta, en la prorratea, los períodos cubiertos bajo la legislación del Estado miembro cuyas condiciones aún no reunía, alegando que habría tenido derecho a tal pensión si hubiera cumplido toda su carrera profesional bajo la primera legislación. Tal pretensión fue denegada porque, como señaló el TJCE, el beneficiario sólo posee en el marco del R. 1408 un derecho de crédito directo contra instituciones diversas, la cuantía de las prestaciones que en su seno se reconozcan habrá de ser siempre proporcional a los períodos efectivamente cubiertos en cada una de ellas.

pensión autónoma reconocida en el marco exclusivo del Derecho nacional de una de las legislaciones cuya aplicación no se ha diferido, se pueden totalizar en el marco del artículo 46.2 períodos de seguro cumplidos en aquellos sistemas cuyos requisitos no se cumplen todavía para así obtener una pensión más elevada.<sup>815</sup> En el sentido expuesto, se manifiesta el artículo 32.2 de <la Propuesta> que permite la totalización de “...los períodos cumplidos bajo las legislaciones cuyas condiciones no se cumplen, solamente si este cómputo da lugar a un importe de prestación más elevado.”

Al margen del artículo 49, como se señaló, existe una segunda posibilidad de evitar el cálculo concomitante, simplemente cuando el trabajador migrante manifieste su voluntad de que la liquidación de sus prestaciones no se lleve a cabo de forma simultánea, posibilidad que se reitera en el artículo 36.4 del R. 574.<sup>816</sup> Obviamente, el interesado optará por un aplazamiento de la liquidación de las prestaciones sobre las que ya le asiste un derecho, solamente cuando le reporte un beneficio como la mejora de sus cuantía futura. La articulación de esta opción, que brinda el artículo 44 al interesado, se remite al procedimiento descrito en el artículo 49 que, como este mismo artículo in fine admite, se aplica por analogía. De manera, que se puede afirmar ante tal coincidencia, que los efectos y el procedimiento de tal aplicación diferida con independencia de su origen voluntario u obligatorio, serán idénticos.

#### **IV-4.- ARTICULO 48: COMPETENCIA DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES CON AFILIACION INFERIOR AL AÑO.**

El apartado primero del artículo 48<sup>817</sup> del R.1408 excluye la aplicación de las legislaciones nacionales en las que el interesado haya estado afiliado en calidad de trabajador durante un período inferior a un año, en cuyo seno no se ha de reconocer

---

<sup>815</sup>Véase el Considerando 5º de la Exposición de motivos del citado Reglamento N° 3096/95 y la STJCE de 7-12-1998 sobre el Asunto Lustig (C-244/97) en cuyo marco se permitía que para la liquidación de una pensión de jubilación belga, se pudieran totalizar los períodos cumplidos en la legislación holandesa cuyos requisitos para obtener dicha prestación todavía no cumplía si a tenor del artículo 49.1.b).ii) se obtenía una pensión de vejez de cuantía superior.

<sup>816</sup> Donde se señala que no se realizará la liquidación de forma concomitante cuando el solicitante “...desea, con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 44 del Reglamento, que se le aplase la liquidación de las prestaciones de vejez a que tendría derecho con arreglo a la legislación de uno o varios Estados miembros.”

<sup>817</sup> Artículo 48.1: “No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46, la institución de un Estado miembro no estará obligada a conceder prestaciones en virtud de períodos cumplidos con arreglo a la legislación que aplique y que deban tomarse en consideración en el momento del hecho causante, cuando: - La duración de dichos períodos sea inferior a un año y - Una vez computados dichos períodos, no se adquiera ningún derecho con arreglo a lo dispuesto en dicha legislación.”

prestación alguna. El objetivo del artículo 48.1 es claro, evitar que se reconozcan, vía totalización, prestaciones de tan baja cuantía, que al proceder luego a su prorrateo, supongan una carga administrativa excesiva para los Estados miembros, sin reportar un beneficio significativo para el interesado. Hay que señalar que no concurre, sin embargo, tal exoneración de responsabilidad si en el marco de la aplicación estricta de tales legislaciones nacionales asiste al migrante, con base en tan exiguo período de seguro, el derecho nacional autónomo a una prestación de jubilación contributiva.<sup>818</sup> Esta excepción al artículo 48.1 puede considerarse otra manifestación del principio de intangibilidad de los derechos nacionales vía normativa comunitaria. Debe recordarse que, al igual que sucede con los períodos de seguro, residencia o empleo cuando han de ser totalizados, la concurrencia de la afiliación en calidad de trabajador durante un año ha de contemplarse desde el punto de vista del ordenamiento nacional donde se cumplieron tales períodos, siendo sus órganos jurisdiccionales los que, en última instancia, se pronunciarán sobre su naturaleza y alcance.<sup>819</sup>

Debe quedar claro que el artículo 48.1 no exime al resto de Estados miembros competentes de totalizar los períodos de seguro inferiores al año cumplidos en el marco de la legislación exonerada del reconocimiento de una pensión.<sup>820</sup> No obstante, si en estos sistemas se reconoce el derecho a una pensión, el artículo 48.2 establece una norma específica respecto a su procedimiento de cálculo.<sup>821</sup> Aunque su alcance se entenderá mejor al estudiar tal procedimiento, tan sólo adelantar que estas instituciones

---

<sup>818</sup> Considerando los períodos de carencia exigidos para el reconocimiento de una pensión de vejez contributiva, esta posibilidad parece destinada a las pensiones de invalidez tipo A cuya coordinación se hubiera remitido al capítulo III. En este sentido, véase, la STJCE de 20-11-1975 sobre el Asunto Borella (49/75) y la de 9-12-1982 sobre el Asunto Malfitano (76/82), donde se señala que: *“aunque el trabajador no haya cumplido un período de seguro de un año en un Estado miembro, la institución competente de dicho Estado miembro está obligada a conceder prestaciones de invalidez si el trabajador ha cumplido el período mínimo exigido por la legislación nacional para el nacimiento del derecho”*.

<sup>819</sup> Véase, entre otras, el apartado 17 de la STJCE sobre el Asunto Ferreiro Alvite ((C-320/95)

<sup>820</sup> En la STJCE de 18-2-1982 sobre el Asunto Vermaut (55/81) se señaló que la institución designada competente habrá de proceder al cómputo de: *“...los períodos de seguro inferiores a un año cubiertos por el trabajador bajo las legislaciones de otros Estados miembros, incluso si se obtiene derecho a pensión en aplicación, únicamente de la legislación nacional”*. Ese Estado miembro que totaliza *“...no tiene derecho a exigir al trabajador el pago de las cotizaciones correspondientes a los períodos de seguro previstos en el artículo 48 del Reglamento y cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, ni la transferencia de cotizaciones correspondientes a estos períodos que pudieron pagarse en estos Estados miembros”*.

<sup>821</sup> 48.2.- *“La institución competente de cada uno de los demás Estados miembros afectados tendrá en cuenta los períodos señalados en el apartado 1, para aplicar el apartado 2 del artículo 46, a excepción de la letra b).”*

deberán totalizar dichos períodos de seguro inferiores al año con el objeto de calcular la que se denominará <cuantía teórica>; sin embargo, no se deberán computar esos períodos para calcular el porcentaje de prorrata temporis aplicable a tal cuantía.

La posibilidad que brinda el artículo 48.1 a ciertas legislaciones nacionales, a priori competentes, de exonerarse del reconocimiento y cálculo de pensiones se exceptúa en el apartado tercero del propio artículo 48.<sup>822</sup> Referido al supuesto en que el migrante no supere el año de afiliación en ninguno de los Estados miembros involucrados en su carrera de seguro; circunstancia que, en virtud del artículo 48.1, podría producir la exoneración de responsabilidad de todos ellos. Para evitar la desprotección del migrante, el 48.3 establece una nueva norma de conflicto ad-hoc, que designa competente a la legislación del último Estado de afiliación del interesado, que deberá comprobar si en su seno vía totalización el migrante adquiere una pensión de vejez contributiva. En caso contrario, se aplicaría de forma subsidiaria la legislación del penúltimo Estado, acudiéndose sucesivamente, siguiendo el orden inverso a la afiliación, a todas las legislaciones a las que hubiera estado vinculado el migrante, por períodos inferiores al año, con el objeto de comprobar si obtiene cobertura en su seno. La norma de conflicto del artículo 48.3 frente a la regla general o aplicación simultánea de varias normas nacionales, establece el retorno al principio de unicidad de la ley nacional aplicable, designando a aquella que habrá de realizar la totalización en su seno para el reconocimiento de una única pensión completa, estableciendo conexiones subsidiarias en un intento de garantizar la protección del migrante. Debe señalarse que algunas instituciones nacionales considerando la complejidad administrativa que entraña su aplicación, abogan por la abolición de esta disposición.<sup>823</sup>

---

<sup>822</sup> “ 48.3.- En caso de que la aplicación del apartado 1 tuviese por efecto liberar de sus obligaciones a todas las instituciones de los Estados afectados, se concederán las prestaciones con arreglo a la legislación del último de estos Estados cuyas condiciones se cumplan, como si todos los períodos de seguro y de residencia cumplidos y computados según los apartados 1 a 4 del artículo 45 se hubiesen cumplido con arreglo a la legislación de dicho Estado”.

<sup>823</sup> En concreto las Instituciones alemanas y austríacas como ponen de manifiesto **JORENS, Yves; SCHULTE, Bernd.** “The implementation...” op. cit. p. 251.

## V.- PROCEDIMIENTO COMUNITARIO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS NACIONALES DESIGNADAS.

Los expedientes de tramitación de pensiones de vejez, al implicar a las instituciones de SS de varios Estados miembros son especialmente complejos y su desenlace puede tardar años, a pesar de las mejoras introducidas en los últimos tiempos.<sup>824</sup> Con el objetivo de reducir los tiempos de tramitación se aprobó la Decisión Nº 182 de la CASSTM de 13-12-00 “*relativa al establecimiento de un marco común para la recopilación de datos sobre la tramitación de las solicitudes de pensión*”. A través de esta Decisión la CASSTM trata de promocionar y desarrollar la colaboración interadministrativa mediante la modernización de los procedimientos de intercambio telemático de información, con el objeto básico de agilizar la concesión de prestaciones. En concreto, pretende recopilar los datos básicos relacionados con la gestión y tramitación de las solicitudes de pensiones de vejez en cada uno de los Estados miembros. Se trata de un primer paso a partir del cuál, se realizará una evaluación de la situación, identificando las prácticas más idóneas y las mejoras que podrían incorporarse al procedimiento comunitario objeto de este epígrafe.

El procedimiento para la presentación y tramitación de las solicitudes de pensiones de vejez contributivas en todas las legislaciones nacionales designadas competentes, se regula en el capítulo II del Título III del R. 574, dedicado a “*la aplicación de las disposiciones del Reglamento referentes a las diversas categorías de prestaciones*.” De acuerdo con el TJCE, estas normas adjetivas contenidas en el R.574 deben interpretarse a la luz del R.1408 y no pueden constituir un obstáculo para el disfrute pleno de los derechos reconocidos por esta última norma.<sup>825</sup>

En el marco de este procedimiento comunitario la disposición clave es el artículo 36 del R. 574, pues en él se describe el cauce por el que debe discurrir la tramitación del expediente, coordinando la participación de las distintas normas nacionales involucradas a través de sus Instituciones competentes. Estas últimas están

---

<sup>824</sup> **ELHAZAZ MOLINA, Andrés.** “La agilización... “ op. cit. P.11 destaca la difícil posición del “... trabajador migrante llegado a la edad de jubilación que ha de esperar varios años para percibir la pensión que le corresponde con arreglo a las legislaciones de varios Estados miembros. Además, los trámites administrativos resultan enojosos, complicados y aun caros desde el punto de vista de las instituciones. El coste de tramitar el expediente de un trabajador migrante está muy en desproporción con el coste de la tramitación del expediente de un trabajador no migrante”.

<sup>825</sup> Véase en este sentido la STJCE de 24-10-1996 sobre el Asunto Picard (C-335/95.)

definidas en las letras n) y o) del artículo 1 del R. 1408<sup>826</sup> y no deben ser confundidas con las autoridades competentes descritas en la letra l) del mismo artículo.<sup>827</sup> Este artículo 36 del R. 574 se impone sobre los procedimientos administrativos vigentes para la liquidación de pensiones de vejez en las legislaciones de cada uno de los Estados miembros, de manera que modula su aplicación cuando afecte a un trabajador migrante.

#### V-1.- PRESENTACION DE LA SOLICITUD.

Como señala el artículo 36.4<sup>828</sup> del R. 574, el procedimiento se inicia mediante la presentación de una solicitud ante una institución nacional de SS de un Estado miembro. El artículo 36.1 del R. 574 designa como destinataria preferente de la solicitud a <la institución del Estado de residencia><sup>829</sup>, que debe considerarse la más próxima y de fácil acceso para el migrante. Si la legislación nacional de esta institución donde reside el migrante no fuera competente para el reconocimiento de una pensión de

---

<sup>826</sup> Artículo 1.n) *”el término <institución> designa para cada Estado miembro el organismo o la autoridad encargada de aplicar la totalidad o parte de la legislación”.*

Artículo 1.o) *“la expresión <institución competente> designa:*

- i) *la institución a la cual el interesado esté afiliado en el momento de la solicitud de prestaciones, o*
- ii) *la institución de la cual el interesado tiene derecho a prestaciones si residiera, o si el miembro o los miembros de su familia residieran en el territorio del Estado miembro donde se encuentra esta institución, o*
- iii) *la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate, o si se trata de un régimen relativo a las obligaciones del empresario en relación con las prestaciones mencionadas en el apartado 1 del artículo 4, ya sea el empresario o el asegurador subrogado, ya sea, en su defecto, el organismo o la autoridad designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate.”*

<sup>827</sup> Las instituciones competentes, descritas en la nota anterior, se identifican respecto de cada Estado miembro y en relación con las distintas prestaciones gestionan, en el Anexo II del Reglamento 574/72; listándose las instituciones competentes para la aplicación de otras disposiciones, como las del Título II del R.1408 en el Anexo X del mencionado R.574; en el caso español se hace referencia al INSS, INEM, ISM, ISS o la TGSS. En un sentido distinto, a tenor del artículo 1.1) la expresión <Autoridad competente> *“...designa para cada Estado miembro, al ministro a los ministros o a cualquier otra autoridad correspondiente de la cual dependan, para el conjunto o parte del territorio del Estado de que se trate, los regímenes de SS.”* Estas autoridades están listadas en el Anexo I del R.574 existiendo en España una única autoridad: el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

<sup>828</sup> *“Una solicitud de prestaciones dirigida a la institución de un Estado miembro originará automáticamente la liquidación concomitante de prestaciones con arreglo a las legislaciones de todos los Estados miembros afectados ante las cuales reúne el solicitante las condiciones exigidas, salvo en el supuesto de que éste desee, con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 44 del Reglamento que se le aplique la liquidación de las prestaciones de vejez a que tendría derecho con arreglo a la legislación de uno o varios Estados miembros”.*

<sup>829</sup> El artículo 1.p) del R. 1408 define esta expresión como *“la institución habilitada para servir las prestaciones en el lugar en que reside el interesado,”* considerándose en ese mismo artículo que la expresión <institución del lugar de estancia> se refiere a la *“institución habilitada para abonar las prestaciones en el lugar donde se encuentra...”*. En el Anexo III del R. 54 se identifican, por Estados, tales instituciones que, en el caso de España, son las Direcciones provinciales del INSALUD, ISM, INSS, INEM.

vejez en virtud del artículo 44 del R.1408, deberá trasladar la solicitud a la institución competente del Estado miembro al que el interesado estuvo afiliado en calidad de trabajador en último lugar. Esta segunda institución deberá considerar recibida la solicitud en la fecha en que ésta fue presentada ante la institución del lugar de residencia.<sup>830</sup> En este punto el artículo 36.1 del R. 574,<sup>831</sup> en realidad se limita a reiterar el contenido del artículo 86 del R.1408 que, como es sabido, desde un punto de vista general, establece las mismas consecuencias jurídicas en los supuestos de *<peticiones, declaraciones o recursos presentados ante una autoridad, una institución o una jurisdicción de un Estado miembro distinto del competente.>*<sup>832</sup>

Para evitar este tipo de traslados de solicitudes, que demoran el ya de por sí largo procedimiento de liquidación de pensiones, el artículo 36.2 permite el migrante que reside en un Estado no competente se dirija directamente a la institución nacional a cuya legislación haya estado sometido en último lugar. Por otro lado, a tenor del artículo 36.3, si el solicitante residiese en un tercer Estado, esto es, fuera del territorio de la Unión Europea, podrá optar entre enviar directamente la solicitud a una institución competente, o bien a la Institución del Estado miembro del que sea nacional el interesado, debiendo tal institución dar traslado de la solicitud a la institución competente. En este caso, se presupone que tal traslado gozará de las mismas garantías establecidas en el artículo 36.1, respecto de la fecha de presentación de la solicitud ante la institución del lugar de residencia cuando no era competente.

Debe tenerse en cuenta que las normas del artículo 36 son procedimentales,<sup>833</sup> y su objetivo no es otro que la simplificación administrativa facilitando la tramitación al

---

<sup>830</sup> Así lo entendió la STJCE de 9-11-1977 sobre el Asunto Warry (41/77) en cuyo Fallo, entre otras cuestiones, se afirma que: *“el requisito de presentación de una solicitud en la forma y en el plazo requeridos debe considerarse cumplido siempre que tal solicitud se haya realizado correctamente, de acuerdo con la legislación del Estado de residencia.”*

<sup>831</sup> *“...El solicitante habrá de dirigir a la institución del lugar de residencia una solicitud ajustada a los requisitos establecidos en la legislación aplicada por dicha institución. En el supuesto de que el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia no haya estado sometido a esa legislación, la institución del lugar de residencia trasladará la solicitud a la institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sometido el interesado en último lugar, indicando la fecha en que haya sido presentada la solicitud. Esta fecha será considerada como la de presentación de la solicitud ante la última institución”.*

<sup>832</sup> Véase una interpretación de este artículo en la STJCE de 22-5-1980 sobre el Asunto Walsh (143/79)

<sup>833</sup> Véase STJCE de 3-2-1993 sobre el Asunto Iacobelli (C-275/91) diferenciando entre normas sustantivas y de procedimiento, señalándose que estas últimas no pueden implicar ninguna modificación sustancial de la posición jurídica del trabajador respecto de las garantías que le brinda el R.1408.

migrante, en el marco de la institución nacional que el legislador comunitario presume más próxima en cada caso. En efecto, de acuerdo con el TJCE, el envío de la solicitud a una institución distinta de las priorizadas por el artículo 36 no puede tener efectos negativos en los derechos del migrante, debiéndose iniciar en cualquier caso el procedimiento de liquidación. En definitiva, el artículo 36.4 del R. 574 “...prevé la liquidación concomitante de las prestaciones tan pronto como se presente una solicitud de prestaciones ante una institución de un Estado miembro, establece una norma de procedimiento autónoma que se aplica con independencia de la observancia de lo dispuesto en los apartados 1 a 3 del mismo artículo.”<sup>834</sup>

## V-2.- CONTENIDO DE LA SOLICITUD

A tenor de la letra a) del artículo 37 del R. 574, el contenido de la solicitud y la documentación que debe acompañarla, serán fijados por la legislación nacional de las instituciones mencionadas en el artículo 36, como receptoras de la solicitud:

*“... deberá ir acompañada de los documentos justificativos requeridos y habrá de ser extendida en el formulario previsto por la legislación:*

- i) del Estado miembro en cuyo territorio resida el solicitante, en los casos de que se trata en su apartado 1 el artículo 36.*
- ii) del Estado miembro a cuya legislación haya estado sometido en último lugar el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, en los casos de que se trata en los apartados 2 y 3 el artículo 36”.*

La disposición transcrita no contempla expresamente la posibilidad de que el interesado haya optado, en el marco del artículo 36.3 in fine, por presentar su solicitud ante la institución competente del Estado miembro del que es nacional. Ante tal omisión debería entenderse que la solicitud se ajustará a la normativa nacional de tal Estado receptor, pues otra interpretación sería tanto como avalar la recepción del Derecho extranjero de SS en el Foro. En cualquier caso, la legislación que rige la solicitud no es excesivamente relevante, considerando que las instituciones receptoras de las solicitudes serán las encargadas de cumplimentar con base en la información proporcionada, los formularios internacionales de enlace establecidos por la CASSTM. Como es sabido, estos formularios por su carácter comunitario uniformizan la información, pues poseen una estructura y contenido común, aunque utilizan la lengua del Estado miembro que lo

---

<sup>834</sup> STJCE de 24-10-1996 sobre el Asunto Picard (C-335/95), o como se señala en el apartado 24 de las conclusiones del Abogado General sobre este mismo asunto: “...una norma de procedimiento supletoria no puede impedir la liquidación de las prestaciones de que se trata, con arreglo al apartado 2 del artículo 44 del Reglamento n° 1408/71 en la fecha en que se haya presentado una solicitud ante una institución de un Estado miembro.”.



expide. En este sentido y para evitar que el idioma suponga un obstáculo en esta materia, de acuerdo con el artículo 84.4 del R. 1408:

*“las autoridades, las instituciones y los órganos jurisdiccionales<sup>835</sup> de un Estado miembro no podrán rechazar las peticiones u otros documentos que les sean dirigidos, por el hecho de que estén redactados en la lengua oficial de otro Estado miembro. Recurrirán si fuese necesario, a lo dispuesto en la letra b) del artículo 81.”* Disposición, esta última, que establece que la CASSTM *“...a requerimiento de las autoridades, las instituciones y las jurisdicciones de los Estados miembros, la traducción de cualquier documento relacionado con la aplicación del presente Reglamento y, en particular, la traducción de las peticiones que presenten las personas que puedan beneficiarse del presente Reglamento”*.

El alcance del artículo 84.4, ha sido interpretado por el TJCE<sup>836</sup> en el sentido de que las autoridades, las instituciones y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, están obligados a aceptar, con independencia de las posibles disposiciones divergentes o contrarias de sus legislaciones nacionales, todas las solicitudes o cualquier otro documento relativo a la aplicación de dicho R. 1408, redactados en la lengua oficial de otro Estado miembro, sin que, a tales efectos, esté permitido establecer distinciones en razón de la nacionalidad o de la residencia de las personas interesadas.<sup>837</sup>

Por último, respecto del contenido de la solicitud, hay que señalar que los datos en ella consignados deben estar refrendados por documentos oficiales que también serán presentados ante la institución del Estado de residencia que, a tenor del artículo 37.b)

---

<sup>835</sup> Véase la STJCE de 5-7-1967 sobre el Asunto Guerra (6/67) donde en el marco del R. N° 3/1958 se entendieron incluidos a los órganos jurisdiccionales entre las instituciones obligadas a la aceptación de documentos redactados en lengua extranjera a pesar de no estar todavía mencionados expresamente.

<sup>836</sup> Véase en este sentido la STJCE de 6-12-1967 sobre el Asunto Maris (55/77), que versaba sobre una trabajadora migrante belga que, tras haber trabajado en Bélgica, Alemania y Francia, solicitó en Bélgica una prestación de jubilación que le fue denegada. La Sra. Maris impugnó tal decisión ante un tribunal de Amberes al que se dirigió en francés, el TJCE consideró que tenía derecho a utilizar tal idioma oficial comunitario aunque las normas internas consideraban que debía haberse dirigido al tribunal en neerlandés so pena de nulidad del propio recurso.

<sup>837</sup> Cuestionando el efecto directo del artículo 84.4 del R.1408, véase la STC de 25-3-1996 (RTC 1996/45) que deniega el amparo y la infracción del artículo 24 CE alegada por un trabajador migrante que habiendo presentado ciertos documentos en alemán ante el JS correspondiente, este no había promovido su traducción ante la CASSTM, ni siquiera los había valorado como prueba. El TC consideró que el derecho reconocido en el 84.4 era de configuración legal y desde un punto de vista constitucional valoró como racional y no arbitraria la interpretación llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales involucrados. Los cuales a tenor del artículo 60.1 LEC exigieron que los documentos se presentarán traducidos o se promoviera tal traducción a instancia de parte. Argumentación poco convincente rebatida, en mi opinión acertadamente, en el Voto Particular que acompaña a la STC y que gira en torno al principio de primacía del Derecho Comunitario, el cual obliga a aceptar la documentación extranjera y a instar su traducción de oficio, considerando los principios informadores del Derecho Procesal Social. En este contexto parece evidente que la norma nacional divergente con el Derecho Comunitario contenida en la LEC ha de ser inaplicable, siendo aplicable directamente el artículo 84.4 del R.1408.

del R. 574, se convierte en su depositaria.<sup>838</sup> A tenor del artículo 37.c)<sup>839</sup> del R. 574 será contenido mínimo de la solicitud, la reconstrucción de la carrera de seguro, siendo prueba del desarrollo de la misma las certificaciones de trabajo. Las cuales deben considerarse un elemento de prueba subsidiario de las certificaciones de las instituciones de SS, ya que las primeras tan sólo prueban la realización de una determinada actividad laboral en un Estado miembro en el marco de su Derecho del Trabajo, pero no necesariamente la vinculación a su sistema de SS.

Por su parte, el artículo 38 del R. 574 se refiere específicamente a certificaciones relativas a la existencia y características de los miembros de la familia del migrante, datos que muchas legislaciones nacionales han de conocer en el momento de fijar la cuantía de la pensión. El artículo 47.3 del R.1408 establece respecto del cálculo de las pensiones de vejez una asimilación de condiciones; debiendo la legislación competente considerar a los miembros de la familia del solicitante como si residieran en su territorio, cuando fije la cuantía de las prestaciones. La institución encargada de liquidar las prestaciones, a tenor del artículo 38.1, supeditará la aplicación de esta asimilación de condiciones a la presentación de alguno de estos dos tipos de documentación que se mencionan a continuación. En primer lugar, un certificado de la existencia de tales familiares que deberá ser “... expedido por la institución del seguro de enfermedad del lugar donde residan los miembros de la familia o por otra institución que haya sido designada a tal efecto por la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio residan esas personas”.<sup>840</sup> En segundo lugar, documentos recientes sobre el estado civil de los miembros de su familia, como se señala en el artículo 38.1 in fine.

---

<sup>838</sup> Artículo 37.1.b) del R. 574: “la exactitud de los datos facilitados por el solicitante será acreditada mediante documentos oficiales unidos al formulario de solicitud o confirmados por los organismos competentes de aquel Estado miembro en cuyo territorio resida”. Sobre la obligatoriedad de reconocimiento de cierta documentación o certificados oficiales procedentes de otro Estado miembro véase el fallo de la STJCE de 2-12-1997 sobre el Asunto Dafeki (C-336/94). Véase un comentario sobre la misma en el epígrafe VI.6 del primer capítulo de este trabajo.

<sup>839</sup> “El solicitante deberá indicar, en la medida de lo posible, la institución o instituciones de seguro de invalidez, vejez o muerte (pensiones) a las que haya estado afiliado el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en cualquier Estado miembro...cuando se trate de un trabajador por cuenta ajena, el empresario o los empresarios que le hayan dado ocupación en el territorio de cualquier Estado miembro, presentando los certificados de trabajo que tenga en su poder.”

<sup>840</sup> Por remisión expresa del artículo 38, en este contexto, el artículo 25.2 del R.574 destinado a las prestaciones por enfermedad es aplicable por analogía. En tal artículo se señala que: “este certificado será expedido por la institución del lugar de residencia de los miembros de la familia. Tendrá validez durante los doce meses siguientes a la fecha en que haya sido expedido. Podrá ser renovado, y en este caso, la duración de su validez se contará a partir de la fecha de su renovación. El interesado deberá notificar

Conviene recordar que en la definición del término <miembro de la familia> contenida en el artículo 1.f.i) del R.1408, se establecía una asimilación de condiciones, que permitía eludir el requisito de convivencia con el trabajador que algunas legislaciones nacionales exigían.<sup>841</sup> En efecto, en tales supuestos, de acuerdo con el legislador comunitario “...esta condición se considerará cumplida cuando la persona de que se trate este principalmente a cargo de dicho trabajador.”<sup>842</sup> Conectando la definición del artículo 1 del R. 1408 con el artículo 38.2 del R. 574, para acreditar que un familiar <está a cargo del> migrante, bastará la presentación de “... documentos que prueben la transmisión regular de una parte de las ganancias”.

### V-3.- TRAMITACION DE LA SOLICITUD

La tramitación del expediente de una prestación de vejez se coordina por la denominada <institución instructora> cuya legislación nacional ha de ser necesariamente competente para el reconocimiento y cálculo de una prestación de vejez. Así, en primer lugar, será instructora la institución del lugar de residencia donde se presentó la solicitud, cuando su legislación sea competente en virtud del artículo 44 del R.1408. En segundo lugar, a tenor del artículo 41 del R. 574, será instructora<sup>843</sup> la institución del sistema al que el migrante estuvo afiliado en último lugar y que pudo recibir directamente la solicitud del migrante, aunque no puede descartarse que la recibiera de la institución de residencia incompetente, o desde aquella institución de la que el migrante es nacional y resida en un tercer Estado.

A tenor del artículo 36.4 del R. 574, la recepción de la solicitud del interesado por la institución instructora supone el comienzo de la tramitación del expediente de forma concomitante en el marco de todas las legislaciones nacionales competentes, salvo aplazamiento en la aplicación de algunas de ellas, diferidas en virtud del artículo

---

*sin demora a la institución competente cualquier hecho que obligue a modificar dicho certificado. Toda modificación surtirá efecto a partir del día en que se haya producido el hecho”.*

<sup>841</sup> Se trata de un requisito, a priori, indirectamente discriminatorio como ha puesto de manifiesto recientemente la STJCE de 16-10-01 sobre el Asunto Stallone (C-212/00)

<sup>842</sup> Como es sabido, el Reglamento 1290/97 (C1, DO nº L 276 de 9-10-1997) modificó este artículo añadiendo que: “En caso de que la legislación de un Estado miembro no permita identificar a los miembros de la familia entre las demás personas a las que se aplica, el término <miembro de la familia> tendrá el significado que se le atribuye en el Anexo I”.

<sup>843</sup> Así se deduce del artículo 41.1 del R. 574, donde, bajo la rúbrica <determinación de la institución instructora>, se señala que: “las solicitudes de prestaciones que serán tramitadas por aquella institución a la que hayan sido dirigidas o trasladadas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento de aplicación. Dicha institución será designada con la expresión <institución instructora>”.

44.2 del R. 1408. No obstante, a tenor del artículo 50.1 del R. 574, no se puede descartar que se hayan hecho algunas gestiones previas al inicio del propio expediente, a más tardar el año antes de que se cumpla la edad mínima legal para obtener la pensión.<sup>844</sup> En efecto, a instancia de parte o de oficio, se pudieron realizar ciertas indagaciones previas sobre la carrera de seguro del migrante, destinadas a acelerar el mencionado procedimiento de liquidación de prestaciones.<sup>845</sup> Exceptuando el supuesto mencionado de liquidación diferida, ésta se habrá de realizar de forma concomitante en los Estados competentes. De manera que la institución instructora, a tenor del artículo 41.1 del R. 574, está obligada a notificar sin demora la existencia de una solicitud a todos las instituciones competentes para que sea tramitada simultáneamente.

El artículo 42.1 del R. 574 regula el procedimiento a seguir en la tramitación del expediente, cuyo primer objetivo es el intercambio de información entre las instituciones competentes mediante formularios comunitarios. La importancia de estos últimos radica en que, a tenor del artículo 42.2, su envío “...a la institución de cualquier otro Estado miembro suplirá el envío de los documentos justificativos” La institución instructora irá cumplimentando el complejo formulario E-202,<sup>846</sup> reseñando los períodos de seguro o de residencia cubiertos por el migrante en el marco de todas las legislaciones nacionales que el migrante consideró competentes en su solicitud. Con tal finalidad comenzará a recopilar la información, enviando al resto de instituciones involucradas un ejemplar del artículo E-205 donde se reflejan los períodos cubiertos en el marco de su propio sistema. Las instituciones involucradas deberán remitir un formulario E-207 donde habrán reflejado los períodos de seguro cubiertos en el marco

---

<sup>844</sup> En la letra a) del mencionado artículo 50 se establecen mecanismos de comunicación entre la institución nacional encargada de la afiliación del interesado y la que se encarga de la liquidación de las pensiones: “cuando un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, nacional de un Estado miembro, (o apátrida o refugiado a tenor del propio artículo 50.a). iv), esté sometido a la legislación de otro Estado miembro, al afiliarse al interesado, comunicará al organismo designado por la autoridad competente de este mismo Estado miembro, por los medios más eficaces de que disponga, todos los datos referentes a la identificación del interesado así como la denominación de dicha institución competente y el número de afiliación asignado por ella.”. Es decir, comunicará a esta institución “...cualquier otro dato e información de que tenga conocimiento y que pueda contribuir a facilitar y acelerar la ulterior liquidación de las pensiones”.

<sup>845</sup> La Decisión Nº 118 dictada por la CASSTM el 20-4-1983 articula esta obligación de reconstrucción de la vida laboral del trabajador a través de los Formularios ad-hoc E-503, E-504 y E-505. Así por ejemplo, en estos formularios la institución española, a diferencia de lo que se hace normalmente respecto de los trabajadores sedentarios, deberá reflejar la totalidad de la carrera de seguro del migrante desarrollada en el marco de nuestro sistema nacional.

<sup>846</sup> Se compone de 10 páginas divididas en 18 apartados con 48 notas a pie de página con indicaciones para la correcta cumplimentación del formulario.

de su legislación. En definitiva, de acuerdo con el artículo 43.1 del R. 574, la institución instructora enviará un ejemplar del formulario E-202, acompañado del E-207, E-205 a la institución competente de cualquier Estado miembro a la que haya estado afiliado el trabajador, adjuntando, en su caso, los certificados de trabajo presentados por el solicitante.

Recibida la información solicitada, el procedimiento se bifurca, pues se rige por el artículo 43.2 del R. 574 cuando sólo haya otra institución competente involucrada además de la instructora; mientras que será aplicable el artículo 43.3 cuando sean dos o más las otras instituciones competentes de la liquidación, para proceder al intercambio de información entre todas ellas. En el primer supuesto, es decir, en el que sólo estuviere afectada otra institución además de la instructora, el artículo 43.2 señala que esta segunda institución al recibir el formulario, procederá a completarlo con los datos siguientes, para devolverlo a continuación a la institución instructora:

- a) *“Los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación aplicada por ella;( que se recogen en un nuevo formulario E-205 por cada institución)*
- b) *La cuantía de las prestaciones a que tendría derecho el solicitante en razón de esos períodos de seguro o de residencia solamente;*
- c) *La cuantía teórica y la efectiva de la prestación calculada con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46 del Reglamento.”(la información requerida en los apartados b) y c) se refleja en un formulario E-208)*

Para evitar demoras en la cobertura del interesado en el supuesto de que exista derecho a una prestación autónoma en este segundo Estado, y conectando, como se verá, con la posibilidad del pago de prestaciones a título provisional o anticipos sobre las mismas, el artículo 43.1 in fine del R.574 establece un orden prioritario de reenvío de los mencionados datos. En efecto, se prioriza el cálculo de las posibles prestaciones nacionales liquidadas en el estricto marco del Derecho nacional, pues:

*“ Si los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación aplicada por la institución del segundo Estado miembro bastan, ellos solos, para dar derecho a la prestación, y si la cuantía de la prestación correspondiente a esos períodos puede ser determinada sin demora, mientras que las operaciones de cálculo a que se refiere la letra c) exigen un plazo sensiblemente más largo, el formulario será devuelto a la institución instructora con los datos señalados en las letras a) y b); los señalados en la letra c) serán comunicados lo antes posible a la institución instructora”.*

En el segundo supuesto contemplado, es decir, cuando eran *“dos o más las otras instituciones afectadas”*, el artículo 43.3 señala tres pasos a seguir. En primer lugar, se

estipula que cada institución completará tal formulario haciendo constar los períodos de seguro o de residencia cubiertos en su legislación, devolviéndolo a la institución instructora. En segundo lugar, con idéntica finalidad y de forma análoga a lo que se establecía en el apartado anterior, el artículo 43.3 señala que las instituciones competentes deberán hacer constar si existe, con base en los períodos mencionados y en el exclusivo marco de su legislación, derecho a una prestación nacional autónoma. Debiendo notificar la cuantía de la misma simultáneamente a los períodos cumplidos, o si el cálculo precisa algún tiempo tan pronto como se haya obtenido su monto. Como tercer paso, una vez devueltos a manos de la institución instructora los formularios con la información previamente mencionada,<sup>847</sup> ésta procederá a reenviar un ejemplar de los mismos a todas las instituciones involucradas. Las cuales, ya en posesión de toda la información precisa, harán constar en tal ejemplar, antes de devolverlo a la instructora, la cuantía de la pensión reconocida en su seno calculada siguiendo el procedimiento ad-hoc establecido en el artículo 46 del R. 1408.

Terminada esta fase de información recíproca, guiada desde el artículo 43.2 ó 3, la institución instructora ya ha centralizado toda la información tanto respecto de los períodos acumulados por el migrante, como en cuanto a los derechos nacionales autónomos que le asisten. A continuación, a tenor del artículo 43.4, la institución instructora habrá de pronunciarse sobre los siguientes extremos. En primer lugar, sobre la procedencia de la remisión del cálculo de la prestación de invalidez al capítulo III del Título III del R.1408. En segundo lugar, habrá de comprobar si las instituciones competentes han totalizado correctamente, a tenor del artículo 48.2 del R. 1408, los períodos inferiores al año acreditados en el marco de la legislación de algún Estado miembro, en principio, exento de la cobertura del interesado. Por último, habrá de dilucidar si procede la aplicación del artículo 48.3 del R. 1408, de manera que si considera que en el marco de todas las legislaciones competentes se han acreditado períodos inferiores al año, deberá comunicar al último Estado de afiliación su obligación de proceder a aplicar la asimilación de condiciones que en dicha disposición se establece, y que ya ha sido explicada en este trabajo.<sup>848</sup>

Respecto a la posibilidad de liquidación diferida a la que aludía el artículo 36, el legislador comunitario obligaba, en virtud del artículo 37.d) del R. 574, a que el

---

<sup>847</sup> En otras palabras “...una vez recibidos todos los formularios con los datos referentes a los períodos de seguro o de residencia y, en su caso, a la cuantía o a las cuantías debidas en aplicación de la legislación de uno o varios de los Estados miembros afectados...”

trabajador migrante identificase en su solicitud, entre las legislaciones competentes de acuerdo con el artículo 44.2 del R. 1408, las legislaciones nacionales donde pretende hacer valer sus derechos, para distinguirlas de aquéllas donde hubiera previsto que se aplazase la liquidación de sus pensiones de vejez. Estas últimas instituciones, de acuerdo con el artículo 43.5 del R. 574, sólo han de consignar en el formulario que envía la institución instructora los períodos de seguro o de residencia cubiertos por el solicitante bajo su legislación nacional. En cualquier caso, al cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas diferidas, cuando el migrante desee proceder en su seno a la liquidación de sus derechos a pensiones de vejez restantes, no será necesario presentar una nueva solicitud ante las instituciones competentes de tales legislaciones.<sup>849</sup>

Por último, a tenor del artículo 48 del R. 574, la institución instructora deberá, recibidas las decisiones definitivas emitidas por las instituciones nacionales, por un lado, canalizar la *<notificación de las resoluciones de las instituciones al solicitante>*, redactando *<una nota de recapitulación>* en el idioma del solicitante que acompaña a las decisiones emitidas por las instituciones involucradas. A partir de la fecha de recepción de la mencionada nota por el migrante, comienzan a computarse los plazos de prescripción o caducidad que específicamente señalen las legislaciones nacionales para recurrir sus decisiones. Por otro lado, simultáneamente la institución instructora deberá enviar una copia de la nota de recapitulación y de las decisiones nacionales a todas las instituciones involucradas. Hay que señalar que el formulario E-211 hace las veces de nota de recapitulación de las decisiones adoptadas por las distintas instituciones competentes. El contenido de este formulario ha sido recientemente modificado por la CASSTM en su Decisión N° 170 de 15-2-2001, con el fin de mejorar la información al interesado sobre vías y plazos de recursos respecto de dichas decisiones nacionales.<sup>850</sup>

---

<sup>848</sup> Véase infra el epígrafe IV.4.

<sup>849</sup> Sobre la activación de las solicitudes, a instancia del interesado que ya cumple los requisitos exigidos en las legislaciones cuya aplicación fue diferida, véase la STJCE de 9-3-1976, sobre el Asunto Balsamo (108/75), al señalar el Alto Tribunal que: *“cuando un trabajador migrante ha presentado una solicitud de prestación de invalidez ante la institución del lugar de su residencia, según las modalidades previstas por la legislación de dicho lugar, (...) de acuerdo con el apartado 1 del artículo 36 del Reglamento 574/72, no es necesario presentar una nueva solicitud en otro Estado Miembro ni siquiera aunque en la fecha de presentación de la solicitud no reuniera todavía todos los requisitos sustantivos exigidos por la legislación del segundo Estado para la concesión de la prestación”*

#### V-4.- ANTICIPOS DE PRESTACIONES A TITULO PROVISIONAL.

En el marco del procedimiento descrito existe la posibilidad de lograr un anticipo por parte de alguna de las instituciones competentes involucradas en la liquidación coordinada de pensiones de vejez. Considerando la inexistencia de un sistema común de SS aplicable en todos los Estados miembros y las demoras en el tiempo que puede sufrir la liquidación de una prestación, el legislador comunitario designa las instituciones obligadas a adelantar el pago de las prestaciones que presumiblemente habrán de abonar al final del procedimiento.

Así, en primer lugar, a tenor del artículo 45.1 del R. 574,<sup>851</sup> la institución instructora puede estar obligada al <abono automático> de un anticipo sobre las prestaciones solicitadas, cuando en el marco de su legislación se reconozca el derecho a una <prestación nacional autónoma>. Debiéndose entender por esta última la reconocida en el marco de una legislación nacional, sin necesidad de recurrir a las asimilaciones de condiciones establecidas en las normas de coordinación. En este supuesto, en espera de su cálculo en el marco del procedimiento comunitario, la institución instructora estará obligada al abono de la pensión nacional autónoma con carácter provisional.<sup>852</sup>

A tenor del artículo 45.2 del R. 574,<sup>853</sup> cuando el migrante no obtenga una pensión autónoma en el marco de la legislación nacional de la institución instructora, ésta, basándose en la información recopilada, notificará a la institución competente en cuyo marco se haya reconocido una pensión nacional autónoma su obligación de abonar tal pensión con carácter provisional. Si existiesen simultáneamente varias instituciones

---

<sup>850</sup> Véanse los considerandos 5º y 6º de la Exposición de motivos de la Decisión N°170 que sustituyó a la Decisión N° 158 de 27-11-1995.

<sup>851</sup> *“Artículo 45.1.- Cuando la institución instructora compruebe que el solicitante tiene derecho a las prestaciones con arreglo a la legislación aplicada por ella sin necesidad de que se le computen los periodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, pagará inmediatamente estas prestaciones con carácter provisional”.*

<sup>852</sup> Como se verá al estudiar el sistema de doble cálculo, si existe un derecho a una pensión de vejez nacional autónoma, el migrante siempre tendrá derecho finalmente a una prestación de cuantía igual o superior, nunca inferior. Impidiéndose así que el beneficiario obtenga, vía anticipo, una prestación de cuantía superior a la efectivamente debida finalmente; lo que provocaría problemas de recuperación de las cantidades indebidamente abonadas.

<sup>853</sup> *“Si el solicitante no tuviere derecho a las prestaciones en virtud del apartado 1 pero, según los datos facilitados a la institución instructora en cumplimiento de los apartados 2 ó 3 del artículo 43 del Reglamento de aplicación, tuviere ese derecho al amparo de la legislación de cualquier otro Estado miembro, en razón exclusivamente de los periodos de seguro o de residencia cubiertos bajo ésta, la institución que aplique esta legislación pagará las prestaciones con carácter provisional tan pronto como la institución instructora le haya comunicado que le incumbe tal obligación”.*



competentes en la situación descrita, el artículo 45.3 del R. 574 establece que deberá abonarla la institución que haya informado, en primer lugar, a la institución instructora de la existencia de un derecho autónomo a pensión en el marco de su legislación. Se trata de una norma que, desde el punto de vista de las instituciones involucradas, podría desincentivar la celeridad en las comunicaciones durante la tramitación del expediente.

Una vez que la institución instructora haya notificado a la institución competente su obligación de abonar los mencionados anticipos, a tenor de artículo 45.4 del R. 574, esta última deberá informar *“de ello inmediatamente al solicitante, advirtiéndole expresamente de que la medida adoptada tiene carácter provisional y no es recurrible”*. Sobre el alcance de esta última disposición se pronunció el TJCE, señalando que tal información sobre los anticipos de carácter provisional no puede *“ser el contenido de actuaciones cuyo objeto sea establecer definitivamente el derecho de la persona a percibir una prestación.”*<sup>854</sup> Debe quedar claro que el artículo 45.4 no significa que el incumplimiento de la obligación de abonar los anticipos, o la demora en su abono, puedan quedar impunes, pues este artículo no se opone a que por tal motivo se presente un recurso ante la jurisdicción nacional pertinente.<sup>855</sup>

En ocasiones puede ocurrir que ninguna de las instituciones competentes de los Estados miembros involucrados haya reconocido un derecho nacional autónomo a pensión. En efecto, no puede descartarse la posibilidad de que tan solo existan *<derechos comunitarios a pensión>*, en el sentido de que hubieran sido reconocidas con base en las asimilaciones de condiciones establecidas en la normativa comunitaria de coordinación. En este supuesto, a tenor del artículo 45.5 del R. 574, la institución instructora *“... abonará al interesado un anticipo recuperable de una cuantía adecuada y lo más cercana posible a la que probablemente haya de arrojar la liquidación practicada en aplicación del apartado 2 del artículo 46 del Reglamento”*. Este anticipo, partiendo de la imposible recepción del Derecho extranjero en el foro, equivaldrá a la prestación parcial que deberá ser reconocida y calculada en el marco de la legislación nacional de la institución instructora.<sup>856</sup> Efectivamente, esta disposición obliga a la institución instructora a que adelante la prestación comunitaria, considerando que es la

---

<sup>854</sup> STJCE de 14-2-1980 sobre el Asunto Damiani (53/79)

<sup>855</sup> **RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel.** *La Seguridad...* op. cit. p. 344.

<sup>856</sup> En un sentido diferente **OJEDA AVILES, A.** *Las pensiones de invalidez y vejez...* op. cit. p. 61. Partiendo de la recepción del Derecho extranjero por la institución instructora, señala que ésta aplicando

primera que posee todos los datos de las instituciones involucradas para proceder a su cálculo. Tal anticipo podrá ser de cuantía muy reducida cuando el período de aseguramiento bajo ese sistema haya sido muy breve.

Por último, reconociendo la insuficiencia de las medidas adoptadas en sede comunitaria sobre esta materia, el artículo 45.6 contempla la posibilidad de que los Estados involucrados acuerden procedimientos ad-hoc para el anticipo de prestaciones. En efecto, los acuerdos bilaterales vuelven a ser el paliativo de las carencias evidentes de la normativa coordinada, incapaz de establecer una regulación uniforme sobre este punto.<sup>857</sup> La existencia de una norma específica como el artículo 45 del R. 574 impide aplicar el artículo 114 del R. 574, en el marco de la liquidación de las pensiones de vejez coordinada desde el capítulo III del Título III del R. 1408.<sup>858</sup> Este artículo 114 regula, desde un punto de vista general, la obligación de *<abono provisional de prestaciones en caso de discrepancia sobre la legislación aplicable o sobre la institución llamada a servir las.>* En efecto, como pone de manifiesto su propio tenor, este artículo 114 está diseñado para aquellos supuestos en los que, rigiendo el principio de unicidad de Ley aplicable, existen dudas sobre cual es la norma nacional competente, debiéndose proporcionar cobertura al migrante a título provisional.<sup>859</sup>

En cambio, si resulta aplicable respecto de los anticipos concedidos en el marco del capítulo III el artículo 111 del R.574 consagrado, entre otras materias, a la

---

las legislaciones del resto de instituciones nacionales involucradas, calculará *grosso modo* la cuantía total que percibiría el beneficiario tras la suma de las pensiones parciales comunitarias reconocidas.

<sup>857</sup> 45.6 “dos Estados miembros o las autoridades competentes de los mismos, podrán concertar otras modalidades para proceder al pago de prestaciones a título provisional cuando las instituciones de tales Estados miembros sean las únicas afectadas. Los acuerdos concluidos sobre esta materia serán comunicados a la comisión administrativa”.

<sup>858</sup> Artículo 114 “Cuando haya discrepancia entre las instituciones o las autoridades competentes de dos o varios Estados miembros ya sea sobre la legislación que corresponde aplicar en virtud del Título II del Reglamento ya sobre la determinación de la institución llamada a servir las prestaciones, el interesado que pudiera solicitar las prestaciones si no hubiese discrepancia, disfrutará a título provisional de las prestaciones previstas por la legislación que aplique la institución del lugar de residencia o, si el interesado no reside en el territorio de uno de los Estados miembros afectados, de las prestaciones previstas por la legislación que aplique la institución afectada que haya sido la primera en recibir la solicitud”

<sup>859</sup> Sobre la aplicación del artículo 114, véase el Asunto Maitland Toosey (C-287/92), sobre el reconocimiento de una prestación de invalidez tipo A, en el marco del capítulo II del Título III del R. 1408, donde se señala que “...el R.1408 no contiene ninguna disposición que obligue a las instituciones del Estado de residencia al pago de la prestación de invalidez a un solicitante, aunque el Estado competente esté obligado a reembolsar esa cantidad, en aplicación del artículo 114 del Reglamento 574/72 en caso de discrepancia entre las instituciones en cuestión..”

*“recuperación de cantidades abonadas indebidamente por las instituciones de SS”*.<sup>860</sup>

Efectivamente, este artículo permitirá que la institución que abonó anticipos en cuantía superior a la debida, se dirija a la institución competente de otro Estado miembro con el fin de que realice retenciones sobre las prestaciones que deba abonar al mismo beneficiario, con el fin de transferir la suma retenida a la institución acreedora. Se trata, necesariamente, de supuestos en los que la retención no es posible sobre la propia prestación adeudada, de ahí el recurso a otra institución. El artículo 111.1 establece que tales retenciones se realizarán, prioritariamente, por instituciones deudoras de pensiones calculadas con base en el capítulo III del Título III. No siendo factible esta posibilidad, el artículo 111.2 estipula que la institución acreedora se podrá dirigir a la institución de cualquier otro Estado miembro que deba prestaciones al mismo beneficiario.<sup>861</sup>

## **VI.- RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A UNA PENSION DE VEJEZ CONTRIBUTIVA EN EL MARCO DEL CAPITULO III.**

En este epígrafe se analiza la incidencia de la normas de coordinación del capítulo III del Título III del R. 1408 en el reconocimiento de una pensión de vejez contributiva en el marco de las legislaciones nacionales designadas competentes. Como se anunciaba, se conectarán los requisitos a los que se suele supeditar el reconocimiento de las prestaciones asociadas a la contingencia escogida en las normas nacionales, con las diferentes asimilaciones de condiciones incluidas en la norma comunitaria. En concreto se analizarán, por este orden, la exigencia de aseguramiento efectivo a la legislación del Estado competente en el momento de producirse el hecho causante; así como los requisitos relativos a la acreditación de un período mínimo de carencia, general o específico; el cumplimiento de la edad legal de jubilación y el cese total o

---

<sup>860</sup> Respecto de los anticipos indebidamente abonados véase la STJCE de 14-5-1981, sobre el asunto Fanara (111/80).

<sup>861</sup> El 111.1 señala que: *“La institución de un Estado miembro que, al liquidar o revisar una prestación de invalidez, de vejez o de muerte (pensiones) con arreglo a lo preceptuado en el capítulo III del Título III del Reglamento, pague a un beneficiario una cantidad superior a la debida, podrá pedir a la institución de cualquier otro Estado miembro que deba prestaciones correspondientes al mismo beneficiario, la retención, sobre los atrasos de los correspondientes abonos periódicos, de la cantidad pagada en exceso. Esta última institución transferirá la suma retenida a la institución acreedora. Si la cantidad pagada en exceso no se pudiere deducir de los atrasos de los abonos periódicos, se aplicará lo dispuesto en el apartado 2.”* El artículo 111.2 permite que se recurra a otra institución nacional deudora de prestaciones para que realice *“... la retención, sobre las sumas abonables a éste (el beneficiario), de la cantidad pagada en exceso. Esta última institución practicará la retención en las condiciones y dentro de los límites fijados para tales compensaciones en la legislación que aplique, como si se tratase de una cantidad pagada en exceso por ella misma, y transferirá la cantidad retenida a la institución acreedora”*.

parcial de la actividad profesional. Por último se aludirá a una vía de acceso diferente a las prestaciones de vejez contributivas, esto es, la transformación de las prestaciones de invalidez en vejez al cumplimiento de una determinada edad por parte de su beneficiario.

#### **VI-1.- ASEGURAMIENTO EN EL MOMENTO DE PRODUCIRSE EL HECHO CAUSANTE. ARTICULO 45.5 R. 1408.**

El artículo 45.5<sup>862</sup> del R.1408 establece una asimilación de condiciones ad-hoc, obligando a las instituciones competentes a asimilar al propio aseguramiento, el existente en otro Estado miembro en el momento de materializarse el hecho causante. En efecto, esta norma trata de que el migrante cumpla el requisito impuesto en las legislaciones nacionales que exigen el aseguramiento efectivo a su sistema en el momento de producirse el hecho causante. Condición que, en el marco de nuestro sistema de SS, se traduciría en el requisito de estar en alta, o asimilado a la misma, en dicho momento. Esta exigencia choca con la norma de conflicto contenida en el artículo 44 que, como se señaló, designa como competentes todas las normas nacionales que participaron en la carrera de seguro del migrante, pues no parece viable que el trabajador esté en alta en todas ellas en el momento de producirse el hecho causante, por otro lado, diferente en cada legislación nacional. Sin embargo, debe reconocerse que este requisito de alta con el objeto de proceder al reconocimiento de una pensión de vejez tipo B, posee una importancia muy relativa, cuando no nula, en las actuales legislaciones nacionales coordinadas.<sup>863</sup> En sentido contrario, se puede afirmar que el aseguramiento en el momento de la materialización del riesgo resulta ser requisito

---

<sup>862</sup> “45.5.- Cuando la legislación de un Estado miembro subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones a una condición de seguro en el momento en que se produzca el hecho causante, se presumirá el cumplimiento de dicha condición en caso de aseguramiento en virtud de la legislación de otro Estado miembro, según las normas establecidas en el Anexo VI para cada Estado miembro interesado”.

<sup>863</sup> En los estudios de Derecho comparado como los de **MISSOC** *Social protection... (situation on 1 january 2000)* op. cit.p.289 y ss. no se menciona este requisito entre aquéllos a los que se supedita el reconocimiento de una pensión de vejez tipo B en los Estados miembros del EEE, donde ocupa un lugar preferente la exigencia de un período mínimo de carencia. No obstante, que no se refleje este requisito en dicho estudio comparativo no supone, como sucede en el sistema español, que la situación de alta o asimilado a la misma no tenga ciertas consecuencias jurídicas beneficiosas para el interesado, en el marco del reconocimiento del derecho. En nuestro sistema nacional el alta o la asimilación al alta poseen una importancia relativa, conectada con la edad mínima de jubilación, pues se exige estar en tal situación para acceder a la jubilación anticipada, es decir, a una edad inferior de 65 años. En sentido contrario si resulta relevante el alta para adquirir ciertas prestaciones de invalidez Tipo A, en concreto, las relativas a incapacidad permanente parcial, total o total cualificada, siempre por contingencias comunes.

principal en el marco de las legislaciones tipo A.<sup>864</sup> En efecto, como ha manifestado la doctrina, el artículo 45.5 resulta crucial para el reconocimiento del derecho a pensiones de invalidez tipo A, cuya coordinación, vía artículo 40, se haya remitido al capítulo III del Título III.<sup>865</sup>

Como se desprende del tenor de artículo 45.5, su aplicación se remite a las normas específicamente establecidas, respecto de cada legislación nacional, en el marco del Anexo VI del R. 1408. Una lectura de las medidas establecidas en el citado Anexo permite afirmar que sus prescripciones poseen un carácter restrictivo respecto de la norma general contenida en el artículo 45.5. En efecto, en el Anexo se establecen requisitos específicos y adicionales a cuya concurrencia se somete la aplicación de la asimilación de condiciones del artículo 45.5 que, en principio, tan sólo debía desarrollar. Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en la letra D del Anexo VI<sup>866</sup>, concretamente en la letra a) de su punto 3º, que supedita la concurrencia de la asimilación al alta del artículo 45.5 a los siguientes requisitos:

*“En todos los regímenes de la SS española, excepto en los especiales de los funcionarios civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de la Administración de Justicia, todo trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que haya dejado de estar asegurado con arreglo a la legislación española, se considerará que lo está todavía en el momento en que se produzca el hecho causante, a efectos de aplicación de lo dispuesto en el capítulo 3 del título III del Reglamento, si está asegurado con arreglo a la legislación de otro Estado miembro en el momento en que se produzca el hecho causante o, en su defecto en el caso en que una prestación sea debida de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro por el mismo hecho. Sin embargo, se considera como cumplido este requisito en el caso mencionado en el apartado 1 del artículo 48<sup>867</sup>.”*

Respecto del apartado del Anexo VI transcrito exclusivamente aplicable por la institución competente española cuando no exista en la fecha del hecho causante otra

---

<sup>864</sup> Véase, en este sentido, **MISSOC** *Social protection...(situation on 1 january 2000)* op. cit.p.219 y ss.

<sup>865</sup> **PENNINGS, Frans.** *Introduction...* op. Cit. (2<sup>nd</sup>. Ed.1998.) P. 138.

<sup>866</sup> Texto resultante tras la modificación operada por el Reglamento (CE) N° 1606/98 del Consejo de 29-6-1998 por el que, como es sabido, se incluyeron los regímenes especiales de funcionarios en el ámbito objetivo del Reglamento.

<sup>867</sup> En virtud del artículo 48, como es sabido, la institución donde el migrante no haya estado vinculado por un período mínimo de un año puede eximirse de la concesión de pensiones, salvo que dicho período generase derecho a prestaciones sin necesidad de acudir a la totalización. Esta alusión al artículo 48 se contemplaba también en el artículo 45.7 del R. 1408, en su versión previa al Reglamento 1248/92, siendo en este caso aplicable a todos los Estados miembros sujetos a coordinación. El mantenimiento de esta alusión en este caso aplicable exclusivamente a España resulta cuestionable, pues no se entiende que consecuencia jurídica se puede derivar de dar por cumplido el requisito de alta a nuestro sistema cuando

forma de considerar al migrante en situación de alta o asimilado al alta, habría que destacar las siguientes notas. En primer lugar, se excluye de sus efectos beneficiosos a los regímenes especiales de funcionarios, que pese a su inclusión en el ámbito objetivo de la coordinación mantienen una regulación específica. En segundo lugar, hay que señalar que el Anexo reproduce el propio artículo 45.4 en su versión previa a la modificación del Reglamento 1248/92, aunque con una relevante salvedad que ha de ponerse de relieve. En efecto, en el supuesto de que los trabajadores no se encuentren asegurados, se entiende desde un punto de vista afiliativo, ni con arreglo a la legislación española, ni a la de otro Estado miembro, el requisito de alta sólo se entenderá cumplido cuando esté asegurado como beneficiario en otro Estado miembro. No obstante, a diferencia del derogado 45.4, esta exigencia sólo se entenderá cumplida si es beneficiario en otro Estado miembro *<por el mismo hecho>*. Expresión que puede interpretarse en el sentido de que ha de ser beneficiario de una prestación extranjera, destinada a la cobertura de la misma contingencia, por la que el migrante reclame cobertura a la institución española. En otras palabras, sólo se entenderá *<en alta>* a la hora de solicitar la pensión de jubilación en España, el migrante beneficiario de una prestación de jubilación en otro Estado miembro. Esta norma, no obstante, deberá entenderse exceptuada en el supuesto de que sea beneficiario de una pensión extranjera de invalidez que se ha transformado en vejez al cumplimiento de una determinada edad. En tal supuesto, debe considerarse cumplida la condición de alta, tanto para la solicitud de una pensión de jubilación como de invalidez españolas, con independencia del tiempo transcurrido desde el reconocimiento de la pensión extranjera hasta el hecho causante de la pensión española.

El TJCE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la validez de algunas de las medidas establecidas en el Anexo VI para la concurrencia de la asimilación de condiciones estipulada en el artículo 45.5 del Reglamento.<sup>868</sup> El Alto Tribunal, en primer lugar, y desde un punto de vista general, ha ratificado que no existe una relación jerárquica entre los Anexos y el articulado del R.1408;<sup>869</sup> debiendo someterse ambos al

---

el aseguramiento al mismo haya tenido una duración inferior al año, pues con ese exclusivo período de carencia no se produce el derecho a una pensión en nuestro sistema nacional de SS.

<sup>868</sup> Véase en este sentido **PENNINGS, Frans**. *Introduction...* op. Cit. (2<sup>nd</sup>. Ed.1998.) P. 138 y 139.

<sup>869</sup> Véase el apartado 20 de la STJCE de 20-9-1994 sobre el Asunto Drake (12/93) donde se señala que: “...no existe relación jerárquica entre las disposiciones del Reglamento N° 1408/71 modificado, por una parte, y las de su Anexo VI, por otra. En efecto, todas estas disposiciones fueron adoptadas en aplicación del artículo 51 del Tratado y, por consiguiente, deben ser interpretadas conjuntamente a la luz del

propio artículo 42 TCE. Sin embargo, pese a tal afirmación, parece razonable que los Anexos se limiten al desarrollo de las disposiciones del R. 1408 a las que aluden expresamente. Resultando, por otro lado, incongruente que se establezcan reglas generales en el articulado del R. 1408, que carecen de toda virtualidad al exceptuarse en los Anexos, máxime cuando estos tipos de excepciones aluden a Estados miembros concretos, quebrando la uniformidad que se presupone propicia toda normativa comunitaria. El TJCE sin embargo, ha sido cauto y partiendo de la mencionada igualdad jerárquica que considera permite una regulación divergente en el seno del Anexo VI respecto de lo establecido en el artículo 45.5, se ha limitado a comprobar si el tenor de tal regulación es discriminatorio por razón de la nacionalidad. En este sentido, se ha debido pronunciar sobre el carácter indirectamente discriminatorio de disposiciones que parecían tener una mayor repercusión negativa sobre los trabajadores migrantes.<sup>870</sup>

**VI-2.- PERIODO DE CARENIA. TOTALIZACION: ARTICULO 45.1, 2 y 3 del R. 1408).**

En las normas nacionales resulta muy habitual supeditar el reconocimiento de un derecho a una pensión de jubilación contributiva al cumplimiento de un determinado período de carencia o espera por el interesado.<sup>871</sup> Este período mínimo de seguro o residencia para la adquisición del derecho, es distinto de los períodos de carencia, más amplios, a los que estos mismos sistemas nacionales supeditan el reconocimiento de una pensión completa o cobertura máxima alcanzable en su seno que, como se señaló,

---

*objetivo de este artículo, que es el de contribuir al establecimiento de la más amplia libertad posible en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores migrantes, principio que se inscribe en los fundamentos de la Comunidad". Véanse en igual sentido los puntos 6 y siguientes de las Conclusiones sobre este mismo asunto presentadas el 26-4-1994 basadas, a su vez, en las Sentencias del TJCE de 2-5-1990 sobre el Asunto Winter-Lutzins (C-293/88) y de 30-3-1993 sobre el Asunto de Wit (C-282/91).*

<sup>870</sup> Véase en el marco de la citada STJCE de 20-9-1994 sobre el Asunto Drake (12/93) la reflexión del TJCE respecto de la validez de las disposiciones del Anexo VI relativas a Holanda en relación con el artículo 45.5 del R. 1408. Donde, de forma paralela a lo establecido respecto de España, se estipulaba que un migrante se entendería en alta cuando estuviese asegurado por el mismo riesgo en otro Estado miembro, o bien cuando recibiese una prestación por ese mismo riesgo en otro Estado miembro. El TJCE consideró que los perjuicios que sufría el Sr. Drake respecto de su cobertura en la legislación holandesa derivaban de su inactividad laboral previa a la incapacidad, y no de su condición de trabajador migrante; por lo que igual perjuicio hubiera sufrido de haber sido un mero trabajador sedentario.

<sup>871</sup> Como se pone de manifiesto en el estudio **MISSOC** *Social protection...(situation on 1 january 2000)* op. cit.p.306 y ss. Existen sistemas nacionales que no exigen período de carencia como Bélgica, Holanda, Suecia e Islandia. En los restantes Estados miembros, por orden de importancia, se requiere el siguiente esfuerzo cotizador: desde los 15 años exigidos por España, Austria o Portugal; los 12 años de Luxemburgo y Grecia, los 10 años en Reino Unido, los 5 años en Italia o Alemania, 3 años en Noruega, Irlanda; exigiéndose tan sólo un año en Liechtenstein, 1 mes en Finlandia, mientras que en Francia varía en función del tipo de cotización, vinculada, a su vez, al salario. Por otro lado, los Estados nórdicos que

también conecta con el tiempo cotizado.<sup>872</sup> El artículo 45.1 establece el empleo específico de la totalización en el marco del capítulo III con el fin de que, mediante la reunificación de su carrera de seguro que propicia esta asimilación de condiciones, el migrante cumpla el período de carencia exigido en las distintas normas nacionales para el reconocimiento de una pensión de vejez contributiva en su seno.

*“45.1.- Cuando, en virtud de un régimen que no sea un régimen especial de acuerdo con los apartados 2 ó 3, la legislación de un Estado miembro subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de que hayan sido cumplidos determinados períodos de seguro o de residencia la institución competente de dicho Estado miembro tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con la legislación de cualquier otro Estado miembro, ya sea un régimen general o especial, aplicable a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia. Para ello, tendrá en cuenta dichos períodos como si se tratara de períodos cumplidos de acuerdo con la legislación que se aplique.”*

Respecto de este artículo 45.1 se pueden realizar las siguientes observaciones: En primer lugar, hay que señalar que el artículo 45.1 estipula para el reconocimiento de las pensiones de vejez la totalización de <períodos de seguro> y <períodos de residencia>. Como es sabido, estos términos son definidos, respectivamente, en los apartados r) y s bis) del artículo 1 del R. 1408, en el sentido de que el contenido específico de tales expresiones se remite a la legislación nacional bajo la cual fueron cubiertos. Esto es, el legislador comunitario no incide sobre los requisitos de constitución de dichos períodos,<sup>873</sup> sin perjuicio de la necesaria observancia de los artículos 39 a 42 del TCE que debe ser controlada por los órganos jurisdiccionales

---

se citan a continuación establecen un período mínimo de 3 años de residencia para el reconocimiento de la pensión básica nacional: Dinamarca, Noruega, Finlandia, Suecia, Islandia.

<sup>872</sup> A tenor de **MISSOC** *Social protection...(situation on 1 January 2000)* op. cit.p.310 y **COMISION EUROPEA** *Sus derechos de SS...* op. cit. Bruselas 1997 p. 33 y ss. Se puede afirmar que en todos los Estados miembros, salvo en Suecia, existe el concepto de pensión completa cuya obtención se vincula a la acreditación de largos períodos de cotización. Con tal finalidad se exigen 40 años en las legislaciones nacionales de SS de Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Portugal y Finlandia; 35 años en Grecia y España o 25 en Alemania. En algunos Estados, los períodos exigidos varían en función del sexo del beneficiario. Así en Bélgica, inmersa en un período transitorio de acercamiento, las mujeres deberán haber cotizado 42 años mientras a los hombres se les exigen 45 años; en el Reino Unido se exigen 44 años a los hombres y 39 a las mujeres. En otros sistemas se exigen períodos de carencia específicos, así sucede en Dinamarca donde se deben haber pagado cotizaciones completas desde 1964 al 2001; en Holanda haber estado asegurado desde los 15 años hasta los 65 y en Liechtenstein haber pagado cotizaciones anuales desde los 20 años hasta la edad de jubilación. Por último en Francia, en lo que respecta al período de cotización, se exige haber abonado 160 <cuartos> de cotización y en Irlanda haber realizado una media de 48 cotizaciones anuales.

<sup>873</sup> Véase el apartado 10 de la STJCE de 12-5-89 sobre el Asunto Warmerdam-Steggerda (388/87) y el apartado 15 de la STJCE de 4-10-1991 sobre el asunto Paraschi (C-349/87)



nacionales.<sup>874</sup> En efecto, las instituciones nacionales donde se cumplieron o se reconocieron, en el caso de los períodos ficticios, serán las únicas competentes para certificar, con el objetivo de su totalización, tanto su propia concurrencia en su legislación nacional y en el régimen de SS oportuno, como su propia finalidad.<sup>875</sup>

En segundo lugar, debe señalarse que la totalización establecida en esta disposición se dirige a unos fines específicamente tasados: la adquisición, conservación o recuperación del derecho.<sup>876</sup> Por lo que se constata que esta norma no atañe, por un lado, a la existencia o no de una obligación de afiliación a un determinado sistema nacional;<sup>877</sup> ni tampoco a la determinación de la cuantía de la prestación reconocida. Efectivamente, aunque para el cálculo de las pensiones de vejez también se recurrirá a la totalización de períodos, el empleo de esta técnica con tal finalidad, admitida por el propio artículo 42 TCE, se regula específicamente en el artículo 46 del R.1408.<sup>878</sup>

En tercer lugar, como estipula el propio artículo 45.1, la totalización se realizará tan solo “*en la medida de lo necesario,*” es decir, computando únicamente los períodos foráneos que resulten imprescindibles para el reconocimiento, conservación o recuperación del derecho a una prestación de vejez contributiva. Consecuentemente, la totalización no habrá de ser completa, ni tendrá por qué abarcar toda la carrera de seguro comunitaria del migrante.<sup>879</sup> Resulta imprescindible distinguir claramente este límite a la totalización en el marco de la adquisición de la prestación, con el que se

---

<sup>874</sup> Véase STJCE de 15-3-1978 sobre el Asunto Frangiamore (126/77), los apartados 19 y 20 de la STJCE de 9-12-1993 sobre los asuntos acumulados Lepore y Scamuffa (C-45 y C-46/92). Más recientemente véase la STJCE de 7-2-02 sobre el asunto Kauer (C-28/00).

<sup>875</sup> Esta doctrina fue establecida tempranamente en la STJCE de 5-12-1967 sobre el Asunto Welchner (14/67) y en la de 19-12-1968 sobre el Asunto de Cicco (19/68); cuya doctrina fue reiterada en la STJCE de 6-6-1972 sobre el Asunto Murru (2/72). Estos pronunciamientos deben entenderse confirmados por sentencias posteriores como la dictada el 7-2-1990 sobre el asunto Vella (324/88) o en los apartados 25 a 28 de la STJCE de 15-10-1991 sobre el Asunto Faux (C-302/90) o la dictada el 20-2-1997 sobre los Asuntos acumulados Martínez Losada y otros (C-88/95, C-102/95 y C-103-95).

<sup>876</sup> Véase la STJCE de 9-12-1993 sobre los asuntos acumulados Lepore y Scamuffa (C-45/92 y C-46/92).

<sup>877</sup> Véase la STJCE de 12-7-1979 sobre el Asunto Brunori (266/78).

<sup>878</sup> Véase en este sentido los apartados 22 y 24 de la STJCE de 17-12-1998 sobre el Asunto Lustig (C-244/97) donde se discrimina en el sentido expuesto la finalidad de la totalización recogida en el artículo 45, es decir, adquisición, conservación o recuperación del derecho, de la finalidad establecida en el artículo 46 o mero cálculo de la pensión ya reconocida.

<sup>879</sup> Así lo reitera el artículo 15.1.a) del R. 574 cuando señala que, en el marco del artículo 45, la totalización de los períodos se practicará “...*en la medida en que resulte necesario computarlos para completar los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación del primer Estado miembro, para adquirir, conservar o recuperar el derecho a las prestaciones....*”

establece en el 46.2 del R. 1408 en el seno del procedimiento de cálculo de las pensiones ya reconocidas. Efectivamente, para calcular la denominada <cuantía teórica> descrita en el artículo 46.2.a), el artículo 47.1.a) limita la totalización permitiendo tan sólo el cómputo de los períodos precisos para otorgar una pensión completa en el marco de legislación nacional aplicable. Esta medida, como se verá, puede tener una repercusión favorable sobre el monto de la pensión, pues evita una reducción excesiva de la cuantía teórica al aplicar la <prorrata temporis> descrita en el artículo 46.2.b).<sup>880</sup>

#### **VI-2-1.- Normas generales sobre totalización: artículo 15 del R. 574**

Como se estudió en la introducción a este trabajo, la totalización o acumulación de períodos de seguro se regulaba de forma específica, para cada una de las prestaciones, mediante una norma ad-hoc ubicada en cada uno de los diferentes capítulos del Título III del R.1408. Compensando esta dispersa regulación, el artículo 15 del R.574 contiene la normativa general sobre aplicación de la totalización respecto de todas las contingencias y con independencia de que tal técnica se use con la intención de reconocer, conservar, recuperar o calcular una prestación. De acuerdo con el TJCE, la institución competente, cuando totalice, habrá de respetar las normas establecidas en el artículo 15 del R. 574,<sup>881</sup> afirmación que no es óbice para que el legislador nacional pueda establecer normas más favorables a los intereses del migrante..

##### **VI-2-1-1. - Totalización de períodos superpuestos.**

La letra a) del apartado primero del artículo 15 establece como regla general que la totalización se ha de llevar a cabo siempre bajo “...la condición de que dichos períodos de seguro o de residencia no se superpongan.” Con carácter preliminar, hay que señalar que se entiende que los períodos se superponen cuando han sido cubiertos simultáneamente bajo las legislaciones de dos o más Estados miembros. Esta coincidencia temporal no siempre es clara, pues es necesario precisar el momento exacto en que los períodos de seguro o de residencia controvertidos han sido cubiertos.

---

<sup>880</sup> Esta técnica de cálculo proporcional de la pensión teórica, supone desde un punto de vista práctico la aplicación de un porcentaje sobre la cuantía teórica. El cual se calcula mediante una fracción, que posee como numerador los períodos cumplidos en el sistema que realiza el cálculo y como denominador los períodos totalizados en todos los Estados miembros para el cálculo de la cuantía teórica. Motivo por el cuál, resulta evidente que se obtendrán pensiones más cuantiosas, cuanto menos períodos foráneos sean totalizados; pues en tal supuesto, menor será también el denominador de la citada fracción.

<sup>881</sup> Como señaló la STJCE de 2-7-1981 sobre los Asuntos Strehl, Celestre y otros (116, 117, 119, 120 y 121/1980) “no es permisible que la institución de un Estado miembro aplique normas nacionales para la totalización y prorrata de los períodos de seguro menos favorables que las contenidas en el Reglamento

Esta dificultad respecto de su ubicación temporal, como se pondrá de manifiesto, se acrecienta respecto de los denominados <períodos de seguro ficticios>. En previsión de tales situaciones, el artículo el artículo 15.1.e) establece una norma general claramente <pro-migrante> estipulando que:

*“Cuando no se pueda determinar de modo preciso en qué época se han cubierto ciertos períodos de seguro o de residencia bajo la legislación de un Estado miembro, se dará por supuesto que esos períodos no se superponen a los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro, y se tendrán en cuenta en la medida en que sea útil computarlos”.*

La prohibición de cómputo de períodos superpuestos con la que comienza el artículo 15 posee una excepción, vinculada con las normas de conflicto del Título II que, rompiendo la unicidad de ley aplicable, obligaron al migrante a afiliarse simultáneamente a dos sistemas nacionales de SS. Efectivamente, se exceptúa la aplicación del artículo 15.1.a) cuando por imperativo de los artículos 14 quater b) y 14 septies, el migrante haya mantenido, obligatoria y simultáneamente, sendas relaciones de afiliación-cotización cuyos períodos de seguro se superponen en el tiempo. Salvo este supuesto mencionado, habrán de aplicarse las reglas establecidas en el artículo 15 del R. 574 en desarrollo del principio general de prohibición de cómputo de períodos superpuestos. En efecto, en los diferentes apartados de este artículo se establecen los siguientes criterios que permiten identificar en caso de superposición, aquellos períodos que deben ser preferentemente computados en el marco de la totalización:

**A).- Superposición de períodos obligatorios y facultativos**

El artículo 15.1.b) del Reglamento 574/72 señala que:

*“Cuando algún período de seguro o de residencia, cubierto en el marco de un seguro obligatorio bajo la legislación de un Estado miembro, coincida con un período de seguro cubierto en el marco de un seguro voluntario o facultativo continuado bajo la legislación de otro Estado miembro, sólo se computará el período cubierto en el marco del seguro obligatorio.”*

El artículo transcrito establece que si existe un solapamiento de períodos de seguro voluntario con períodos de seguro obligatorio, sólo se habrán de computar estos últimos en el marco de la totalización. Hay que señalar que a tenor de lo expuesto en este trabajo respecto del aseguramiento voluntario del migrante regulado en el artículo 15 del R.1408, la posibilidad de que se produzca la superposición de períodos

---

574/72” Esta STJCE ratifica el carácter de “...Derecho necesario relativo” que concurre en el artículo 15 del R. 574. Véase **MONTOYA MELGAR, A. (et alii) Derecho Social...** op. cit. p.253.

mencionada es muy remota. Sin embargo, como se recordará, el artículo 15.3 del R. 1408 permitía expresamente, bajo ciertas condiciones, tal superposición cuando el aseguramiento voluntario concurrente se produjera respecto de las contingencias de vejez, invalidez y muerte. Tal posibilidad se supeditaba, únicamente, a que pese a estar el interesado asegurado obligatoriamente al sistema de SS de un Estado miembro, existiese una legislación nacional de otro Estado miembro que admitiese, de forma explícita o implícita, el aseguramiento voluntario y simultáneo de las mencionadas contingencias. En el marco de esta superposición consentida desde la propia norma de coordinación, parece razonable que se matizase el alcance del artículo 15.1.b) del R.574 y se otorgase al trabajador migrante alguna compensación derivada de ese esfuerzo cotizador suplementario. En este sentido, hay que señalar que si se produjo el reconocimiento del derecho sin computar los períodos de seguro voluntarios superpuestos, a la hora de calcular su cuantía el artículo 46 del R. 574 trata de compensar al migrante el que no se hayan tenido en cuenta tales períodos previamente. En efecto, el mencionado artículo 46, ubicado en el Capítulo III del Título IV, como su propio epígrafe indica tiene como objetivo el cálculo de las “*cuantías debidas en virtud de períodos de seguro voluntario o facultativo que no deban ser computados según lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 15 del Reglamento de aplicación.*” El alcance y momento oportuno de aplicación del mencionado artículo 46 del R. 574 serán estudiados, al hilo del procedimiento de cálculo comunitario de las pensiones, en su epígrafe correspondiente.

**B).- Superposición de períodos reales con períodos ficticios o asimilados.**

El artículo 15.1.c)<sup>882</sup> regula la superposición de períodos ficticios y reales la concurrencia más común, de acuerdo con la doctrina,<sup>883</sup> estipulando taxativamente que, en el marco de la totalización, sólo habrán de computarse los períodos reales o efectivos, en detrimento de los asimilados o ficticios con los que pudiesen solaparse.

Los legisladores nacionales otorgan períodos ficticios con una clara finalidad tuitiva, por ejemplo, en el marco de normas de derecho transitorio, o cuando el destinatario se encuentra en alguna situación que le dificulta o impide el ejercicio de una

---

<sup>882</sup> “*Cuando un período de seguro o de residencia distinto de un período asimilado, cubierto bajo la legislación de un Estado miembro, coincida con un período asimilado en virtud de la legislación de otro Estado miembro, sólo se computará el primero de dichos períodos*”

<sup>883</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. *La Seguridad...* op. cit. p. 216.

actividad profesional.<sup>884</sup> Los requisitos para otorgar tales períodos ficticios y su virtualidad están en manos del legislador nacional,<sup>885</sup> sin incidir sobre ellos la norma comunitaria de coordinación.<sup>886</sup> Como ha señalado el TJCE, de forma inconcusa, en la definición de períodos de seguro contenida en la letra r) del artículo 1 existe una remisión a la legislación nacional que “*demuestra claramente que el R. 1408, en particular en materia de totalización de períodos de seguro deja en manos del Derecho interno los requisitos para el reconocimiento de un período determinado como equivalente a los períodos de seguro propiamente dichos*”.<sup>887</sup> No obstante, debe señalarse que su régimen jurídico no puede esconder ninguna discriminación por razón de la nacionalidad ni obstaculizar la libre circulación.<sup>888</sup>

### **C).- Superposición de períodos de seguro ficticios o asimilados.**

Respecto de la concurrencia de períodos asimilados reconocidos en virtud de las legislaciones de dos o más Estados miembros el artículo 15.1.d), en lugar de priorizar el cómputo de unos sobre otros, establece que, en el marco de la totalización, sólo se computen tales períodos por una institución. En efecto, sólo podrá totalizarlos aquella a la que hubieran estado afiliados obligatoriamente antes del período en que se produce la superposición. Si no existiera tal legislación de afiliación previa, el cómputo se llevará a

---

<sup>884</sup> En este sentido, se reconocen períodos de seguro ficticios durante etapas de formación o estudios del trabajador, durante los períodos de crianza de los hijos, la mera realización del servicio militar o durante períodos de desempleo involuntario o en los que el trabajador sufrió cierta incapacidad para el trabajo. Se trata de medidas adoptadas por los sistemas nacionales que siguen la directriz I-5-f) contenida en la Recomendación del Consejo de 27 de julio de 1992, “*relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social*”. Véase una recopilación de tales períodos computables en los 18 sistemas nacionales incluidos en el EEE, en el marco del reconocimiento y cálculo de las pensiones de vejez **MISSOC Social protection... (situation on 1 January 2000)** op. cit. p. 330-333

<sup>885</sup> Véase la STJCE de 6-6-1972 sobre el Asunto Murru (2/72) o la STJCE de 9-7-1975 sobre el Asunto D’Amico (20/75), que versaba sobre la virtualidad de ciertos períodos ficticios en el reconocimiento de una pensión de vejez anticipada alemana.

<sup>886</sup> No obstante, en ocasiones, existe una aclaración en el Anexo VI del R. 1408 mediante una norma ad-hoc para un determinado sistema nacional estableciendo la virtualidad de ciertos períodos asimilados. Véase en este sentido la STJCE de 2-2-1984 sobre el Asunto Derks (235/82) sobre el Anexo VI.H.4. del R. 1408. Véase también la STJCE de 23-11-2000 sobre el Asunto Elsen (C-135/99) que versa sobre el apartado 18 de la letra C del Anexo VI del R. 1408.

<sup>887</sup> Véase recientemente el apartado 26 de la STJCE de 7-2-02 sobre el Asunto Kauer (C-28/00) que reitera lo manifestado en la STJCE de 7-2-1990 sobre el asunto Vella (324/88), ya señalado en el marco del R. N° 3/1958 en la STJCE de 5-12-1967 sobre el Asunto Welchner (14/67).

<sup>888</sup> Véanse los apartados 25 a 28 de la STJCE de 15-10-1991 sobre el Asunto Faux y el apartado 28 de la STJCE de 17-9-1997 sobre el Asunto Iurlaro (C-322/95) o la STJCE de 9-12-1993 sobre Asuntos Acumulados Lepore y Scamuffa (C-45/92 y C-46/92) donde se señaló que el Derecho comunitario se oponía a que con ocasión del cálculo de la pensión de vejez un trabajador migrante no pudiera beneficiarse de la asimilación de los períodos de invalidez a períodos de actividad, prevista en la legislación nacional belga.

cabo, subsidiariamente, por aquella institución a la que estuvo afiliado obligatoriamente con posterioridad a dicho período de concurrencia de períodos ficticios.

*“... sólo serán computados por la institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sometido el asegurado obligatoriamente en último lugar antes del período de que se trate; en el caso de que el asegurado no hubiera estado sometido a la legislación de ningún Estado miembro con anterioridad al período de que se trate, éste será computado por la institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sometido obligatoriamente el asegurado por primera vez después de dicho período.”*

#### **VI-2-1-2.- Totalización de períodos de seguro cubiertos en regímenes especiales de Seguridad Social.**

El 45.1 del R.1408 establecía la totalización en el marco de los denominados regímenes generales. Esta norma, de acuerdo con el punto primero de la Decisión de la CASSTM N° 136 de 1 de julio de 1987, supone que:

*“Para la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a prestaciones en el sentido del apartado 1 del artículo 45 del Reglamento (CEE) 1408/71 la institución de un Estado miembro que aplique un régimen que no sea un régimen especial en el sentido de los apartados 2 ó 3 de dicho artículo, tendrá en cuenta todos los períodos cumplidos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, en el marco de un régimen general o de un especial, aplicable a los trabajadores por cuenta ajena o a los trabajadores por cuenta propia”.*<sup>889</sup>

Junto a esa regla general, los apartados 2, 3 y 4 del artículo 45 del R. 1408 establecen normas específicas para la totalización en el marco de un régimen especial de trabajadores por cuenta ajena o propia, de los períodos de seguro cumplidos en otro Estado miembro. Además respecto de la totalización en el marco de un régimen especial de funcionarios el legislador comunitario introdujo a través del R. 1606/98 una norma ad-hoc, en el mencionado capítulo III del R. 1408, el artículo 51 bis.

#### **A).- Regímenes especiales de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia: los artículos 45.2 y 3 del R. 1408.**

En los apartados segundo y tercero del artículo 45 se regula, respectivamente, la totalización en el marco de regímenes especiales de SS para trabajadores por cuenta propia o ajena, vinculados al desempeño de una determinada profesión.<sup>890</sup> En ambas

---

<sup>889</sup> De acuerdo con el punto primero de la Decisión N° 136 de 1-7-1987 *“relativa a la interpretación de los apartados 1 a 3 del artículo 45 del Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, relativos al cómputo de los períodos de seguro cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros para la adquisición, conservación o recuperación del derecho a prestaciones.”*

disposiciones transcritas a pie de página se estipula que, en primer lugar, se procederá a la totalización en el estricto marco del régimen especial de la institución competente, es decir, computando exclusivamente dentro del mismo, los períodos foráneos cubiertos en el marco de regímenes especiales equiparables. Se trata de una disposición tuitiva o <pro-migrante>, en la medida que se presume que en el marco de dicho régimen especial el trabajador obtendrá ciertas ventajas o un tratamiento más favorable al resultante del reconocimiento de una prestación de vejez en el seno de un régimen general. Sin embargo, no puede descartarse que en el marco de algún sistema nacional el régimen especial no sea tan generoso como el general.

En segundo lugar, el artículo 45.2 y 3 establece que, si tras este proceso de totalización, el migrante no adquiriese el derecho a una pensión en el marco del régimen especial, la institución competente debe realizar una nueva totalización, esta vez, en el marco del régimen general, o en su defecto, en el régimen aplicable a los obreros o empleados.<sup>891</sup> Esta totalización subsidiaria se supedita al requisito de que el trabajador migrante interesado haya estado efectivamente afiliado, alguna vez, al mencionado régimen general o régimen aplicable a obreros o empleados. Si concurre tal premisa, la institución competente procede a esta nueva totalización computando, en la medida de

---

<sup>890</sup> “45.2.- Cuando la legislación de un Estado miembro subordine la concesión de ciertas prestaciones al requisito de que los períodos de seguro hayan sido cumplidos únicamente en una profesión sometida a algún régimen especial aplicable a trabajadores por cuenta ajena o, en su caso, en un empleo determinado, los períodos cumplidos bajo las legislaciones de otros Estados miembros sólo serán computables para la concesión de tales prestaciones en el supuesto de que hayan sido cumplidos al amparo de un régimen de igual naturaleza o, en su defecto, en la misma profesión o, dado el caso, en el mismo empleo. Si, tras haberle computado los períodos así cumplidos, el interesado no reúne las condiciones requeridas para disfrutar de tales prestaciones, dichos períodos le serán computados para la concesión de las prestaciones del régimen general o, en su defecto, del régimen aplicable a los obreros o a los empleados, según proceda a condición de que el interesado haya estado afiliado a uno u otro de dichos regímenes”

“45.3.- Cuando la legislación de un Estado miembro subordine la concesión de ciertas prestaciones al requisito de que los períodos de seguro hayan sido cumplidos únicamente en una profesión sometida a algún régimen especial aplicable a los trabajadores por cuenta propia, los períodos cumplidos en virtud de las legislaciones de otros Estados miembros sólo serán computables para la concesión de tales prestaciones en el supuesto de que hayan sido cumplidos al amparo de un régimen de igual naturaleza o, a falta de estos, en la misma profesión. En la parte B del Anexo IV se enumeran, para cada uno de los Estados miembros interesados, los regímenes aplicables a los trabajadores por cuenta propia señalados en este apartado. Si, tras haberle computado los períodos señalados en el presente apartado, 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 o, en su defecto, del régimen aplicable a los obreros o a los empleados, según proceda, a condición de que el interesado haya estado afiliado a uno u otro de dichos regímenes”.

<sup>891</sup> El artículo 45.2 señala que, en defecto de un Régimen General, habrá que realizar la totalización en el marco de un <régimen aplicable a los obreros o a los empleados> según proceda, en clara alusión a legislaciones nacionales como la francesa, escindido en lo que respecta a los trabajadores por cuenta ajena en el aplicable a los <cadre> y <non cadre>.

lo necesario, los períodos de seguro foráneos precisos para el reconocimiento de una prestación en el marco de dichos regímenes generales, con independencia del régimen profesional específico en el que tales períodos hubieran sido cubiertos. Con este segundo cómputo se trata de evitar, en definitiva, la desprotección que surgiría tras la denegación de la prestación en el régimen especial, por incumplimiento del período de carencia exigido.

Como resulta evidente, el problema de aplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 45 reside en identificar aquéllos regímenes especiales equiparables al propio, para poder proceder a la totalización. En este punto insistía la Decisión de la CASSTM N° 81 aprobada el 22-2-1973,<sup>892</sup> destinada facilitar tal asimilación de condiciones en el marco de los regímenes destinados a los trabajadores por cuenta ajena. Estableciendo que se debían totalizar, a los períodos de seguro nacionales cumplidos en el desempeño de un empleo, los cubiertos bajo esa denominación en la legislación de SS de otro Estado miembro, sin más dilación y comprobación que cuando tal empleo no estuviese definido en esa legislación foránea de SS.<sup>893</sup> Más tardíamente, la CASSTM establecería algunas pautas para identificar los regímenes especiales vinculados a una profesión por cuenta ajena o propia en sus Decisiones N° 134 y N° 136, dictadas el 1-7-1987. En la primera de ellas, dedicada a los regímenes de trabajadores por cuenta ajena, se señaló que la expresión *<regímenes correspondientes>* recogida en el artículo 45.2 aludía a *“los regímenes especiales que existen en los Estados miembros, para los trabajadores que pertenecen a una profesión análoga.”* Estableciendo la CASSTM una asimilación de condiciones específica respecto de los períodos de seguro cumplidos en determinados Estados miembros donde existen regímenes especiales asociados a la actividad minera.<sup>894</sup> Por su parte, la Decisión N° 136, respecto de los trabajadores por

---

<sup>892</sup> “...cuando el mismo empleo, en el que se han cubierto los períodos de cotización al amparo de la legislación de otro Estado miembro, recibe un trato especial en la legislación de dicho Estado y por consiguiente, está definido por dicha legislación, conviene tanto en interés del asegurado como en el de la institución que le corresponde determinar sus derechos, no prolongar su tramitación con investigaciones sobre dicho empleo”

<sup>893</sup> A modo de ejemplo en la Decisión N° 81 de 22-2-1973 señalaba que: “Considerando que, por ejemplo, cuando el trabajo en el fondo de una mina está definido por la legislación de un Estado miembro, los períodos de seguro cubiertos en ese trabajo, en virtud de dicha legislación, deberán considerarse como períodos de seguro cubiertos en un trabajo al fondo de una mina respecto a la legislación de los otros Estados miembros, y deberán totalizarse para la adquisición del derecho a las prestaciones cuya concesión esté subordinada al requisito de que los períodos de seguro hayan sido cubiertos en dicho trabajo, sin que haya que proceder a comprobaciones”.

<sup>894</sup>“1.- Los regímenes especiales de los trabajadores de las minas que existen en la República Federal de Alemania, en Bélgica, en España, en Francia, en Italia, en Luxemburgo, y en los Países Bajos, son



cuenta propia establecería taxativamente que “*un <régimen especial para los trabajadores por cuenta propia> en el sentido del apartado 3 del artículo 45 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 es el régimen al que se refiere el Anexo de la presente Decisión.*” En este caso la Decisión recoge en su Anexo algunos de los regímenes especiales vinculados al seguro específico de vejez cuya enumeración debía reflejarse, a tenor del artículo 45.3, en la parte B del Anexo IV del R. 1408.<sup>895</sup>

Por último, debe hacerse alusión al artículo 45.4 del R. 1408,<sup>896</sup> introducido por el Reglamento 1248/92 y curiosamente no citado en el artículo 15 del R. 574 y referida a la totalización en el marco de un régimen general, de los períodos completados en el régimen especial de otro Estado miembro. Del tenor confuso de esta norma se deduce que tal totalización sólo se podrá realizar si el migrante cumplió períodos de seguro en el régimen general, no siendo óbice que hayan sido totalizados en otra legislación competente en el marco de un régimen especial. El artículo 45.4 supone un cambio importante, pues defiende el cómputo concomitante de tales períodos que sostenía la CASSTM antes de la reforma operada por el R. 1248.<sup>897</sup>

En definitiva, la totalización en el marco de un régimen general de los períodos foráneos cumplidos en un régimen especial, se supedita tan solo a que el interesado hubiera estado sometido, en algún momento, a tal régimen general en cuyo marco pretende su cómputo. Cumplida tal premisa, la Institución competente puede proceder a totalizarlos con la finalidad de obtener en su seno la adquisición, conservación o recuperación de un derecho a pensión. Resultando irrelevante, que los períodos de

---

*regímenes correspondientes, tal y como se define en el apartado 2 del artículo 45 del Reglamento (CEE) n°1408/71. 2.- De ello se deduce que los períodos de seguro cubiertos al amparo de dichos regímenes especiales de trabajadores de las minas deberán computarse para su totalización, de conformidad con la primera frase del apartado 2 del artículo 45 del Reglamento (CEE) n° 1408/71, tal y como son definidas por ese régimen, sin tener en cuenta su ámbito de aplicación propio y sin verificar la identidad de la profesión en la que se han cubierto dichos períodos”.*

<sup>895</sup> En el Anexo de dicha Decisión tan sólo se mencionan a ciertos regímenes especiales de la entonces RFA y de Italia entre los que no se establece asimilación alguna. No obstante, hay que señalar que en el Anexo IV.B del R.1408, al que alude el artículo 45.3, junto a los mencionados en la Decisión se encuentra el Régimen especial español de “*reducción de la edad de jubilación de los trabajadores del mar por cuenta propia que ejerzan las actividades descritas en el Real Decreto n° 2309 de 23-6-1970*”.

<sup>896</sup> “45.4.- *Los períodos de seguro cumplidos bajo un régimen especial de un Estado miembro serán computados conforme al régimen general o, en su defecto, conforme al régimen aplicable a los obreros o a los empleados, según el caso, de otro Estado miembro para la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones, a condición de que el interesado haya estado afiliado a uno u otro de dichos regímenes, aunque dichos períodos ya se hayan computado en este último Estado conforme a un régimen señalado en el apartado 2 o en la primera frase del apartado 3*”.

seguro especiales controvertidos hayan sido totalizados en el marco de otra legislación nacional competente, bajo un régimen nacional especial.

**B).- Regímenes especiales de funcionarios: artículo 51 bis del R. 1408.**

El Reglamento 1606/98, al ampliar el ámbito objetivo del R.1408 a los regímenes especiales de funcionarios, introdujo en el marco de su capítulo III el mencionado artículo 51 bis. El apartado primero de este artículo destinado a “*personas aseguradas a un régimen especial de funcionarios*”, establece la aplicación analógica a este colectivo de los siguientes artículos del capítulo III: 44, los apartados 1, 5 y 6 del artículo 45, así como de lo contenido en los artículos 46 a 51. Esta norma interpretada, *sensu contrario*, permite afirmar que salvo los apartados 2, 3 y 4 del artículo 45 que, como se señaló, se destinaban a otros regímenes especiales, el capítulo III se aplica en su integridad a las personas aseguradas a un régimen especial de funcionarios, que cuentan con su norma específica sobre totalización.

En el apartado segundo del artículo 51 bis<sup>898</sup> se establece, de acuerdo con el Considerando octavo de la Exposición de motivos Reglamento 1606/98, y respecto de ciertas legislaciones nacionales, “... *una excepción limitada al principio general de totalización, de modo que no sea obligatorio el cómputo, al amparo de dichos regímenes, de los períodos cumplidos en un régimen especial en otro Estado miembro...*”. Esta excepción a un principio tan básico de la coordinación se justifica como sistema válido “... *para tener en cuenta la especificidad de dichos regímenes especiales de pensiones al tiempo que se mantiene el equilibrio general del sistema de coordinación...*”.

Efectivamente, tal y como se pone de relieve en los Considerandos sexto y séptimo del mencionado Reglamento 1606/98 no existen en todas las legislaciones de SS de los Estados miembros sistemas de coordinación interna entre los regímenes especiales de funcionarios y el régimen general que permita un cómputo recíproco de

---

<sup>897</sup> Véase el punto cuarto de la Decisión N° 136 de 1-7-1987 que interpretaba en ese sentido el entonces vigente artículo 45 del R. 1408.

<sup>898</sup> “*Si la legislación de un Estado miembro subordina la liquidación, el mantenimiento o la recuperación del derecho a prestaciones de un régimen especial de funcionarios a la condición de que todos los períodos de seguro se hayan cumplido dentro de uno o más regímenes especiales de funcionarios en dicho Estado miembro o sean asimilados a dicho períodos por la legislación del Estado miembro, sólo se tendrán en cuenta los períodos computables conforme a la legislación de ese Estado miembro. Si, habida cuenta de los períodos así cumplidos, el interesado no reúne las condiciones necesarias para tener derecho a tales prestaciones dichos períodos le serán computados para la concesión de las prestaciones del régimen general, o en su defecto, del régimen aplicable a los trabajadores manuales o a los empleados, según proceda*”.

cotizaciones. Existiendo regímenes especiales de funcionarios en ciertos Estados miembros, como Francia o Alemania, que poseen un limitado ámbito de aplicación y otorgan generosas prestaciones a cambio del cumplimiento de largos períodos de servicio. En este contexto parecería que el legislador comunitario pretendiese preservar el equilibrio financiero de tales regímenes especiales evitando que, vía totalización, los funcionarios de determinados países que ejercieron su derecho a la libre circulación se beneficien de las generosas prestaciones que dichos regímenes conceden.

Se trata en cualquier caso de una medida muy discutible, desde el punto de vista del principio de la igualdad de trato por razón de la nacionalidad, pues perjudica claramente al funcionario migrante frente al sedentario en el marco de algunos sistemas nacionales. Por otro lado, al resultar de aplicación tan sólo respecto de ciertos Estados miembros recuerda en buena medida al régimen ad-hoc comunitario vigente antes de la STJCE Pinna I (41/84) respecto de las prestaciones familiares en el sistema francés de SS. Normativa comunitaria que fue declarada discriminatoria y desapareció absorbida por el principio general de exportación de prestaciones. En este sentido, la única justificación que parece avalar esta diferencia de trato, respecto de los sujetos incluidos en estos regímenes especiales es su propio equilibrio económico. Sin embargo, como es sabido, este tipo de argumentos no suelen contar con el beneplácito del TJCE, salvo que se demuestre que afecta a la misma viabilidad del sistema nacional de SS.

El propio artículo 51 bis trata de atemperar los efectos negativos que de esta excepción al principio de totalización se derivan, cuando constata que con los períodos cumplidos en el marco del régimen especial nacional, el funcionario adolece de cobertura. Con este fin tuitivo, el mencionado artículo establece “... *la exigencia de su cómputo por el régimen general del primer Estado miembro*”, debiéndose totalizar tales períodos en ese otro ámbito exento de los privilegios del régimen especial. En este caso, a diferencia de lo establecido en los apartados 2º y 3º del artículo 45, el cómputo de los períodos de seguro cumplidos en el régimen especial de funcionarios, se totalizarán en el marco del régimen general de esa misma legislación “... *aun cuando el interesado no haya cumplido un período en dicho régimen.*”<sup>899</sup>

**VI-2-1-3.- Totalización de períodos cubiertos en una legislación excluida del ámbito de aplicación objetivo del R.1408.**

---

<sup>899</sup> Considerando octavo de la Exposición de motivos del Reglamento 1606/98

Como es sabido, a priori, tan sólo pueden totalizarse los períodos de seguro cumplidos en el seno de las legislaciones nacionales incluidas en el ámbito de aplicación objetivo de la norma de coordinación. No obstante, el artículo 15.2 del R. 574/72 permite el cómputo de períodos cumplidos en regímenes no coordinados cuando en el ámbito nacional, mediante sistemas de cómputo recíproco de cotizaciones, se les considere asimilados a normas nacionales incluidas en el ámbito objetivo del R. 1408:

*“Los períodos de seguro o de residencia que hayan sido cubiertos bajo la legislación de un Estado miembro no incluida en el campo de aplicación del Reglamento, pero que hayan de ser computados en virtud de otra legislación del mismo Estado miembro incluida en el campo de aplicación del Reglamento, serán considerados como períodos de seguro o de residencia computables a efectos de la totalización”.*

La disposición transcrita permite el cómputo de estos períodos excluidos a priori, cuando gracias a la coordinación existente <ad-intra> el legislador nacional pueda certificar su existencia asimilada a los períodos computables comunitariamente. Hay que señalar, que la ampliación paulatina del ámbito de aplicación material de la norma de coordinación ha reducido la importancia de esta norma, que, sin embargo, debía poseer cierta virtualidad cuando estaban excluidos de la coordinación los regímenes aplicables a los trabajadores autónomos, los regímenes especiales de funcionarios, o los aplicables a los estudiantes.<sup>900</sup>

#### **VI-2-1-4.- Totalización de períodos de seguro extracomunitarios.**

En principio, no existe ninguna norma en el Reglamento 574/72 que se refiera específicamente a los períodos de seguro cumplidos en un tercer Estado, pues se considera que sólo se habrán de computar los cumplidos en el marco de las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Sin embargo, algunas dudas se planteaban cuando el Estado miembro competente, que está realizando la totalización, mantiene una relación convencional bilateral que le obliga a computar períodos extracomunitarios, que no se sabe si han de repercutir en el reconocimiento y cálculo de prestaciones en el marco comunitario. La STJCE de 5-7-1988 sobre el Asunto Borowitz (21/87), en el supuesto descrito, consideró que debía procederse a la totalización de períodos de seguro extracomunitarios:

---

<sup>900</sup> Esta norma responde a la lógica establecida por el TJCE en algunas sentencias muy tempranas que permitían la inclusión en el R. 1408 de los trabajadores autónomos cuando era posible en el marco de las normas nacionales de SS competentes asimilarlos a los trabajadores por cuenta ajena. Véase, en este

El R.1408 no se opone a que la “... *legislación alemana en materia de SS, asimile a las cotizaciones obligatorias satisfechas con arreglo a la legislación alemana así como a la afiliación al seguro de pensión alemán, no sólo las cotizaciones obligatorias satisfechas en otros Estados miembros, sino también las cotizaciones obligatorias y la afiliación a en un tercer Estado (en el caso presente Polonia) con el cual la República Federal de Alemania ha celebrado un Convenio relativo a la equiparación de los períodos de seguro*”.

Sin embargo, como confirmó la mencionada sentencia, la obligación de totalizar tales períodos extracomunitarios sólo atañe a la institución competente del Estado miembro vinculado a un tercer Estado mediante un Convenio internacional.<sup>901</sup> En este contexto conviene recordar que desde la STJCE de 15-1-02 sobre el Asunto Gottardo (C-55/00), ya comentada en este trabajo, debe entenderse que los acuerdos bilaterales de SS, firmados entre un Estado miembro y un tercer Estado, benefician a cualquier trabajador migrante, con independencia de que su nacionalidad no coincida con la del Estado miembro signatario.<sup>902</sup>

#### **VI-2-1-5.- Conversión de períodos.**

El apartado tercero del artículo 15 del R.574 se consagra al establecimiento de mecanismos de equivalencia o conversión de los períodos de seguro nacionales permitiendo que, a pesar de estar expresados en unidades diferentes, puedan ser totalizados correctamente. El artículo 15.3 con el fin de realizar las conversiones pertinentes distingue entre tres posibles tipos de regímenes aplicables a los trabajadores por cuenta ajena, en función de que consideren que una semana equivale al cumplimiento de cinco, seis o siete días de cotización. Debiéndose hacer dos

---

sentido, por ejemplo, el punto cuarto del sumario de la STJCE de 19-12-1968 sobre el Asunto de Cicco (19/68), relativa a los artesanos italianos incluidos en el régimen general de ese Estado miembro.

<sup>901</sup> En Alemania no pueden acreditarse como propios los períodos polacos, obligando a que sean totalizados por los restantes Estados miembros involucrados en el proceso de liquidación de una pensión de vejez contributiva. En otras palabras “... *los períodos cubiertos bajo la legislación de un tercer país no equivalen- por el solo hecho de su cómputo por la institución alemana con arreglo a un acuerdo bilateral celebrado por la RFA- a períodos <cubiertos bajo las legislaciones de los Estados miembros> en el sentido del artículo 46 del Reglamento. En consecuencia, ninguna disposición obliga a las instituciones de los otros Estados miembros a tener en cuenta tales períodos a los efectos de sus cálculos con arreglo al artículo 46, y al cómputo de dichos períodos por la institución alemana, no lleva consigo, por tanto, mayores obligaciones para las instituciones de los otros Estados miembros*”.

<sup>902</sup> En la STJCE citada se señaló que “*las autoridades de SS competentes de un primer Estado miembro deben, con arreglo a las obligaciones comunitarias que les incumben en virtud del artículo 39 CE, computar a efectos del derecho a prestaciones de vejez los períodos de seguro cubiertos en un país tercero por un nacional de un segundo Estado miembro cuando, en las mismas condiciones de cotización, dichas autoridades competentes reconocen, de conformidad con un convenio internacional bilateral celebrado entre el primer Estado miembro y el país tercero, el cómputo de dichos períodos*”.

puntualizaciones, en primer lugar, que este último régimen fue añadido en consideración al sistema español y, en segundo lugar, que el legislador comunitario enmarca a los trabajadores por cuenta propia en el primer régimen. El legislador comunitario establece en cada caso una serie de equivalencias en el marco de los regímenes mencionados, de manera que la institución nacional que realiza la totalización pueda encontrar una unidad homogénea de cómputo.<sup>903</sup> Respecto del momento en que se ha de realizar tal conversión, de acuerdo con la Decisión de la CASSTM N° 137 de 15 de diciembre de 1988, hay que señalar que:

*“1.- La conversión prevista en el apartado 3 del artículo 15 del Reglamento (CEE) 574/72 deberá realizarse tomando como base el período de seguro tal como hubiera sido comunicado por la institución del Estado miembro con arreglo a cuya legislación haya sido cubierto.*

*2.- Ello implica que la conversión se efectuará: .- bien una sola vez para todos los períodos, si éstos han sido comunicados globalmente, o.- bien año por año, si los períodos han sido comunicados de esta manera.”*

Debe recordarse que, junto a las normas comunitarias sobre conversión de períodos, habrá que considerar la aplicación de cualquier disposición nacional que incida más favorablemente sobre esta materia. En otras palabras, que si existiese en el marco de una legislación nacional normas que, desde el punto de vista de su cómputo interno, favorecen al interesado redondeando cantidades a la hora de considerar los períodos de seguro, tales normas nacionales serán aplicables a los trabajadores migrantes, extrapolando su contenido a la conversión de períodos foráneos en el marco de la totalización.<sup>904</sup>

---

*cubiertos por sus propios nacionales.”* Más ampliamente véase el epígrafe III-2-1 del primer capítulo de este trabajo

<sup>903</sup> Así, a modo de ejemplo de tan prolija norma hay que señalar que respecto a un régimen de 7 días por semana a tenor del artículo 15.3.c) se pueden establecer las siguientes equivalencias, un día equivaldrá a seis horas, siete días a una semana, treinta días a un mes, tres meses o trece semanas o noventa días a un trimestre. Los puntos v) y vi) de la letra c) del apartado 3º del artículo 15 establecen dos normas adicionales: *“para convertir las semanas en meses y a la inversa, se convertirán las semanas y los meses en días”* y *“la aplicación de las normas precedentes no podrá dar lugar, en ningún caso, a que se compute, por el conjunto de los períodos de seguro cubiertos en el transcurso de un año civil, un total de más de trescientos sesenta días, o de cincuenta y dos semanas, o de doce meses, o de cuatro trimestres”*. En cualquier caso si los períodos se expresan en meses, *“...los días que correspondan a una fracción de mes, conforme a las normas de conversión enunciadas en el presente apartado, se considerarán como un mes entero”*. Sucede, no obstante, que las mencionadas equivalencias sólo se tendrán en cuenta para la totalización establecida en el artículo 45.1, pues a efectos del cálculo de las pensiones ex artículo 46.2. del R.1408 los días españoles de cotización son reales

<sup>904</sup> Resulta interesante la STJCE de 30-10-1975 sobre el asunto Galati (33/75) que prohíbe una aplicación de las normas nacionales de cómputo, discriminatoria por razón de la nacionalidad. Señalando que si según la legislación alemana un período de seguro inferior a un mes debe considerarse un mes completo, para la institución competente alemana cuando totalice *“un período de seguro cumplido según la*

**VI-2-2.- Período de carencia específico: artículo 15.1.f) del R. 574 y artículo 9 bis del R. 1408.**

Los sistemas de SS de Estados miembros, pueden supeditar el reconocimiento de una pensión de vejez contributiva, al cumplimiento de un período de carencia específico. Se entiende que concurre este requisito en una norma nacional, entre los configuradores del hecho causante, cuando el período de seguro exigido debe situarse en el marco de un lapso temporal concreto o período de referencia.<sup>905</sup> El artículo 15.1.f) del R. 574 y el artículo 9 bis del R.1408, cuyo contenido se analiza a continuación, se destinan a facilitar específicamente el cumplimiento de este requisito a los trabajadores migrantes. Obviamente, desde un punto de vista general, todas las normas sobre totalización mencionadas en el epígrafe anterior resultarán también aplicables.

**VI-2-2-1.- Art. 15.1.f) del R. 574/72.**

El R. 574 fue modificado con la incorporación de España a la Comunidad Europea añadiéndose la letra f) al apartado primero del artículo 15, disposición que aborda el problema de los períodos de carencia específicos. En palabras del propio legislador comunitario, este artículo se dirige a aquellos supuestos cuando “... *según la legislación de un Estado miembro, ciertos períodos de seguro o de residencia sólo sean computados si han sido cubiertos dentro de un plazo determinado...*” En estos casos artículo 15.1.f) establece que la institución competente, que aplique una legislación nacional donde exista este tipo de requisitos, tiene dos opciones.<sup>906</sup> La primera, reflejada en el inciso i), permite a dicha institución, sin modificar el período de referencia, asimilar los períodos cumplidos en otro Estado miembro durante el mismo, computándolos como si fueran propios. La segunda opción, contemplada en el inciso ii), permite a la institución competente prolongar el período de referencia considerando el

---

*legislación de otro Estado miembro que, tras la conversión en meses para la totalización, arroje un resultado de decimales, debe igualmente ser redondeado a la unidad superior, en términos de meses, y ello con la finalidad de evitar que la emigración haga perder a los trabajadores por cuenta ajena los derechos adquiridos en su país de origen”.*

<sup>905</sup> MISSOC *Social protection...(situation on 1 January 2000)* op. cit.p.306 y ss. para el reconocimiento de pensiones de vejez contributivas se exigen períodos de carencia específicos en las legislaciones nacionales de SS de Dinamarca, España, Irlanda, Noruega, Austria.

<sup>906</sup> “i) sólo computará los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro, si han sido cubiertos dentro del plazo en cuestión, o ii) prolongará dicho plazo en un lapso de tiempo igual a los períodos de seguro o de residencia total o parcialmente cubiertos, dentro del repetido plazo, bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, siempre que se trate de períodos de seguro o de residencia que den únicamente lugar, según la legislación del segundo Estado miembro, a la suspensión del plazo dentro del cual han de ser cubiertos los períodos de seguro o de residencia.”

tiempo en que se cubrieron ciertos períodos de seguro o residencia en otro Estado miembro. Períodos que, a tenor de la legislación bajo la que fueron cubiertos, sólo han de dar lugar a la suspensión del plazo de referencia dentro del cuál tuvieron lugar los mencionados períodos de seguro o de residencia. En efecto, en este segundo supuesto, a diferencia del establecido en el primer inciso i), no se produce la asimilación de los períodos <extranjeros>, sino que considerando precisamente la duración de los mismos, se amplía de forma proporcional el período de referencia.

#### **VI-2-2-2.- El Artículo 9 bis del R.1408**

El Reglamento 2332/89 de 18 de julio (DOCE 1224/1 de 2 de agosto de 1989) incluyó el artículo 9 bis en el marco del Título I del R.1408, es decir, con el carácter de disposición general y, por tanto, no asociada a ninguna de las prestaciones concretas que se desarrollan de forma específica en cada uno de los capítulos que componen el Título III del R.1408. Este artículo se refiere aquéllos supuestos en los que el migrante para acceder a la cobertura de una legislación nacional ha de cumplir un “...un período mínimo de seguro durante el período determinado anterior a que se produzca el hecho asegurado o período de referencia....” En el supuesto de que esta misma legislación nacional contemple la posibilidad de ampliar tal período de referencia cuando se perciben prestaciones en su seno o existen períodos dedicados al cuidado de los hijos en su territorio, el artículo 9. Bis establece una asimilación de condiciones.<sup>907</sup> Permitiendo que se produzca ese mismo efecto, de prolongación del período de referencia, respecto de los “...los períodos en los que se hayan concedido pensiones de invalidez o vejez, prestaciones de enfermedad, desempleo o accidentes de trabajo (exceptuando las rentas) en virtud de la legislación de otro Estado miembro, así como los períodos consagrados a la educación de los hijos en el territorio de otro Estado miembro”. En definitiva, la legislación competente tiene que prever un período de referencia ampliable que, en virtud del artículo 9 bis, se prolonga de igual manera cuando el migrante al amparo de otro sistema nacional de SS hubiese sido beneficiario de ciertas prestaciones o hubiera consagrado ciertos períodos al cuidado de los hijos en el territorio de otro Estado miembro.<sup>908</sup>

---

<sup>907</sup> El artículo 9 bis, a tenor de la STJCE de 17-9-1997 sobre el Asunto Iurlaro (C-322/95), no se podía aplicar en el marco de la legislación italiana que exigía un período de carencia específico, sin prever la ampliación del período de referencia durante la percepción de prestaciones por desempleo.

<sup>908</sup> Aunque obviamente el artículo 9 bis se aplica a todos los sistemas nacionales que tengan estas características, dicho artículo se introdujo considerando la regulación alemana de la pensión de invalidez



El TJCE ha cuestionado la excepción a las rentas por accidente de trabajo que el artículo 9 bis realiza, partiendo de la premisa que el mencionado artículo es tan sólo el reconocimiento expreso en el R. 1408 de una asimilación de condiciones que ya estaba implícitamente incluida en la normativa comunitaria de coordinación.<sup>909</sup> El derecho que esta disposición comunitaria concede no surge de una asimilación generalizada de condiciones que, como es sabido, no existe en el marco comunitario de la coordinación. Por el contrario, parte de la constatación de que, si en la aplicación de este tipo de normas nacionales no se admitiesen tales elementos foráneos, se estaría incurriendo en una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad. De manera que aunque tales disposiciones nacionales, pudieran parecer neutrales respecto de este criterio,<sup>910</sup> tendrán mayores efectos negativos sobre los trabajadores migrantes que respecto de los sedentarios, pues los primeros tienden a regresar a sus países de origen, especialmente en caso de enfermedad o de desempleo. Tales disposiciones serán indirectamente discriminatorias salvo que concurra una justificación objetiva que amparase tal resultado.<sup>911</sup> Por todos estos motivos, finalmente, el TJCE en el apartado 40 de la STJCE dictada el 18-4-02 sobre el Asunto Duchon (C-290/00) ha declarado la invalidez del artículo 9 bis en lo que atañe a la exclusión de la percepción de rentas por accidente de trabajo de la asimilación de condiciones.<sup>912</sup> En definitiva, si la legislación nacional

---

que exigía un período de carencia específico en los 5 años precedentes al hecho causante que, no obstante, se ampliaban por las causas que menciona el R. 1408. Así lo señala **BOKELOH, A.** “Pensions: viewpoint...” op. cit. P. 279.

<sup>909</sup> Véase el apartado 27 de la STJCE de 4-10-1991 sobre el Asunto Paraschi (349/87), cuyo supuesto de hecho se sitúa en un momento anterior a la introducción del artículo 9 bis del R. 1408 a pesar de ser el pronunciamiento posterior a la reforma de la norma de coordinación.

<sup>910</sup> Así se reiteró en la STJCE de 17-9-1997 sobre el asunto Iurlaro (C-322/95) donde se estableció que: “...según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 51 del Tratado CE y el Reglamento N° 1408/71 no regulan los requisitos de constitución de los períodos de seguro, por lo que corresponde a cada Estado miembro determinar los requisitos del derecho o de la obligación de afiliación a un régimen de SS, siempre que a este respecto no se efectúe discriminación ostensible o encubierta entre los nacionales de un Estado y los de los demás Estados miembros.”

<sup>911</sup> En la STJCE de 4-10-91 sobre el Asunto Paraschi (C-349/87) se señaló que “El apartado 2 del artículo 48 y el artículo 51 del Tratado CE (...) se oponen a que esta normativa que, en determinadas circunstancias permite la prórroga del período de referencia, no prevea la posibilidad de prórroga cuando los hechos o circunstancias que corresponden a los que permiten su obtención tienen lugar en otro Estado miembro, ya que, al no hacerlo, esa legislación, aunque formalmente aplicable a todos los trabajadores comunitarios, puede tener un efecto adverso mucho mayor sobre los trabajadores migrantes, los cuales, especialmente en caso de enfermedad o desempleo, suelen regresar a sus países de origen, y puede disuadirles del ejercicio de su derecho a la libre circulación”.

<sup>912</sup> En palabras del Alto Tribunal: “... procede declarar la invalidez del artículo 9 bis del R. 1408, en la medida en que, a efectos de prórroga del período de referencia previsto en la legislación de un Estado

admite que el período de referencia se amplíe durante la percepción de cualquier tipo de prestación, las recibidas en el marco de otro Estado miembro deben asimilarse a las nacionales y producir el mismo efecto.

### VI-3.- ACREDITACION DE LA EDAD LEGAL DE VEJEZ.

Los sistemas nacionales de SS de los Estados miembros establecen en sus legislaciones distintas edades a partir de las cuales se puede acceder al reconocimiento de una pensión de vejez.<sup>913</sup> Las diferencias se multiplican, al establecer las legislaciones nacionales de algunos Estados miembros distintas edades de jubilación dependiendo del sexo del solicitante. Como es sabido, esta diferencia de trato por razón de sexo cuando afecta a los regímenes legales de vejez no es contraria al Derecho comunitario,<sup>914</sup> siendo sólo discriminatoria respecto de las pensiones complementarias de vejez.<sup>915</sup>

---

*miembro excluye expresamente la posibilidad de tener en cuenta los períodos durante los cuales se hayan abonado rentas por accidente de trabajo en virtud de la legislación de otro Estado miembro.”*

<sup>913</sup> De acuerdo con los estudios consultados, no siempre coincidentes, **MISSOC** *Social protection...(situation on 1 January 2000)* op. cit.p.310 y ss **COMISION EUROPEA. Sus derechos de seguridad.** Op. cit. P. 38 y ss. Y **PIETERS, Danny** *Social Security Law...*op. cit. Dejando al margen la posibilidad de posponer la jubilación o los múltiples supuestos legales de jubilación anticipada, se puede afirmar, *grosso modo*, que la edad legal de jubilación en los 18 Estados sujetos a coordinación es la siguiente: La edad legal de vejez más común es la de 65 años, establecidos en: Alemania, España, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Finlandia y Suecia. Por encima de 65 años, se exigen en Dinamarca, Noruega e Islandia 67 años y en Irlanda 66. Por debajo de 65 años, se establece una edad de jubilación de 60 años en Francia y en Italia se puede optar, cumpliendo ciertas condiciones, por jubilarse entre los 57 a los 65 años de edad. Respecto de los Estados que establecen edades diferentes para hombres (H) y mujeres (M) las edades que estipulan son las siguientes: Bélgica: 65 (H) y 62 (M), esta sumida en un período transitorio que culmina en el 2009 con la edad común de 65 años para ambos sexos; Grecia, Reino Unido y Austria: 65 (H) y 60 (M), aunque en Grecia las personas aseguradas a partir del 1-1-1993 sólo se podrán jubilar a partir de 65 y en el Reino Unido comenzará en el 2010 un periodo transitorio que culminará en el año 2020 con una edad común de 65 años. Por último, en Liechtenstein dependiendo de la fecha de nacimiento de 62 a 64 (H) y de 60 a 64 (M).

<sup>914</sup> Véase el epígrafe II.1 in fine del capítulo primero de este trabajo, donde se señalaba que tal distinción no constituía una discriminación por razón de sexo porque la Directiva 79/7 excluye en el artículo 7.1.a) de su ámbito objetivo de aplicación los regímenes legales de jubilación. El TJCE se ha pronunciado sobre el alcance necesariamente restringido de esta excepción, entre otras muchas, en la STJCE de 22-10-1998 sobre el Asunto *Wolfs* (C-154/96), donde se señala que si una legislación nacional suprime la diferencia entre sexos respecto de la edad de legal de jubilación, no es posible ya invocar en su marco el artículo 7.1.a) para justificar el mantenimiento de una diferencia en el modo de cálculo de las pensiones relacionada con dicha diferencia en la edad de jubilación. La aprobación de la Directiva N° 2000/78 no supuso ningún cambio sobre la situación descrita convalidándola indirectamente en su artículo 3.3 tal y como puso de manifiesto **GONZALEZ ORTEGA, Santiago**. “La discriminación...” op. cit. p. 113 y ss..

<sup>915</sup> Véase en este sentido, por todas, la STJCE de 17-5-1990 sobre el Asunto *Barber* (C-262/88) cuya consecuencia económica fue tan relevante que generó que en el Protocolo n° 2 Anexo al Tratado de Maastricht se estableciera expresamente una limitación temporal de sus efectos para períodos anteriores a los que fue dictada. Se trata de una “*decisión sin fundamento jurídico ni lógico, pero que demuestra que, cuando intereses financieros importantes están en juego, todo es posible, hasta la modificación del Tratado*”. **CHASSARD, Yves**. “La construction européenne et la protection sociale á la veille de l’elargissement de l’Union”. *Droit Social*. N° 3 Mars 1999.p. 271.

En la norma comunitaria de coordinación no existe ninguna disposición que neutralice los efectos negativos que tales diferencias producen en la cobertura del migrante. En efecto, a causa de las divergencias existentes en las legislaciones nacionales sobre esta materia, en ocasiones, no es posible el reconocimiento y cálculo concomitante de las pensiones de vejez contributivas adeudadas en el marco de las legislaciones de los distintos Estados miembros competentes. La liquidación diferida de pensiones que propicia como única solución el R. 1408 no resulta excesivamente tuitiva, considerándose que en el intervalo entre las distintas liquidaciones pueden producirse situaciones de desprotección del trabajador migrante. Efectivamente, éste deberá esperar al cumplimiento de la edad legal de vejez en alguno de los Estados miembros donde estuvo afiliado como trabajador, para acceder a la protección completa que le correspondería, debiéndose conformar en el interín con una cobertura insuficiente.<sup>916</sup> En el marco del artículo 49 del R.1408 que regula la liquidación diferida, el migrante pudo obtener inicialmente la adquisición de una pensión de escasa cuantía, en todo caso acorde a los períodos de cotización cumplidos y considerando la lógica y las limitaciones que la coordinación impone. La protección deficiente que durante ese período intermedio sufre el migrante podría suavizarse, en ciertas ocasiones, mediante el reconocimiento de pensiones de prejubilación, sin embargo, en la actualidad esta contingencia no está incluida en el ámbito objetivo del R.1408; aunque, como es sabido, <la Propuesta> plantea su inclusión. Por los motivos expuestos y para una correcta cobertura del migrante que no ha de sufrir perjuicios en sus derechos de SS por el ejercicio de la libre circulación, sería conveniente una armonización de las diferentes edades de jubilación, o al menos un propósito, a medio plazo, de convergencia de los sistemas nacionales hacia una edad de vejez común.<sup>917</sup>

---

<sup>916</sup> Como señala **BOKELOH, A.** "Pensions. Viewpoint..." op. cit. p.294, un trabajador migrante que ha trabajado en Dinamarca y en Francia recibirá de ambos Estados miembros sendas pensiones parciales, en el primero a partir de los 67 años y en el segundo desde los 60 años. Si el último Estado donde hubiera trabajado fuera Francia se jubilaría allí percibiendo una pensión parcial que no se incrementará hasta que siete años después cumpla el requisito de edad impuesto por el legislador danés.

<sup>917</sup> Véase **OJEDA AVILES, A.** *Las pensiones de invalidez* ...op. cit. p. 96. Véase también la Recomendación de 10-12-1982 que trata de establecer una postura comunitaria sobre la edad de jubilación, basada en la jubilación voluntaria. En este sentido proponiendo la armonización de la edad de jubilación en 65 años para ambos sexos véase **ROSSI, Francesco Paolo.** *I diritti della famiglia europea*

#### VI-4.- CESE TOTAL O PARCIAL DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL.

El cese en el trabajo, como requisito para la obtención de una pensión de jubilación contributiva no es común en las legislaciones de SS de los Estados miembros; de hecho, como requisito configurador del hecho causante tan sólo concurre, de una forma taxativa, en el marco del sistema español de SS. Sistema que, a la luz de la Ley 35/2002 de 12 de julio (BOE núm 167 de 13-7-02), tiende a alinearse con el resto de legislaciones comunitarias donde existe una compatibilidad más o menos flexible, incluso total, de la percepción de una pensión de jubilación y el desempeño de una actividad profesional retribuida.<sup>918</sup> Los sistemas nacionales han ido asumiendo el contenido del punto I.5.d) de la Recomendación de 27 de julio de 1992, 92/442 CEE (DOCE L 245/49 de 26 de agosto de 1992) sobre convergencia de objetivos en las políticas de protección social, donde se señala que:

*“teniendo en cuenta las particularidades nacionales en materia de desempleo y las situaciones demográficas, esforzarse en suprimir los obstáculos a la actividad de las personas que hayan alcanzado la edad mínima de apertura de los derechos a la pensión de jubilación”.*<sup>919</sup>

El R. 1408, al igual que la mayoría de las normas nacionales de SS que coordinan, no contienen ninguna disposición que prohíba expresamente el cúmulo de una pensión de vejez contributiva con el desempeño de una actividad profesional. Como se señaló, el artículo 12.3 del R. 1408 tan sólo alude a la posibilidad de aplicar sobre pensiones comunitarias de invalidez o anticipadas de vejez las normas nacionales que

---

*nell'ordinamento comunitario di sicurezza sociale.* Franco Angeli. Collanadi Diritto e Societa. Milano. 1996. P. 129

<sup>918</sup> Véase **MISSOC** *Social protection...(situation on 1 january 2000)* op. cit.p. 354-57. **CHEVALIER, Bernard.** “Le problème du cumul emploi-retraite.Bref aperçu des situations étrangères” *Journal Officiel de la Republique Française: Avis et Rapports du Conseil Economique et Social.* Paris. 1991/Nº 26 (24 Dec.) p. 28 y ss. Este autor estudia en los distintos sistemas europeos, distinguiendo entre sistemas bismarckianos y beveridgianos, las normas que afectan a la compatibilidad de la percepción de una pensión de jubilación con el desempeño de una actividad por cuenta ajena. En el marco de los primeros el sistema alemán es muy flexible autorizando su compatibilidad, mientras que en Bélgica y en Italia tan sólo se permite en el caso de que el solicitante demuestre un nivel de recursos muy débil. La regulación es mas homogénea en los sistemas universalistas propios de los Países Bajos, Dinamarca o Reino Unido, donde el cúmulo es libre aunque esté conectado al nivel de recursos, produciendo, en ocasiones, una reducción proporcional de la pensión de base o de la pensión complementaria.

<sup>919</sup> Sin embargo, hay que señalar que si el objetivo de esta permisividad a la hora de compatibilizar las pensiones con estos ingresos respondía a un intento de evitar el abandono prematuro de la actividad profesional, se puede afirmar que tales políticas han fracasado al existir una verdadera expulsión del mercado de trabajo de estos colectivos. En efecto, estudios realizados sobre esta materia confirmaron la tendencia progresiva al abandono, vía prejubilaciones o despidos, la mencionada actividad profesional en torno a los 55 años en un momento previo a alcanzar siquiera la edad mínima de jubilación. **CHASSARD, Yves.** “Emploi après cinquante-cinq ans et retraite: quelques leçons d’une observations a l’étranger”. *Droit Social.* Nº 12/Décembre 2000. P. 1125.

prohiban su acumulación con la actividad profesional, permitiéndose desde el ámbito comunitario su reducción, suspensión o supresión. La existencia de esta norma comunitaria específica en el Título I, unida al silencio del legislador comunitario en el marco del capítulo III del Título III sobre esta materia, se puede interpretar en el sentido de que respecto de otras prestaciones coordinadas, como las de vejez contributivas, no se podría aplicar la NNA que pudiera prohibir su percepción con la actividad profesional. No obstante, no puede descartarse que el legislador en el marco del capítulo III se refiera tácitamente al cúmulo de las pensiones de vejez con las rentas derivadas del desempeño de una actividad profesional, considerándolas incluidas en la expresión general <otros ingresos> a los que se refiere en el artículo 46 quater. En tal contexto normativo, tan sólo señalar que el artículo 46 bis.3.a) del R.1408, con carácter general, supedita expresamente la virtualidad de tales normas nacionales anticúmulo, NNA, sobre pensiones comunitarias de vejez contributivas a la constatación de que posean necesariamente, el ya mencionado, <carácter externo>. En otras palabras, estas normas nacionales deberían aludir expresamente al origen extranjero de las rentas profesionales con los que la pensión, en su seno reconocida, resulta total o parcialmente incompatible.<sup>920</sup>

El artículo 51 del R.574 para permitir la correcta aplicación de las NNA externas, establece medidas de cooperación interadministrativa destinadas específicamente a permitir que la institución deudora de las pensiones de vejez pueda controlar el desempeño de una actividad profesional en otro Estado miembro.<sup>921</sup> En estos casos, tal y como prescribe el apartado segundo de la mencionada disposición, el control se realizará por la institución de estancia o residencia de acuerdo con su normativa nacional, siempre a requerimiento de la institución deudora de la prestación, a la que deberá remitir un informe detallado en el caso de detectarse ejercicio de actividad profesional por el beneficiario.<sup>922</sup>

---

<sup>920</sup> A dicho requisito se debe entender, por tanto, supeditada la virtualidad de normas, como la española que prohíbe taxativamente tal concurrencia, o las establecidas en otras normas nacionales reduciendo proporcionalmente la cuantía de la pensión, cuando se supera un determinado nivel de ingresos profesionales, circunstancia que conlleva una reducción proporcional de la cuantía de la prestación. Véase *MISSOC Social protection...(situation on 1 January 2000)* op. cit.p. 354-57.

<sup>921</sup> El artículo 51.1 alude, de forma más amplia, a los perceptores de: "...prestaciones por vejez concedidas en el caso de incapacidad para el trabajo, prestaciones por vejez concedidas a desempleados ancianos, prestaciones por vejez en caso de cesación de la actividad profesional".



## VI-5.- TRANSFORMACIÓN DE LA PENSION DE INVALIDEZ EN PENSION DE VEJEZ CONTRIBUTIVA: ARTICULO 43 R. 1408.

En los sistemas nacionales de SS se suele establecer la transformación de las pensiones de invalidez en pensiones de vejez, al cumplimiento de una determinada edad. Con el fin de que este tránsito se realice de forma coordinada, pues suele afectar no sólo a su denominación sino también a la determinación de su cuantía, se estableció en el R.1408 una norma ad-hoc: el artículo 43.

En el primer apartado de dicho artículo se estipula que cuando en las legislaciones nacionales se prevea la transformación de las pensiones de invalidez en pensiones de vejez, para la realización de este cambio se impone la aplicación del capítulo tercero del Título III del Reglamento.<sup>923</sup> Por su parte, el apartado segundo del artículo 43,<sup>924</sup> se refiere al supuesto en que un trabajador en el marco del artículo 49 difiera la liquidación de las prestaciones de vejez en aquéllos Estados miembros de los que percibe pensiones de invalidez, sin cumplir todavía los requisitos para el reconocimiento de una prestación de vejez en su seno. En este contexto, el beneficiario percibirá la pensión de invalidez hasta que proceda la transformación en los términos

---

<sup>922</sup>El artículo 51.2 señala que: *“Cuando se compruebe que el beneficiario de alguna de las prestaciones enumeradas en el apartado 1 ejerce una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia o cuente con recursos superiores al límite prescrito, a la vez que percibe tales prestaciones, la institución del lugar de estancia o de residencia deberá dirigir un informe a la institución deudora que haya solicitado el control. En este informe se consignarán, entre otras cosas, la naturaleza de la actividad por cuenta ajena o por cuenta propia que ejerza el interesado, la cuantía de los ingresos o recursos de que ha dispuesto el interesado, durante el último trimestre transcurrido, los ingresos normales obtenidos, en la misma región, por un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia de la categoría profesional ostentada por el interesado en la profesión que ejercía antes de su invalidez, durante un periodo de referencia que ha de fijar la institución deudora y también en su caso, el dictamen del médico especialista sobre el estado de salud del interesado.”*

<sup>923</sup> Artículo 43.1.-*“Las prestaciones de invalidez se convertirán, llegado el caso, en prestaciones de vejez, con arreglo a las condiciones establecidas por la legislación o legislaciones en virtud de las cuales hayan sido concedidas, y con arreglo a lo dispuesto en el capítulo 3.”*

<sup>924</sup> Artículo 43.2: *“Toda institución que sea deudora de prestaciones de invalidez en virtud de la legislación de cualquier Estado miembro continuará abonando al beneficiario de prestaciones de invalidez que, con arreglo al artículo 49, haya invocado las prestaciones de vejez al amparo de la legislación de uno o varios de los demás Estados miembros, aquéllas prestaciones de invalidez a las que el interesado tenga derecho en virtud de la legislación que dicha institución aplique, hasta que llegue el momento en que le corresponda aplicar lo dispuesto en el apartado 1 o, si no, mientras el interesado reúna los requisitos necesarios para percibir dichas prestaciones.”* Esta última parte responde a la modificación que operó, sobre el artículo 43.2, el Reglamento 1248/92; motivada, según el Considerando 10º de su Exposición de motivos, en la necesidad de garantizar *“...que, cuando la legislación de un Estado miembro no prevea la transformación de una prestación de invalidez en prestación de vejez, el beneficiario seguirá teniendo derecho a la prestación debida en virtud de dicha legislación siempre que siga cumpliendo los requisitos para poder beneficiarse de la misma.”*

mencionados en el apartado primero. Si la legislación nacional competente no contemplase tal transformación en pensión de vejez de la pensión de invalidez, el migrante conservará la percepción de esta segunda prestación mientras reúna los requisitos exigidos por la norma nacional.

No obstante, debe señalarse que si la pensión de invalidez, cuya percepción permite el artículo 43.2 simultanearse con las pensiones de vejez a las que pudiera tener derecho, es de tipo A y su reconocimiento se llevó a cabo en el marco del artículo 39 del capítulo II del R. 1408, debe aplicarse el artículo 43.4.<sup>925</sup> Este último apartado asume la postura jurisprudencial adoptada por el TJCE en el marco de la sentencia de 19-6-1979 sobre el Asunto Brouwer-Kaune (180/78), al constatarse que la versión entonces vigente del artículo 43 no contemplaba ciertos supuestos, resultando, en ocasiones, inaplicable.<sup>926</sup> Este apartado incidirá sobre la cuantía de la prestación de invalidez con el fin de evitar una sobreprotección del trabajador migrante, obligando a un nuevo cálculo de la pensión de invalidez controvertida, esta vez, siguiendo las pautas establecidas en el capítulo III.

Por último, hay que señalar que el Reglamento 1248/92 introdujo el actual apartado tercero del artículo 43,<sup>927</sup> donde se aprecia un claro error de redacción, al utilizar el legislador comunitario el plural para referirse a prestaciones de invalidez

---

<sup>925</sup> “43.4.- Las prestaciones de invalidez liquidadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 serán objeto de una nueva liquidación en aplicación de lo dispuesto en el capítulo 3, tan pronto como el beneficiario reúna las condiciones requeridas para tener derecho a las prestaciones de invalidez en virtud de una legislación no indicada en la parte A del Anexo IV,<sup>925</sup> o en cuanto se beneficie de las prestaciones de vejez en virtud de la legislación de otro Estado miembro ”

<sup>926</sup> Este asunto versaba sobre la transformación de la pensión de invalidez alemana, tipo B, que percibía la Sra. Brouwer-Kaune, que se produjo antes del reconocimiento de una pensión de invalidez holandesa tipo A, calculada en el marco del Capítulo II. Debido al orden cronológico en la percepción de las prestaciones, inverso al establecido en el artículo 43 esta norma no resultaba aplicable. Finalmente el TJCE consideró aplicable el capítulo III, en virtud de la remisión establecida en el artículo 40.1 del capítulo II, impidiendo a la institución holandesa aplicar su NNA sobre prestaciones de la misma naturaleza. Véase también sobre esta materia la STJCE de 15-10-1980 sobre el Asunto D’Amico (4/80) o la dictada el 2-7-1981 sobre el Asunto Celestre y acumulados (116/80 y otros).

<sup>927</sup> 43.4 “Cuando unas prestaciones de invalidez liquidadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 en virtud de la legislación de cualquier Estado miembro se conviertan en prestaciones de vejez y el interesado no reúna aún las condiciones requeridas por la legislación o legislaciones de uno o varios de los demás Estados miembros para tener derecho a dichas prestaciones, percibirá las prestaciones de invalidez concedidas por el o los citados Estados miembros a partir del día de la conversión, y liquidadas con arreglo a las disposiciones del capítulo 3, como si dicho capítulo hubiera sido aplicable en la fecha de manifestación de la incapacidad laboral seguida de invalidez, hasta el momento en que el interesado reúna las condiciones requeridas por la legislación o legislaciones nacionales afectadas para tener derecho a las prestaciones de vejez, o cuando tal conversión no esté prevista, mientras el interesado tenga derecho a prestaciones de invalidez en virtud de la legislación o legislaciones de que se trate ”.

liquidadas en el marco del artículo 39 supuesto totalmente imposible. Como es sabido, en el marco de ese artículo y del propio capítulo II rige el principio de unicidad de la ley nacional aplicable, por lo que sólo se puede reconocer una única prestación de invalidez en el marco de la norma nacional designada.

Dejando al margen tal apreciación, debe señalarse que el artículo 43.3, como confirma la propia Exposición de motivos del R. 1248, se refiere al supuesto de transformación de una pensión de invalidez tipo A en pensión de vejez, cuando en el resto de Estados competentes, necesariamente también del tipo A, salvo la excepción del artículo 40.2 del R. 1408, el beneficiario no ha cumplido la edad legal que le permite el reconocimiento de las pensiones de vejez en su seno.<sup>928</sup> En el marco del supuesto descrito el artículo 43.3 del R. 1408 prescribe que la transformación de la mencionada pensión de invalidez tipo A en vejez, supondrá la aplicación del capítulo III. Debiendo el resto de legislaciones nacionales competentes, a tenor del artículo 44, proceder, en el marco de ese mismo capítulo III, al reconocimiento de pensiones parciales de invalidez “...como si dicho capítulo hubiera sido aplicable en la fecha de manifestación de la incapacidad laboral seguida de invalidez (en lugar del capítulo II).” De manera que, en virtud del artículo 43.3, el interesado simultaneará la percepción de tales prestaciones de invalidez, con la de invalidez transformada en vejez, hasta que las primeras se vayan transformando en pensiones de vejez. En el supuesto de que alguna norma nacional no prevea dicha conversión, debe entenderse que el interesado sique percibiendo la pensión de invalidez mientras le asista tal derecho en el marco de esa normativa, a tenor del artículo 43.2 del R. 1408.

---

<sup>928</sup> Véase el Considerando 11° de la Exposición de motivos del Reglamento 1248/92 que justificaba la inclusión del apartado tercero del artículo 43 señalando que: “*La experiencia adquirida en la aplicación del artículo 43 (...) ha puesto de manifiesto la existencia de una laguna en el caso de que una prestación de invalidez liquidada con arreglo al artículo 39 de dicho Reglamento se convierta en prestación de vejez sin que el interesado satisfaga los requisitos de edad de la legislación de otro Estado miembro para tener derecho a esta prestación...*”.



## **VII.- PROCEDIMIENTO COMUNITARIO DE CALCULO DE LA PRESTACION DE VEJEZ CONTRIBUTIVA: ARTICULO 46**

### **VII-1.- INTRODUCCION. Vías de cálculo. Doble cálculo y cálculo simple.**

Para el cálculo de las pensiones de vejez reconocidas en las legislaciones nacionales, cada institución nacional de SS designada competente ha de seguir el procedimiento establecido en el artículo 46 del capítulo III del Título III del R. 1408.<sup>929</sup> Este artículo define distintos cauces procedimentales para la cuantificación de las pensiones, cuya aplicación se impone sobre el procedimiento establecido internamente en las distintas normas nacionales competentes. Al igual que toda la normativa derivada del artículo 42 TCE, el procedimiento de cálculo tratará de evitar que los trabajadores migrantes resulten perjudicados por el hecho de haber ejercido la libre circulación.<sup>930</sup> Con esta finalidad se debe conseguir que los migrantes adquieran en el marco de las legislaciones competentes, pensiones equiparables a las que perciben trabajadores sedentarios con carreras de seguro semejantes.<sup>931</sup> En este epígrafe séptimo se describen los procedimientos de cálculo que se han de seguir en el marco del R.1408 para el cálculo de las pensiones de vejez, hasta la determinación de la pensión que finalmente cobrará el migrante de forma efectiva. En el Anexo I de este trabajo se incluye un <CUADRO> que permite visualizar conjuntamente todas las posibilidades procedimentales y los pasos que las componen.

A tenor del artículo 46 del R. 1408, existen tres vías procedimentales para el cálculo de las pensiones reconocidas en las legislaciones designadas competentes, dos primeras vías que se pueden denominar de <cálculo simple> y una tercera que se ha calificado de <cálculo doble> al englobar a las dos anteriores. La primera vía es aquella que se desarrolla en el exclusivo marco de la legislación nacional competente, esto es, sin incidencia del Derecho comunitario. La segunda vía, por su parte, supone que la

---

<sup>929</sup> Así lo corroboraba, entre otras muchas, la STJCE de 16-5-1979 sobre el Asunto Mura (236/1978).

<sup>930</sup> Como se reconoce en el sumario de la STJCE de 7-3-1991 sobre el Asunto Masgio (C-10/90) el R. 1408, especialmente su artículo 3, así como los actuales artículos 39 y 42 TCE deben interpretarse en el sentido de que prohíben que un trabajador migrante beneficiario de una pensión de jubilación reciba en el marco de su cálculo "... un trato menos favorable que un trabajador que, sin haber hecho uso del derecho a la libre circulación, sea beneficiario de ambas prestaciones en virtud de la legislación de un mismo Estado miembro. Esa desigualdad de trato no puede justificarse por las dificultades prácticas que puedan encontrar las instituciones de SS a la hora de calcular el derecho a prestaciones."

<sup>931</sup> Véase en este sentido, el apartado 13 de la STJCE de 6-6-1990 sobre el asunto Spits (C-342/88) o el apartado 24 de la STJCE de 9-8-1994 sobre el Asunto Reichling (C-406/93) donde se señala que tanto el artículo 42 TCE como el R.1408 suponen "...que los trabajadores migrantes no deben perder los

institución competente calculará la pensión de vejez aplicando el procedimiento de cálculo comunitario establecido en el artículo 46.2 del R. 1408. Junto a ellas, existe la tercera vía o <doble cálculo> que obliga a la institución competente a aplicar las dos vías simples anteriormente mencionadas y comparar las pensiones resultantes, como señala el artículo 46.3 del R. 1408, con el objeto de otorgar finalmente al migrante aquélla pensión que resulte de cuantía más elevada.<sup>932</sup>

Las instituciones competentes aplicarán alternativamente una de las tres vías de cálculo mencionadas, siempre en función del tipo de pensión de vejez reconocida en el seno de su legislación nacional. En efecto, en el seno de una legislación nacional se pudo reconocer, por un lado, una <pensiones de vejez nacional autónoma>, esto es, adquirida sin recurrir a la ayuda del R. 1408.<sup>933</sup> Por otro lado, se pudo reconocer el derecho a una <pensiones de vejez comunitaria>, término un tanto equívoco que designa a aquella pensión reconocida, como no podía ser de otra forma, en el marco de la legislación nacional pero gracias a las asimilaciones de condiciones establecidas en el artículo 45 del R. 1408.<sup>934</sup>

*Grosso modo*, antes de realizar un análisis más detallado, se puede afirmar que la tercera vía o doble cálculo, establecido por el artículo 46.1.a) del R. 1408,<sup>935</sup> es el

---

*derechos a las prestaciones de SS ni sufrir una reducción de su cuantía por haber ejercido el derecho a la libre circulación que les reconoce el Tratado.*”

<sup>932</sup> “46.3.- El interesado tendrá derecho a percibir de la institución competente de cada Estado miembro afectado la prestación más elevada, determinada de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 1 y 2...”

<sup>933</sup> De acuerdo con el primer apartado de la STJCE de 6-4-1995 sobre el asunto Del Grosso (C-325/93): “de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las sentencias de 17 de diciembre de 1987, Collini 323/86, Rec p. 5489 apartados 10 y 15 y de 11 de junio de 1992, di Crescenzo y Casagrande, asuntos acumulados C 90/91 y C 91/91 Rec. P. I-3851 apartado 20) se desprende que por <prestación autónoma> hay que entender una prestación calculada de conformidad con el apartado 1 del artículo 46, es decir, cuyo montante corresponde a la duración total de los periodos de seguro o de residencia que han de computarse con arreglo a la legislación del Estado miembro de la institución competente, sin computar los periodos cubiertos según las legislaciones de otros Estados miembros a los que el interesado haya estado sujeto.”

<sup>934</sup> El artículo 46.2 las describe como aquéllas prestaciones para cuyo reconocimiento “sea preciso recurrir a lo dispuesto en el artículo 45 y/o en el apartado 3 del artículo 40 para satisfacer los requisitos exigidos por la legislación de un Estado miembro con el fin de tener derecho a las prestaciones....” Este último artículo ubicado en el capítulo II del R. 1408 establece la totalización para el reconocimiento de las pensiones de invalidez.

<sup>935</sup> “46.1.- Cuando se reúnan las condiciones requeridas por la legislación de un Estado miembro para tener derecho a las prestaciones sin que sea preciso recurrir a lo dispuesto en el artículo 45 ni en el apartado 3 del artículo 40, se aplicarán las reglas siguientes.

- a) La institución competente calculará la cuantía de la prestación que será debida:
  - i) por una parte, en virtud únicamente de las disposiciones de la legislación que aplique.
  - ii) Por otra, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2.”

procedimiento habitual para cuantificar las <pensiones nacionales autónomas> reconocidas en el marco de las legislaciones competentes. A tenor del artículo 46.1.b) del R. 1408, si alguno de esos Estados miembros está mencionado en el Anexo IV.C del mismo Reglamento debe calcular la <pensión nacional autónoma> concedida en su seno mediante la primera vía de cálculo simple. En efecto, estos Estados miembros la calcularán exclusivamente en el marco exclusivo de su legislación nacional quedando eximidos de realizar el doble cálculo. Por último, la segunda vía de cálculo simple, esto es, la que sigue exclusivamente el procedimiento comunitario establecido en el artículo 46.2 del R. 1408, se utiliza para calcular las <pensiones de vejez comunitarias>.

Ampliando el esquema básico descrito en el párrafo anterior, hay que señalar en primer lugar, que el procedimiento de <doble cálculo> se ha de emplear también para la liquidación de las prestaciones de vejez en el marco del artículo 49.1.b).ii). Artículo que, como se recordará, se refiere al supuesto en que el migrante sólo cumple los requisitos de una legislación competente donde adquirió una pensión autónoma de vejez, esto es, reconocida sin totalizar los períodos de seguro de las legislaciones competentes cuya aplicación se ha diferido por no cumplir los requisitos en ellas establecidos. La obligación de aplicar, en este caso, el <doble cálculo> surge a partir de la modificación de ese artículo por el Reglamento N° 3096/95, donde originariamente tan sólo se señalaba que “... *la cuantía de la prestación debida será calculada, de conformidad con el inciso i) de la letra a) del apartado 1 del artículo 46*”, es decir, en el marco exclusivo del Derecho nacional donde se reconoció la pensión. Sin embargo, tras la modificación se añadiría que no se tendrían en cuenta los períodos foráneos salvo que su cómputo permitiese “*de acuerdo con el inciso ii) de la letra a) del apartado 1 del artículo 46, la determinación de una cuantía de prestación más elevada*”. En otras palabras, ha de calcular también la pensión por la segunda vía establecida en el artículo 46.2, computando los períodos de seguro cumplidos en las restantes legislaciones competentes, cuya aplicación fue diferida, para constatar que la pensión resultante no es superior a la calculada en el marco del exclusivo Derecho nacional o primera vía.<sup>936</sup>

Respecto de la primera vía de cálculo simple, esto es, la que se realiza en el marco exclusivo de la legislación nacional en cuyo marco se reconoció tal derecho, se

debe considerar una opción que brinda el artículo 46.1.b)<sup>937</sup> a algunos Estados miembros para exceptuar el doble cálculo impuesto, por regla general, para cuantificar <pensiones nacionales autónomas>. Esta excepción se sustenta en la certeza de que las pensiones calculadas siguiendo el procedimiento establecido en las legislaciones nacionales mencionadas en el Anexo IV.C del R. 1408, esto es, Dinamarca, Irlanda, Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia y Francia,<sup>938</sup> tendrán una cuantía igual o superior a las pensiones derivadas de aplicar el procedimiento del artículo 46.2 del R. 1408. Motivo por el que se puede renunciar a la compleja determinación de su cuantía mediante la segunda vía, pues ya se sabe de antemano que el resultado de la comparación con la que culmina el doble cálculo será siempre favorable a la pensión calculada en el marco del Derecho nacional; siendo ésta última, por tanto, la única pensión que debe ser calculada.

Tal certeza surge de las características del sistema de cálculo de los Estados miembros mencionados en el Anexo, que se considera absolutamente proporcional a los períodos de seguro cumplidos por el migrante, de manera que el resultado, como se pondrá de manifiesto, será equivalente al de aplicar en el marco del artículo 46.2 la técnica de prorrata temporis sobre la denominada cuantía teórica. La posibilidad de renunciar al doble cálculo que establece el artículo 46.1.b) se supedita, asimismo, al requisito de que las legislaciones citadas en el Anexo IV.C del R. 1408 no posean

---

<sup>936</sup> Véase la STJCE de 17-12-1998 sobre el Asunto Lustig (C-244/97), donde se señala que el artículo 49.1.b)ii), impone “...a la institución competente que, no obstante, tenga en cuenta, conforme al artículo 46 del mismo Reglamento, los períodos cubiertos bajo esta (segunda) legislación cuando, de este modo, se le pueda conceder una pensión de vejez superior hasta el momento en que también se reúnan los requisitos de ésta”.

<sup>937</sup> 46.1.b) “la institución competente podrá renunciar al cálculo que habrá de ser efectuado de acuerdo con lo dispuesto en el inciso ii) de la letra a), si el resultado de éste es idéntico o inferior al del cálculo efectuado con arreglo a lo dispuesto en el inciso i) de la letra a), haciendo abstracción de las diferencias debidas a la utilización de números redondos siempre y cuando dicha institución no aplique una legislación que contenga cláusulas de acumulación como las señaladas en los artículos 46 ter y 46 quater, o si la legislación las incluye en el caso señalado en el artículo 46 quater, a condición de que establezca que el cómputo de las prestaciones de naturaleza distinta se efectuará sólo proporcionalmente a la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con su legislación, y a la duración de los períodos de seguro y de residencia exigidos por dicha legislación para tener derecho a una prestación completa.”

<sup>938</sup> Francia se ha incorporado recientemente al Anexo mencionado a partir de la aprobación del Reglamento (CE) N° 1306/01 de 5-6-01, debiéndose calcular en el estricto marco del Derecho francés las pensiones de vejez dimanantes de los regímenes complementarios AGIRC y ARRCO recientemente incorporados al ámbito objetivo del Capítulo 3 del Título III del R.1408. Como se señalaba en la justificación de la propuesta de modificación del Reglamento N° 1306/01, al calcular la cuantía de estas prestaciones “... el cálculo de la pensión nacional y el cálculo de la pensión proporcional ( en referencia particular a lo establecido en el punto 5 de la rúbrica <E: Francia> del Anexo IV del Reglamento (CEE) n° 1408/71) llevan a idéntico resultado”

normas nacionales anticúmulo. En efecto, no deben tener NNA, que afecten a la concurrencia de prestaciones de la misma naturaleza o de naturaleza distinta, cuya aplicación, como se verá, se regula respectivamente en los artículos 46 ter y quater.<sup>939</sup> No obstante, a tenor del artículo 46.1.b) in fine, podrán existir NNA que incidan sobre la pensión de vejez objeto de cálculo cuando ésta se acumule con prestaciones de naturaleza distinta. Exigiéndose en ese supuesto que tales NNA se apliquen de manera proporcional a los períodos de seguro cumplidos en el marco de esa misma legislación. Entre las legislaciones nacionales mencionadas tan sólo Dinamarca posee una NNA como la descrita, destinada a reducir la pensión danesa de vejez cuando se acumule con pensiones de distinta naturaleza u otros ingresos. La reducción que establece dicha normativa es siempre proporcional a los períodos de seguro cumplidos en el marco del sistema danés. En otras palabras, utiliza el mismo porcentaje que se emplearía para calcular la prorrata temporis en el marco del procedimiento de cálculo establecido en el artículo 46.2 del R. 1408, dando de nuevo lugar a un resultado igual o superior al obtenido en el marco de esta segunda vía de cálculo.<sup>940</sup>

Por último, debe aludirse a la segunda vía de cálculo simple, esto es, el procedimiento regulado en el artículo 46.2 del R. 1408 para cuantificar las pensiones comunitarias, o reconocidas gracias a la norma de coordinación. Este procedimiento se compone de dos pasos básicos, en primer lugar, a tenor de la letra a) del artículo 46.2, se ha de proceder al cálculo de la que se denomina <cuantía teórica>, equivalente a la pensión que obtendría el migrante si hubiera realizado toda su carrera de seguro comunitaria en el marco de la legislación competente. De acuerdo con la letra b) del artículo 46.2 del R. 1408, sobre esta cuantía teórica, calculada de acuerdo con la legislación nacional competente pero tras totalizar la carrera de seguro comunitaria del migrante, se aplica la técnica <prorrata temporis>. Siempre con el objeto de obtener una

---

<sup>939</sup> Así se reconoce en el Documento COM (89) 370/final donde la Comisión analiza y hace observaciones sobre los artículos que componen la propuesta de modificación del R. 1408 que finalmente se convertiría en el Reglamento nº 1248/92 y que introdujo el Anexo IV.C.

<sup>940</sup> La pensión de vejez danesa se calcula en función de la duración de los períodos de residencia cubiertos en Dinamarca, adquiriéndose una prestación completa cuando una persona ha residido allí durante 40 años entre los 15 y 67 años de edad; los períodos de residencia menores sólo dan derecho a una pensión social concediéndose 1/40 de pensión por año trabajado. Esta misma fracción se emplea para la aplicación de la norma nacional anticúmulo danesa cuando se acumule con prestaciones de distinta naturaleza. De manera que sí *“por ejemplo, una persona ha adquirido el derecho a una pensión que representa 3/40 partes de la pensión completa, la parte de los ingresos del beneficiario distintos de la pensión, para la reducción, sólo podrá tenerse en cuenta en 3/40 partes”*. Véase Documento COM (89) 370/final p. 29.

pensión proporcional al tiempo de aseguramiento efectivo en el marco del sistema de SS que reconoció la pensión y cuyo cálculo se está realizando.

En el marco comunitario no existe ninguna norma anticúmulo que afecte a las pensiones surgidas en las diferentes instituciones competentes, sin embargo, es posible que una institución pretenda suprimir, suspender o reducir la pensión que está calculando, en virtud de una NNA, considerando su concurrencia con otras prestaciones o con otros ingresos. Así puede suceder en el marco de la primera vía de cálculo simple, pues la aplicación de la legislación nacional deberá contemplarse en su integridad, incluyendo tales NNA que incidan sobre la pensión inicialmente resultante. Las NNA también podrán aplicarse en el marco de la segunda vía de cálculo simple, es decir, en el marco del procedimiento descrito en el artículo 46.2, cuando así lo permitan los artículos 46 bis, ter y quater del R. 1408 que, como se pondrá de manifiesto en su epígrafe correspondiente, establecen los límites para la aplicación coordinada de las NNA. Por último, en el marco del doble cálculo se deberán comparar las pensiones calculadas por ambas vías para, finalmente, otorgar la más elevada; comparación que, a tenor del artículo 46.3 del R. 1408, se realizará tras la aplicación de las NNA mencionadas que pudieran existir en la legislación nacional competente.<sup>941</sup>

El trabajador migrante no siempre percibe las pensiones calculadas por las distintas vías descritas en el R. 1408. En ocasiones, alguna institución competente deberá realizar una comparación ulterior de la pensión resultante con la derivada de aplicar otra norma internacional convencional de la que es parte signataria el Estado miembro cuya legislación aplica. En estos casos la institución competente debe aplicar el principio de norma más favorable a los intereses del trabajador migrante, comparando los resultados de la aplicación del R. 1408 con estas normas internacionales. Como es sabido, esta obligación de realizar tal comparación concurre, por un lado, por imperativo expreso del artículo 46.4 del R. 1408 respecto de ciertos convenios internacionales; debiéndose, por otro lado, realizar por imperativo de cierta jurisprudencia comunitaria. Comparándose en este segundo supuesto la pensión surgida de la norma comunitaria con la pensión resultante de la aplicación de ciertos convenios

---

<sup>941</sup> Esta obligación de aplicación previa a la comparación de las NNA ya fue mantenida por el TJCE muy tempranamente en sentencias como la dictada el 13-10-77 donde se señalaba que *“en la medida en que el trabajador percibe una pensión en aplicación, únicamente, de la legislación nacional, las disposiciones del R. 1408 no impiden a la que la legislación nacional le sea aplicada íntegramente incluidas las NNA, teniendo en cuenta que, si la aplicación de esta legislación nacional resulta menos favorable que la aplicación de las normas de totalización y prorratea, éstas deben aplicarse en virtud del 46.1.”*

bilaterales firmados entre Estados miembros, que parecían, a priori, sustituidos por la normativa comunitaria.<sup>942</sup>

Por último, conviene destacar que existen otras disposiciones del R. 1408 que inciden sobre la cuantía de la pensión que finalmente va a percibir el trabajador migrante y que también deben ser consideradas. Se está haciendo referencia, en primer lugar, al artículo 50 que impone el reconocimiento de un complemento por mínimos por parte del Estado de residencia que adeuda una pensión de vejez contributiva calculada en el marco del capítulo III. En segundo lugar, siempre dentro de los límites establecidos por el artículo 51 del R. 1408 no debe olvidarse que, en ocasiones y por diversos motivos, las instituciones competentes pueden modificar la cuantía inicialmente fijada, no sólo revalorizándola, sino también realizando un nuevo cálculo de la propia pensión.

## **VII-2.- EL PROCEDIMIENTO DE CALCULO DESCRITO EN EL ARTICULO 46.2 DEL R. 1408**

El objeto de este epígrafe es desglosar el procedimiento de cálculo regulado en el artículo 46.2 el cuál, como se señaló, se compone de dos pasos básicos: el primero, consistente en calcular la cuantía teórica, definida en el artículo 46.2.a), y para cuya determinación deberá aplicarse tanto el artículo 47 como ciertas normas del Anexo VI del propio R. 1408. El segundo paso consiste en prorratear tal cuantía teórica, siguiendo las directrices establecidas por el propio artículo 46.2.b) del R. 1408.

A tenor del artículo 46.2.a),<sup>943</sup> la cuantía teórica equivaldrá a la pensión que lograría el interesado si toda la carrera de seguro la hubiera realizado en el marco de la legislación nacional de la institución competente que la está calculando. El mencionado artículo añade in fine que: *“cuando con arreglo a dicha legislación la cuantía de la prestación sea independiente de la duración de períodos cumplidos, dicha cuantía será considerada como la cuantía teórica objeto de la presente letra.”* Esta última frase está destinada tanto a las pensiones de vejez no contributivas como a las pensiones de

---

<sup>942</sup> Véase el epígrafe III-2-1 del primer capítulo de este trabajo.

<sup>943</sup> *“La institución competente calculará la cuantía teórica de la prestación que el interesado podría obtener en el supuesto de que todos los períodos de seguro y/o residencia cumplidos de acuerdo con las diversas legislaciones de los Estados miembros a que haya estado sometido el trabajador (...) hubieran sido cumplidos en el Estado miembro en que radique la institución de que se trate y de acuerdo con la legislación que ésta aplique en la fecha en que se liquide la prestación”.*

invalidez tipo A, cuya cuantía no varía en función de los períodos de seguro cumplidos. En ambos casos, la cuantía teórica coincidirá con la pensión calculada de forma autónoma en el marco exclusivo de la legislación nacional que la reconoció.

La institución competente para calcular la cuantía teórica recurrirá a la técnica de la totalización, computando en el marco de su legislación toda la carrera de seguro del migrante con “... *la finalidad de garantizar al trabajador la cuantía máxima a la que tendría derecho si todos los períodos de seguro hubieran sido cubiertos en el Estado miembro de que se trata*”.<sup>944</sup> Debe recordarse que la cuantía teórica no es la pensión efectiva o real que percibirá el trabajador migrante, sino tan sólo una primera cantidad que se irá modulando en los siguientes pasos del procedimiento de cálculo.<sup>945</sup> En primer lugar, de acuerdo con el artículo 46.2.b), sobre la cuantía teórica se aplica *pro rata temporis* cuyo objetivo será limitar los efectos cuantitativos de la totalización previa, a la que su cálculo está vinculada necesariamente. Como señala el legislador comunitario, la prorrata pretende poner en relación: “... *la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante y de acuerdo con la legislación que ésta aplica (...) con la duración total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados*”.<sup>946</sup> La prorrata siempre precedida de la totalización produce una adecuación del monto de la cuantía teórica respecto de los períodos de seguro o residencia efectivamente cubiertos bajo la legislación que reconoció el derecho. Cada institución competente se hace cargo de un porcentaje de la cuantía teórica calculada en el marco de su propia legislación, esto es, calcula una pensión parcial o proporcional al tiempo cotizado en su propio sistema.<sup>947</sup>

---

<sup>944</sup> STJCE, Menzies de 26-6-1980 (793/79) apartado noveno, reiterado en la STJCE Naranjo Arjona de 17-6-1997 (31/96, 32/96 y 33/96).

<sup>945</sup> **CUZZOCREA, Leonardo.** “Le Regole comunitarie per la determinazione dei diritti a pensione”. *Affari sociali internazionali*. 1995/Nº 3. P. 139. La denomina la <*pensione “virtuale”*>.

<sup>946</sup> Es decir, sí “... *usted ha estado asegurado durante 10 años en el Estado miembro A, durante 25 años en el Estado miembro B, y durante 5 años en el Estado miembro C. Esto significa que ha estado asegurado durante 40 años en total antes de alcanzar la edad de jubilación. El Estado miembro A calculará el importe de la pensión a la que tendría usted derecho después de 40 años de cotización en ese Estado. Entonces pagará e importe proporcional correspondiente a sus períodos de cotización efectivos, es decir, 10/40 (o 1/4) de ese importe. De forma similar el Estado miembro B le pagará 25/40 o (5/8) del importe al que tendría usted derecho en ese Estado después de 40 años de cotización. Finalmente, el Estado miembro C le pagará 5/50 (o 1/8) del importe...*” **COMISION EUROPEA.** *Sus derechos de SS cuando se desplaza en la Unión Europea*. Comunidades Europeas. 1997. P.16

<sup>947</sup> La prorrata temporis “...*pretende exclusivamente repartir la carga de la prestación entre las instituciones de los Estados Miembros implicados en función de la duración de los períodos de seguro*



Generándose de esta forma un reparto, entre todas las legislaciones nacionales competentes, de la importante carga financiera que supone el pago de una pensión de vejez.<sup>948</sup> El abono de pensiones parciales que propicia la prorrata temporis puede considerarse que previene el cúmulo abusivo de prestaciones que, sin duda, se produciría si todas las instituciones competentes reconociesen, finalmente, una pensión de monto equivalente a la cuantía teórica que fue calculada mediante totalización.

A continuación se analizan algunas normas específicas establecidas en la norma de coordinación para el cálculo de la cuantía teórica y el cómputo de períodos en el marco de la prorrata temporis.

#### **VII-2-1.- Cálculo de la cuantía teórica**

En los epígrafes siguientes se analiza las disposiciones establecidas en el R. 1408 respecto del cálculo de la cuantía teórica y su incidencia sobre la legislación nacional competente cuyas prescripciones se están aplicando. En primer lugar, a tenor del artículo 46.2.a), la institución competente ha de totalizar los períodos foráneos sumándolos a los propios, debiéndose identificar los que deben ser computados. En segundo lugar, el artículo 47.1.a) establece un límite a la mencionada totalización, cuyos efectos beneficiosos sobre la pensión a percibir por el migrante se pondrán de manifiesto, básicamente, al calcular prorrata temporis de la cuantía teórica. En tercer lugar, de acuerdo con reciente jurisprudencia del TJCE, se estudia la posibilidad de que exista una cuantía teórica mínima cuando se aplique la legislación nacional competente para su cálculo. Por último, se estudian las disposiciones comunitarias que ayudan a identificar, en el marco de las legislaciones nacionales competentes del cálculo de las pensiones de vejez, los parámetros de cálculo de la cuantía teórica. El legislador comunitario interviene considerando que tales parámetros pueden no existir, o no en cuantía suficiente, en los períodos de referencia establecidos en las normas nacionales para su cómputo, pues el migrante en tales períodos pudo estar sometido a la legislación de SS de otro Estado miembro.

---

*cumplidos en cada uno de dichos Estados miembros antes de la materialización del riesgo.*" Véase el Fallo de la STJCE de 26-6-1980 sobre el Asunto Menzies (793/79)

<sup>948</sup> Considerando como un todo la vida de seguro del trabajador migrante la pensión comunitaria prorrateada que reconozca cada país es una pensión parcial que abarca una parte de esa vida activa, la suma de estas pensiones parciales dará lugar a la prestación real que reciba. El coste de las pensiones o

### VII-2-1-1.- Períodos computables en el marco del artículo 46.2.a)

A tenor del artículo 46.2.a) la institución competente para el cálculo de la cuantía teórica en el marco de su legislación nacional debe totalizar, esto es, computar todos los períodos de seguro o residencia cumplidos en las diversas legislaciones a las que haya estado sometido el migrante. Períodos cuya definición se encuentra en las letras r), s) y s bis) del artículo 1.1 del R.1408 que, como es sabido, remiten a su vez a las normas nacionales donde se reconocieron. Los períodos reales a los ficticios o asimilados a los anteriores serán equivalentes, a efectos de la totalización, cuando así lo disponga la legislación nacional que los acredita. En efecto, las disposiciones citadas reenvían a la legislación nacional de SS competente donde se reconocen tales períodos, definiéndose y delimitándose su propio alcance. La totalización como toda asimilación de condiciones llevada a cabo por las instituciones competentes supone la aceptación de la certificación sobre períodos cumplidos en su seno realizada por los otros Estados miembros involucrados en el cálculo. Debiendo cada institución competente computar para el cálculo de la cuantía teórica,<sup>949</sup> en el marco de su legislación nacional, todos los períodos foráneos acreditados, con independencia de su carácter real o ficticio.<sup>950</sup> De manera que si no se computaran los períodos ficticios, como ha confirmado el TJCE, se estaría discriminando a los trabajadores migrantes respecto de los sedentarios, pues se privaría a los primeros de las ventajas que brinda la legislación nacional competente, sin que existiese una justificación objetiva que avale este trato desigual.<sup>951</sup>

---

prestaciones de largo plazo impide la integración de la vida de seguro bajo un único sistema que se haga cargo de la pensión resultante. Sobre este tema **PENNINGS, Frans. Introduction...** op.cit. p.147 y ss

<sup>949</sup> Véase la STJCE de 26-6-1980 sobre el asunto *Menzies* (193/1979) donde, se señala que: “...si con el fin de evaluar la prestación que se concede en caso de invalidez prematura o muerte del asegurado la legislación de un Estado miembro estipula que la prestación debe calcularse en relación no sólo con los períodos de seguro cumplidos por el asegurado, sino también en relación con un período complementario equivalente al intervalo de tiempo transcurrido entre la edad del asegurado en el momento de materializarse el riesgo y la fecha en que este cumplió 55 años de edad; ese período complementario también debe ser tenido en cuenta en el cálculo de la cuantía teórica a la que hace referencia la letra a) del apartado 2 del artículo 46...”

<sup>950</sup> En este sentido STJCE de 15-12-1993 sobre Asuntos *Acumulados Fabrizii* y otros (C-113/92, C-114/92 y C-156/92) que se refiere a los períodos de servicio militar asimilados en el marco de la legislación italiana a períodos de seguro y que deben ser totalizados por la institución competente belga, a tenor del artículo 46.2, a pesar de que en esa legislación no exista tal asimilación.

<sup>951</sup> Tal conclusión fue ratificada en el apartado 56 de la STJCE de 18-2-1992 sobre el Asunto *Di Prinzio* (C5-91) donde se señala que: “Conviene subrayar, por otra parte, que, en lo que se refiere a la utilización de períodos ficticios para el cálculo de la cuantía teórica de la prestación, según el tenor de la letra a) del apartado 2 del artículo 46, la institución competente aplicará la legislación de su Estado en su totalidad de manera que, si ésta dispone que debe calcularse la prestación en función no sólo de los períodos efectivos o asimilados, sino también de un determinado número de años complementarios

También han de computarse, a tenor del artículo 48.2 del R. 1408, como sucedía para el propio reconocimiento del derecho, aquellos períodos de seguro inferiores a un año cubiertos por el trabajador en la legislación de otro Estado miembro, la cuál estaba exenta exenta del reconocimiento de una pensión de vejez vía totalización. De acuerdo con el TJCE, las instituciones competentes que totalizan tales períodos para calcular la cuantía teórica en el marco de su legislación nacional, no tienen “*derecho a exigir al trabajador el pago de las cotizaciones correspondientes a los períodos de seguro previstos en el artículo 48 del Reglamento y cubiertos bajo la legislación de otros Estados Miembros, ni la transferencia de cotizaciones correspondientes a estos períodos que pudieron pagarse en estos Estados miembros*”.<sup>952</sup> La totalización de un período foráneo inferior al año debe realizarse por el resto de legislaciones competentes incluso en el supuesto en que el interesado tuviera simultáneamente derecho a una pensión de vejez autónoma en el marco de la legislación donde cumplió tan exiguo período de cotización.

Debe recordarse que en el marco del artículo 49.1.b).i) se deben totalizar los períodos cumplidas en aquéllas legislaciones nacionales cuya aplicación se encuentra diferida a la espera del cumplimiento de los requisitos en ellas exigidos para el reconocimiento del derecho. Como se recordará, esta norma obliga a comprobar si gracias a la totalización no surge una pensión de cuantía más elevada a la derivada del cálculo en el estricto marco del derecho nacional.

Respecto a la totalización de períodos superpuestos, para evitar reiteraciones innecesarias, hay que remitirse a lo establecido en el epígrafe VI-2-1 de este mismo capítulo que se refiere a esta materia en el marco del reconocimiento previo del propio derecho a la pensión. En cuanto a la aplicación del artículo 15 del R. 574 relativo al cómputo de períodos superpuestos, conviene destacar que, aunque esta disposición no alude expresamente a la totalización del artículo 46.2 del R. 1408, sus normas generales sobre totalización resultan aplicables por remisión expresa realizada desde el artículo 47.1.b) del R. 1408. Remisión que corrobora el propio artículo 46 del R.574, donde se señala que: “*Para calcular tanto la cuantía teórica como el importe efectivo de la prestación con arreglo a lo dispuesto en las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 46*

---

*ficticios, este período complementario también debe ser tenido en cuenta para el cálculo de la cuantía teórica de la prestación”.*

<sup>952</sup> STJCE de 18-2-1982 sobre el Asunto Vermaut (55/81)

*del Reglamento, se aplicarán las reglas establecidas en las letras b), c) y d) del apartado 1 del artículo 15 del Reglamento de aplicación.*”<sup>953</sup>

#### **VII-2-1-2.- La cuantía teórica máxima: límite a la totalización, el artículo 47.1 a).**

El artículo 47.1.a)<sup>954</sup> del R. 1408 establece un límite a la totalización de períodos que se contempla en el artículo 46.2, pues sólo se debe computar los períodos precisos para obtener en el marco de la legislación competente lo que el legislador comunitario denomina una <pensión completa>. Efectivamente, la totalización deja de tener sentido cuando la agregación de períodos no mejora la cuantía teórica, al haberse alcanzado ya la pensión completa o máxima en el marco de la legislación competente.<sup>955</sup> La suma de períodos, una vez conseguida ésta pensión completa, ni siquiera resulta neutra, pues puede tener efectos perniciosos en la cobertura del migrante al reducir el porcentaje de prorrata temporis que se aplica sobre la cuantía teórica.<sup>956</sup> El cómputo de estos períodos, que no incrementan la cuantía teórica, produce, no obstante, un aumento del denominador de la fracción que conforma la prorrata temporis. Resulta evidente que esta reducción del porcentaje que se aplica sobre la cuantía teórica va en detrimento de los intereses del trabajador migrante. Sin embargo, gracias al límite establecido en el 47.1.a) *“el numerador para el cálculo de la prorrata es la duración de los períodos efectivamente cumplidos en el territorio considerado; el denominador es la duración*

---

<sup>953</sup> Sobre la aplicación específica de las prescripciones del artículo 15 del R.574 al cálculo de pensiones de vejez, véase, entre otras, la STJCE de 9-12-1993 sobre los Asuntos acumulados Lepore y Nicolantino (C-45/92 y C-46/92). Nótese que no se hace referencia a los apartados 2 y 3 de este artículo 15, de manera que respecto de la totalización de los períodos de seguro españoles para el cálculo de la cuantía teórica, éstos se computan como días reales sin proceder a la conversión establecida en el artículo 15.3 del R.574.

<sup>954</sup> *“si la duración total de los periodos de seguro y de residencia cumplidos antes del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados es superior a la duración máxima exigida por la legislación de uno de esos Estados para obtener una prestación completa, la institución competente de este Estado tomará en consideración dicha duración máxima en vez de la duración total de dichos periodos. Este método de cálculo no podrá tener como efecto imponer a dicha institución la carga de una prestación de una cuantía superior a la de la prestación completa establecida en su legislación...”*

<sup>955</sup> Según el apartado 52 de la STJCE de 12-9-96 sobre el Asunto Lafuente Nieto (C- 251/94) el artículo 47.1.a) se introdujo para *“...responder a los problemas que pueden plantearse a la hora de calcular las pensiones de jubilación en función de la duración de los períodos de seguro cuando existe una duración máxima a partir de la cual la cuantía de la pensión ya no puede aumentar”*.

<sup>956</sup> Se trató de un elemento novedoso respecto del Reglamento Nº 3/58, incluido inicialmente en las letras b) y c) del artículo 46 del R.1408 y cuya aplicación práctica se recoge en los apartados 25-26 y 43-44 de la STJCE de 18-2-1992 sobre el Asunto Di Prinzio (C-5/91). Véase una comparativa entre los efectos en el marco del primitivo Reglamento y el vigente R. 1408 en **MOTTA, Antonio**. “Prime considerazioni sui nuovi Regolamenti C.E.E. in materia di sicurezza sociale”. L’Assistenza Sociale. Nº 5/1972.p. 23.

*máxima requerida por la legislación aplicada en vez de la duración total de los períodos cumplidos*".<sup>957</sup>

Hay que señalar que el artículo 47.1.a), tras su modificación por el Reglamento 1248/92,<sup>958</sup> excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las pensiones "*cuya cuantía no está en función de la duración de los períodos de seguro*." En otras palabras, el límite a la totalización no se aplicará a las pensiones de invalidez tipo A calculadas por remisión en el marco del capítulo III, ni respecto de las pensiones no contributivas de vejez comunes. Debiéndose, por tanto, computar en ambos supuestos toda la carrera de seguro comunitaria desarrollada por el migrante, como confirmaría el TJCE.<sup>959</sup> Efectivamente, resulta disfuncional establecer un límite a la totalización respecto de prestaciones cuya cuantía teórica coincide con la pensión calculada en el estricto marco nacional, al ser su monto independiente de la carrera de seguro desarrollada.

No obstante, la exclusión de este tipo de prestaciones del ámbito de aplicación del artículo 47.1.a) del R. 1408 fue criticada al considerarse contraria a la finalidad tuitiva de la normativa de coordinación la repercusión peyorativa que tenía sobre la prorrata temporis que se hubiera realizado una totalización completa.<sup>960</sup> Sin embargo, esta crítica no resulta aceptable, pues es imposible fijar un límite a la totalización en el marco de pensiones con cuantía independiente del período de cotización cumplido. No parece aceptable que se pretenda aplicar tal límite, apelando a la expresión "*en la*

---

<sup>957</sup> Por todos, **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. *SS....op. cit.* p. 502. Así, por ejemplo, si el interesado hubiera cubierto 30 años de seguro en el Estado <X> y 10 años de períodos de seguro en el Estado <Y>, si tuviera derecho en el marco de las legislaciones de ambos Estados a pensiones de vejez, llegado el momento de calcular la cuantía teórica se aplica el límite del artículo 47.1.a). Si no existiera este límite cada país calculará su cuantía teórica por el total de los períodos, siendo el porcentaje de prorrata aplicable en X: 30/40 y en Y: 10/40. Sin embargo, si se aplicase tal límite y en el Estado X la pensión completa se adquiriese con 35 años de cotización, en el marco de esa legislación sólo se ha de totalizar hasta esa cantidad, aplicándose un porcentaje mayor de prorrata el 30/35

<sup>958</sup> El artículo 46.2. c) en la versión previa a la reforma acometida por el Reglamento 1248/92 contenía las mismas previsiones que el actual artículo 47.1.a), aunque en este último artículo se añadió <in fine> esta importante referencia: "*... esta disposición no será válida para las prestaciones cuya cuantía no está en función con la duración de los períodos de seguro*".

<sup>959</sup> Véase la STJCE de 12-9-1996 sobre el Asunto Lafuente Nieto (C-251/96) donde el TJCE consideró que el Derecho comunitario no se opone a que se totalice la carrera de seguro completa del migrante cuando se calculen pensiones tipo A "*en el marco de un régimen como el previsto por la legislación española y según el cual la cuantía de las prestaciones es independiente de la duración de los períodos de seguro*."

<sup>960</sup> Véase **ROJAS, Manuel**. "Duda hispano-comunitaria aclarada que precisa clarificación. Estudio de la Sentencia Lafuente Nieto, de 12 de septiembre de 1996 /TJCE 1996, 150), C-251/1994, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre la base reguladora y el prorrateo de las pensiones españolas

*medida de lo necesario,*” que se recoge en el artículo 45.1 respecto de la totalización destinada a lograr el período de carencia exigible para el reconocimiento del propio derecho.<sup>961</sup> El legislador comunitario distingue netamente las normas aplicables al reconocimiento de aquéllas destinadas al cálculo de las mismas, no siendo posible su utilización con una finalidad distinta para la que fueron concebidas.

Tampoco se puede afirmar que la totalización completa para el cálculo de la cuantía teórica de pensiones tipo A tenga necesariamente efectos peyorativos para el migrante o se pueda calificar de discriminatoria por razón de la nacionalidad. Efectivamente, en el marco del doble cálculo, si el trabajador migrante tiene reconocido el derecho a una pensión nacional autónoma tipo A, siempre percibirá la pensión completa. Efectivamente, se optará por la pensión calculada por aplicación exclusiva del procedimiento establecido en el Derecho nacional, que siempre será de mayor cuantía que la calculada en el marco del artículo 46.2, al ser, necesariamente, un porcentaje o prorrata temporis de la anterior. De manera, que sólo percibirá la cuantía teórica prorrateada como pensión efectiva cuando haya adquirido ese derecho vía comunitaria, gracias a la totalización. En este contexto la aplicación de la prorrata temporis no debe entenderse discriminatoria, sino una consecuencia de la ruptura del principio de unicidad de ley aplicable y la percepción en el marco del capítulo III de otras pensiones parciales abonables por el resto de las instituciones nacionales competentes.

#### **VI-2-1-4.- La cuantía teórica mínima**

De acuerdo con el artículo 47.1.a) la cuantía teórica máxima es la pensión completa que el migrante puede obtener en el marco de una legislación competente, considerando, en la medida de lo necesario, los períodos de seguro o residencia cumplidos en otros Estados miembros. En buena lógica, la cuantía teórica también debería tener un límite mínimo, si en el marco de la legislación nacional que la calcula se estableciese que las pensiones de vejez contributiva reconocidas en su seno, no pudiesen tener un monto inferior a una determinada cantidad intangible. No obstante, el

---

de los trabajadores migrantes. Nuevas sentencias españolas después del 12 de septiembre de 1996”. Aranzadi Social. Junio 1997/Nº 5. P. 44 y ss, especialmente, P. 53.

<sup>961</sup> **ROJAS, Manuel.** “Duda hispano-comunitaria...” op.cit. p. 47. Donde señala que el artículo 45.1 del R. 1408 y la totalización, en la medida de lo necesario, en él establecida, suponen la aplicación del que denomina <prorratao relativo> y que: “...la totalización de los períodos de seguro y su consecuencia el prorratao sólo pueden aplicarse en tanto sean necesarios para adquirir el derecho a una pensión y para determinar su cálculo.”. Se trata de una interpretación tan errónea como beneficiosa para el migrante, considerando, como es sabido, que en el marco de estas legislaciones tipo A se exigen escasos períodos de carencia o incluso se obvia este requisito centrando sus exigencias en el alta en el momento de producirse el hecho causante.

legislador comunitario no alude expresamente a la posibilidad de que se consideren las pensiones mínimas nacionales para el cálculo de la cuantía teórica. Efectivamente, tan solo se refiere a las pensiones mínimas nacionales en el marco del artículo 50 del R. 1408. Artículo que, como se pondrá de manifiesto, obliga al Estado donde reside el migrante y que le adeuda una pensión, a reconocer a su favor un complemento cuando se constate que la suma de las pensiones, calculadas en el marco del capítulo III por las distintas instituciones competentes, no alcanza el mínimo establecido en su propia legislación.<sup>962</sup>

No obstante este silencio del legislador comunitario, se podría entender que la existencia de un monto mínimo de la cuantía teórica, vinculado a la existencia de una pensión mínima, está tácitamente reconocido en el R. 1408. Efectivamente, tal pensión mínima forma parte del Derecho nacional aplicable para el cálculo de la cuantía teórica que se ha de realizar mediante su aplicación integra. De manera que si una legislación nacional establece un mínimo cuantitativo respecto de sus pensiones de vejez contributivas, parece evidente que la <cuantía teórica> no podrá situarse por debajo de tal cantidad. Esta pensión mínima deberá repercutir favorablemente tanto sobre los migrantes como los sedentarios, sin que se puedan adoptar en el marco de las legislaciones nacionales disposiciones “...que tengan por objeto modificar el cálculo de la cuantía teórica de modo que dicha cuantía sea inferior a la que se derivaría de las disposiciones generales de la normativa nacional”.<sup>963</sup>

La STJCE de 24-9-98 sobre el Asunto Stinco (C-132/96)<sup>964</sup> se ha manifestado en un sentido favorable al incremento de la cuantía teórica hasta un mínimo coincidente

---

<sup>962</sup> No se puede considerar que la cuantía teórica equivalga a una pensión mínima nacional, pues no representa un importe garantizado como esta última, sino tan sólo un paso más en un procedimiento de cálculo al que sigue la prorrata temporis. Véase, en tal sentido, la STJCE de 30-11-1977 sobre el Asunto Torri (64/77) donde para la aplicación del artículo 50 del R. 1408, ante la inexistencia de pensión mínima en la legislación nacional belga, se rechaza utilizar como tal la cuantía teórica utilizada por la institución competente belga para calcular la pensión comunitaria reconocida en su seno.

<sup>963</sup> Apartados 12 y 13 de la STJCE de 23-9-1982 sobre el Asunto Besem (274/81) donde se discutía si era acorde al Derecho una normativa holandesa de SS destinada al cálculo de las pensiones de invalidez reconocidas en el marco del R. 1408 mediante totalización de períodos de seguro foráneos. Se trataba de una normativa ad-hoc distinta de la de cálculo común destinada a los sedentarios cuyas pensiones se calculaban de forma independiente de los períodos de seguro cumplidos, considerando únicamente el grado de incapacidad laboral y los ingresos hipotéticos, que hubiera percibido el beneficiario si hubiera estado en activo. Sin embargo, la disposición nacional controvertida se consideraba que tenía efectos peyorativos sobre los intereses del migrante, al minorar la mencionada remuneración hipotética a prorrata de los períodos no asegurados. El TJCE calificó tal reducción contraria al Derecho Comunitario siendo la normativa mencionada discriminatoria por razón de la nacionalidad.

con el monto de una pensión mínima existente en la legislación nacional que realiza su cómputo. A tenor de esta STJCE en el marco de la legislación italiana, la cuantía teórica de la pensión de vejez no podía ser inferior a la pensión mínima establecida, debiéndose aplicar en tal supuesto un complemento a la cuantía teórica hasta alcanzar el monto de tal pensión, la cual resultaba aplicable cuando los ingresos del beneficiario no excediesen del doble de la cuantía anual de la pensión mínima. Esta había sido la práctica habitual de la institución competente italiana<sup>965</sup> hasta que el complemento por mínimos italiano había sido calificado como PENC e incluido en el Anexo II bis del R. 1408 con el fin de impedir su exportación. No obstante, de acuerdo con el TJCE, tal calificación no era óbice para que se configurase en el monto mínimo de la cuantía teórica, tal y como es definida en el artículo 46.2.a) del R. 1408.<sup>966</sup> En definitiva, utilizando las palabras del Alto Tribunal:

*“... para determinar la cuantía teórica de la pensión que sirve para el cálculo de la pensión prorrateada, la institución competente ha de tomar en consideración un complemento destinado a alcanzar la pensión mínima prevista por la legislación nacional”.*<sup>967</sup>

La existencia de una cuantía teórica mínima se supedita a la existencia en el marco de la legislación nacional competente que la calcula de una pensión mínima de

---

<sup>964</sup> Este Asunto versaba sobre el cálculo de la cuantía teórica de la pensión de vejez contributiva italiana adquirida por dos trabajadores migrantes, el Sr. Stinco y el Sr. Panfilio; a los cuales también se les habían reconocido sendas pensiones de vejez, respectivamente, en el marco de las legislaciones nacionales, también competentes, de Francia y Reino Unido donde residían.

<sup>965</sup> Véase en este sentido **MOTTA, Antonio**. *I diritti...* op. cit. p. 87

<sup>966</sup> Anteriormente a la STJCE Stinco y desde la calificación de la pensión mínima italiana como PENC inexportable a tenor del R. 1247/92, la doctrina italiana se había manifestado en contra de considerar tal pensión mínima al cuantificar la cuantía teórica. Véase en este sentido, **CUZZOCREA, Leonardo**. “Trattamento minimo sulle pensioni in regime internazionale e dei residenti all’estero. Inesportabilità in ambito CEE”. *Affari sociali internazionali*. 1994/Nº 4. P. 180. En sentido contrario véase el punto 44 de las Conclusiones del Abogado General sobre el Asunto Stinco que señala expresamente que: “...nada indica que las modificaciones introducidas en el Reglamento Nº 1408/71 mediante el Reglamento 1247/92 tuvieran por efecto excluir del ámbito de aplicación del artículo 46 prestaciones como el complemento de mínimos italiano”.

<sup>967</sup> Véase, en este mismo sentido, el apartado 61 de las Conclusiones del Abogado General que, sustenta su argumentación en las STJCE de 26-6-1980 sobre el asunto *Menzies* (793/79) y la dictada el 18-2-1992 sobre el asunto *Di Prinzio* (C-5/91) en las cuales se obligaba a computar al calcular la cuantía teórica los períodos ficticios reconocidos por la legislación competente. Señalándose en el apartado 55 de sus Conclusiones que “de las sentencias *Menzies* y *Di Prinzio* cabe concluir que, si un Estado miembro pretende realizar el objetivo de establecer una pensión mínima mediante la atribución de períodos de seguro ficticios con el fin de corregir la corta duración de los períodos de seguro de un solicitante, está claro que dichos períodos deben tenerse en cuenta para la determinación de la cuantía teórica. Parecería anómalo que, si otro Estado miembro pretende alcanzar ese mismo objetivo mediante un complemento de pensión, no deba incluir igualmente dicho complemento a tal efecto”.



vejez contributiva garantizada. Si una legislación nacional posee una pensión mínima, esto es, aquélla que obliga a complementar a las reconocidas en su seno hasta alcanzar su monto, debería incluirla en la declaración que, por imperativo del artículo 5 del R. 1408, realizan cada uno de los Estados miembros sobre su normativa incluida en el ámbito objetivo de la coordinación.<sup>968</sup> Declaración donde se exige expresamente la identificación de las normas nacionales que establezcan una pensión mínima aplicable en el marco del artículo 50 del R. 1408,<sup>969</sup> norma que como se verá obliga al Estado de residencia en ciertos casos a complementar la prestación que adeuda.<sup>970</sup> No obstante, como es sabido, que en una declaración nacional no se mencione la existencia de una pensión mínima no permite presumir su inexistencia, ni tan siquiera la exclusión de tales disposiciones del ámbito objetivo del R. 1408.<sup>971</sup> Efectivamente, en esos supuestos habrá que indagar si en la legislación nacional no existe realmente una pensión mínima o renta garantizada a los perceptores de pensiones de SS.<sup>972</sup> En el marco de un estudio

---

<sup>968</sup> Véase apartado séptimo de la STJCE de 30-11-1977 sobre el asunto Torri (64/77)

<sup>969</sup> Respecto de las declaraciones españolas, hay que señalar que en el apartado II de la originaria (DOCE C-107 de 22-4-1987) modificada en dos ocasiones mediante sendas declaraciones (DOCE C-304 de 21-11-1992 y la publicada en el DOCE C-321 de 27-11-1993), se recogía bajo la rúbrica <prestaciones mínimas a que se refiere el artículo 50 del Reglamento>, “ las disposiciones relativas a los complementos por importes mínimos de las pensiones”. Expresión que debía aludir necesariamente a los complementos por mínimos a las pensiones contributivas, ya que, como es sabido, en 1987 todavía no existían las prestaciones no contributivas en nuestro sistema de SS, y sólo se mencionarían en el ámbito comunitario en la declaración comunitaria de 1993 para calificarlas como PENC.

<sup>970</sup> En el apartado 9º de la STJCE Stinco, se señala que el Juez de remisión había inaplicado ese complemento por mínimo, no sobre la cuantía teórica, sino sobre la pensión efectivamente reconocida por el sistema italiano considerando que: “ la pensión total percibida, después de tener en cuenta las pensiones abonadas en Francia y en el Reino Unido respectivamente, era superior al nivel a partir del cual se concede el complemento previsto por la ley italiana”. Hubiera bastado con señalar que, a tenor del artículo 50 del R. 1408, Italia no era la legislación nacional competente para el abono de tal complemento porque los migrantes no residían en su territorio (véase nota a pie de página anterior).

<sup>971</sup> En efecto como señaló con base en jurisprudencia previa el TJCE en su STJCE de 20-2-1997 sobre los Asuntos Acumulados Martínez Losada y otros (C-88/95, C-102/95 y C-103-95) “...aunque la circunstancia de que una ley o normativa nacional no haya sido mencionada en las declaraciones previstas en el artículo 5 del Reglamento nº 1408/71 no permite por si sola, deducir que dicha ley o normativa no pertenece al ámbito de aplicación del Reglamento, la circunstancia de que un Estado miembro haya mencionado una ley en su declaración debe admitirse en cambio, como prueba de que las prestaciones otorgadas con arreglo a la citada ley son prestaciones de SS en el sentido del Reglamento nº 1408/71.”

<sup>972</sup> Véase la mencionada STJCE Stinco (C-132/96) o los apartados 13 y 14 de la STJCE de 17-12-1981 sobre el Asunto Browning (22/81) donde, conectando con el citado artículo 50 del R.1408, señalaba que: “... sólo hay <prestación mínima> cuando la legislación del Estado de residencia prevé una garantía específica, que tiene por objeto asegurar a los beneficiarios de prestaciones de SS una renta mínima (o ingresos mínimos <minimum income>) que excede la cuantía de la prestación que podrían solicitar, en función, únicamente de sus periodos de seguro y de sus cotizaciones”. El Abogado General señaló por su parte en sus conclusiones que, por otro lado, “la prestación mínima no tiene por qué estar necesariamente

comparativo de las 18 legislaciones nacionales de SS coordinadas realizado por la Comisión se reconoce la existencia de una pensión mínima de vejez contributiva en todos los sistemas nacionales salvo en Alemania, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Suecia y Finlandia; recogándose, respecto del sistema español las normas sobre complemento por mínimos aplicables a las pensiones contributivas de jubilación.<sup>973</sup>

#### **VI-2-1-5.- Parámetros de cálculo nacionales de la cuantía teórica.**

Tras la totalización de los períodos foráneos, cada institución competente aplica para calcular la cuantía teórica, aquellas disposiciones nacionales que regulan el cálculo de las pensiones de vejez contributivas. Los procedimientos de cálculo establecidos en las legislaciones nacionales son sumamente diferentes,<sup>974</sup> sin embargo, existen mayores similitudes en lo que se refiere a los parámetros utilizados en su marco.<sup>975</sup> En efecto, siguiendo una lógica contributiva y con el objeto de conectar la cuantía de la pensión con las ganancias previas del beneficiario estableciendo una renta de sustitución de los ingresos previos, los parámetros de cálculo serán, básicamente, dos: la cuantía de los ingresos profesionales percibidos o las cotizaciones abonadas<sup>976</sup> durante determinados lapsos de tiempo. Así, hay sistemas en los que computan tales cantidades durante toda la vida laboral del trabajador, otros permiten que sea el interesado el que seleccione ciertos años en los que estos parámetros hayan sido más elevados, por último, existen

---

*expresada en la legislación en términos de una determinada cuantía. Puede tratarse de un importe calculado aplicando una determinada fórmula”*

<sup>973</sup> Véanse los puntos 6 y 7 de la Tabla VI destinada a las pensiones de vejez contributiva, destinados, respectivamente, a la existencia de pensiones mínimas o máximas, denominadas en este trabajo <pensiones completas> *MISSOC Social protection...(situation on 1 January 2000)* op. cit.p.338-341. Respecto de España este informe aludía a la concesión a los beneficiarios de 65 años de un mínimo de 14 mensualidades por una cuantía que se incrementaba si el beneficiario poseía un cónyuge a su cargo; ambas cantidades se reducían si el beneficiario poseía menos de 65 años. La naturaleza de estas cantidades como pensiones mínimas no es clara, pues para la concesión del complemento diferencial, como es sabido, debe realizarse una valoración previa de los ingresos del beneficiario que no comprenden únicamente a la propia prestación contributiva que pudiera percibir.

<sup>974</sup> Véase una tabla comparativa de los procedimientos de cálculo de pensiones de vejez contributivas en los 18 Estados sujetos a coordinación en *MISSOC Social protection...(situation on 1 January 2000)* op. cit.p.322-325.

<sup>975</sup> Véase *MISSOC Social protection...(situation on 1 January 2000)* op. cit.p.326-329.donde se establecen los denominados <reference earnings or calculation basis> en cada uno de los 18 Estados EEE. De acuerdo con este estudio las únicas pensiones de vejez contributivas que no conectan con los ingresos profesionales previos del beneficiario son las reconocidas en el marco de las legislaciones de Dinamarca y Holanda.

<sup>976</sup> Normalmente, los ingresos profesionales no se han de considerar en su totalidad, pues se establece un tope máximo, o sólo se computa la parte del mismo, que estuvo sujeta a cotización

normas que tan sólo computan los situados en el marco de un determinado período de referencia, el cual se ubica normalmente en un período próximo al hecho causante.

Como resulta evidente en tal contexto normativo nacional el trabajador migrante puede no obtener una cobertura adecuada. Un ejemplo paradigmático sería el de aquel trabajador migrante que hubiera adquirido, vía totalización, un derecho a una pensión de jubilación contributiva en un sistema nacional al que, no obstante, únicamente hubiera estado vinculado por un período breve, aunque superior al año, en un momento próximo al comienzo de su carrera profesional y por tanto muy alejado a aquél en el que se ha producido el hecho causante. Aunque resulta indiscutible que la pensión a percibir por el migrante será muy reducida como consecuencia del empleo de la prorrata temporis, se plantean problemas previos para calcular la cuantía teórica sobre la que incidirá tal técnica. En el marco del supuesto descrito será usual que la institución competente constate que no existen ni ingresos profesionales, ni cotizaciones nacionales en la cantidad requerida en el procedimiento de cálculo nacional. También puede suceder que al haber estado a ese Estado miembro al comienzo de su carrera profesional los períodos de seguro o los salarios que ostente en su seno no se ubiquen en el período de referencia establecido en tal procedimiento; o que tan sólo cubran parcialmente dicho período. Por último, los escasos parámetros reales nacionales existentes estarán completamente desactualizados respecto a los que hubiera percibido en ese Estado en un momento más próximo al de su edad legal de vejez.<sup>977</sup>

Intentando solucionar algunos de estos problemas que se manifiestan en el cálculo de la cuantía teórica de una pensión de vejez contributiva están dirigidas las siguientes disposiciones del R. 1408: las letras c), d), e), f) y g) del artículo 47.1 y los apartados segundo y tercero de ese mismo artículo, a estas normas deben añadirse el artículo 51 bis.3 y algunas disposiciones establecidas en el Anexo VI respecto de ciertas legislaciones nacionales concretas.<sup>978</sup> Hay que señalar que la intervención comunitaria,

---

<sup>977</sup> Mencionando algunos de estos problemas, **MOTTA, Antonio**. “Prime considerazioni...” op. cit. p. 21, Más recientemente véase **CRISTOFANELLI, Luigi**. “Il sistema comunitario delle pensioni alla vigilia della revisione del Regolamento sulla Sicurezza Sociale”. *Affari Sociali Internazionali*. N° 2/1988. P. 173 y ss. Esta problemática está presente en toda norma coordinación internacional, pues la mera remisión a las normas nacionales de cálculo ponen de manifiesto su inadecuación respecto de las peculiaridades de la carrera del trabajador migrante, arrojando pensiones de monto insuficiente, véase antes de la adhesión de España a la Comunidad Europea **GONZALO Y GONZALEZ, Bernardo**. **GONZALEZ-SANCHO LOPEZ, Emilio**. *Consideraciones en torno a la interpretación y aplicación de los Convenios internacionales de SS*. Servicio del Mutualismo Laboral. Madrid. 1975

desde la neutralidad de la coordinación, tiene escaso margen de maniobra para solventar satisfactoriamente la problemática mencionada, motivo por el que, desde la doctrina y muy tempranamente, se reclamaba la intervención del legislador nacional.<sup>979</sup> Se solicita una normativa ad-hoc porque las normas nacionales que abordan tales situaciones están enfocadas hacia los trabajadores sedentarios sin considerar las especiales circunstancias de los trabajadores migrantes.<sup>980</sup>

**A).- Revalorización y actualización de los parámetros de cálculo: artículo 47.2 del R. 1408.**

El artículo 47.2 del R. 1408 establece que las normas de revalorización incluidas en la ley nacional competente se han de aplicar a todos los elementos de cálculo utilizados, no sólo sobre los nacionales sino también los foráneos:

*“las reglas de la legislación de un Estado miembro relativas a la revalorización de los elementos tomados en consideración para el cálculo de las prestaciones se aplicarán, en su caso, a los elementos considerados por la institución competente de dicho Estado, según lo dispuesto en el apartado 1, con arreglo a los periodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con las legislaciones de otros Estados miembros”.*

En un sentido distinto, el artículo 38.2 de <la Propuesta>, entre otras, *“disposiciones complementarias para el cálculo de las prestaciones”*, señala que:

*“la cuantía teórica de una prestación calculada sobre la base de los elementos indicados en el apartado precedente debe ser debidamente revalorizada e incrementada como si el interesado hubiera seguido ejerciendo en las mismas condiciones su actividad en el Estado miembro en cuestión”.*

---

<sup>978</sup> A lo largo de este epígrafe se aludirá a algunas de las disposiciones más relevantes del Anexo VI que inciden sobre el cálculo de la cuantía teórica, materia a la que también aluden los apartados destinados a Irlanda (apartado G-7), Países Bajos (apartado J); Austria (apartado K-2 y 3) y Reino Unido (Apartado O-2, 8 y 15). Como es sabido, los Anexos deben ser objeto de una interpretación teleológica respecto de los artículos del Reglamento que desarrollan, no obstante, debe recordarse que no existe una relación jerárquica entre el articulado y Anexos, y su interpretación conjunta debe hacerse, por imperativo del TJCE, siempre a la luz del artículo 42 TCE. Véase, apartado 20 de la STJCE de 20-9-1991 sobre el Asunto Drake (C-12/93); apartado 13 de la STJCE de 2-5-1990 sobre el asunto Winter-Lutzins (C-293/88) y apartado 16 de la STJCE de 30-3-1993 sobre el Asunto De Wit (C-282/91).

<sup>979</sup> **MOTTA, Antonio.** *“I diritti previdenziali dei lavoratori migrante nei paesi della CEE.* INCA. CGIL. Roma. 1971. P. 87.

<sup>980</sup> Así, por ejemplo, la legislación nacional suele contener mecanismos para la cobertura de lagunas en los períodos de referencia fijados para calcular las pensiones, y que consideran básicamente los períodos de inactividad del trabajador sedentario. Sin embargo, resulta cuestionable que tales soluciones jurídicas sean aplicables a los trabajadores migrantes, cuando las lagunas en el marco de un sistema nacional se generaron por la afiliación obligatoria, por imperativo de las normas de conflicto del Título II del R. 1408, a otro sistema nacional de SS en cuyo territorio trabajaba.

El tenor del propuesto artículo 38 difiere del vigente artículo 47.2 del R. 1408 en que no impone la revalorización de los elementos de cálculo considerados por la legislación competente, sino de la propia cuantía teórica, una vez calculada. Asimismo, el artículo propuesto impone un resultado concreto, que corrobora la corrección de tal actualización cuando el monto de la cuantía teórica equivalga a la pensión que hubiera obtenido el migrante en el supuesto de haber seguido en activo en el Estado miembro en cuestión.<sup>981</sup> El legislador comunitario presupone la existencia de disposiciones en las normas nacionales sobre actualización de pensiones que permitan lograr este objetivo. Cuando tales normas nacionales no existan, o la reinterpretación de las existentes hacia la consecución del objetivo comunitario no sea posible, el legislador nacional deberá intervenir en su Derecho de SS aprobando las normas oportunas. Como se ha reiterado en este trabajo, no es posible amparar un incumplimiento del Derecho comunitario en la dificultad o en la ausencia de implementación de las medidas nacionales oportunas.

**B).- Consideración de la familia del migrante en el cálculo de la prestación: el artículo 47.3 del R. 1408**

El artículo 47.3<sup>982</sup> del R. 1408 estipula que si la legislación competente al calcular una pensión nacional incrementa su monto considerando a los miembros de la familia del beneficiario, deberá tenerse en cuenta igualmente los familiares del migrante, aunque residan en el territorio de otro Estado miembro. De la asimilación de condiciones respecto de los familiares que impone el artículo 47.3, están excluidos los incrementos que sufran las pensiones como consecuencia de los hijos que tenga a su cargo el beneficiario. A tenor del artículo 78.1 del R. 1408 los incrementos de las pensiones por esta causa se consideran en el marco de la norma derivada de coordinación un tipo de prestación familiar <por hijo a cargo de titulares de pensiones>, coordinándose en el marco específico del capítulo VIII de su Título III.<sup>983</sup>

---

<sup>981</sup> El objetivo de la revalorización establecida en el artículo 38.2 es la transcripción literal del punto segundo del Fallo de la STJCE de 12-9-1996 sobre el Asunto Lafuente Nieto (C-251/94) que se estudiará más adelante en este trabajo

<sup>982</sup> *“Cuando, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, se establezca la cuantía de las prestaciones teniendo en cuenta a los miembros de la familia que no sean los hijos, la institución competente de dicho Estado tomará igualmente en consideración a los miembros de la familia del interesado que residan en el territorio de otro Estado miembro como si residiesen en el territorio del Estado competente.”*

<sup>983</sup> Véase el artículo 77.1 del R. 1408, donde se entiende por <prestaciones por hijo a cargo>, entre otras, *“... a los incrementos o a los suplementos de esas pensiones o rentas establecidas a favor de los hijos de dichos titulares.”*

Desde un punto general, debe señalarse, no obstante, que la negativa a considerar para el cálculo de prestaciones a los familiares del trabajador migrante por residir en otro Estado miembro, se ha considerado constitutiva de una discriminación indirecta, debiéndose obviar el requisito de residencia de la legislación nacional controvertida.<sup>984</sup>

**C).- Las letras c), d), e), f) y g) del apartado primero del artículo 47, el artículo 51.bis.3. del R. 1408**

Las letras c) a g) del artículo 47.1 se refieren a las legislaciones nacionales que basan su sistema de cálculo en el cómputo en ingresos medios, cotizaciones medias, o en la toma en consideración de cantidades a tanto alzado de ambos parámetros.<sup>985</sup> Junto a estas normas debe mencionarse también el Anexo VI.E.5 relativo al cálculo de la cuantía teórica en el marco de los recientemente incluidos, en el marco de la coordinación, sistemas de vejez complementarios franceses.<sup>986</sup> El legislador comunitario no menciona expresamente la nacionalidad de las legislaciones destinatarias específicas de cada una de estas disposiciones, siendo las características de las normas nacionales vigentes las que determinen cual será la que deba ser aplicada.<sup>987</sup> Hay que señalar,

---

<sup>984</sup> Véase en este sentido, por todas, la STJCE de 30-1-1997 sobre el Asunto Stober y Piosa (C-4 y C-5/95) donde se analizaba la exigencia de residencia en su territorio de los familiares establecida en la legislación alemana para la concesión de ciertas asignaciones por hijo a cargo a favor de trabajadores autónomos. Señalando el TJCE que el artículo 43 TCE, sobre derecho de establecimiento, “*debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, al calcular las prestaciones familiares, supedita tener en cuenta los hijos de un trabajador por cuenta propia a la residencia de los hijos en dicho Estado miembro.*”

<sup>985</sup> .- 47.1.c) “... a partir de unos ingresos medios, una cotización media, un aumento medio o atendiendo a la relación que haya existido, durante los períodos de seguro entre los ingresos brutos del interesado y la media de los ingresos brutos de todos los asegurados, exceptuados los aprendices.”.- 47.1.d) “... atendiendo a la cuantía de los ingresos, las cotizaciones o los ingresos o los aumentos “.- 47.1.e) “...atendiendo a unos ingresos o cuantía a tanto alzado”.- 47.1.f) “...para ciertos períodos atendiendo a la cuantía de los ingresos y para otros períodos atendiendo a unos ingresos o cuantía a tanto alzado”.- 47.1.g) “...atendiendo a una base de cotización media”..

<sup>986</sup> A las disposiciones del artículo 47, se pueden añadir aquellas normas del Anexo VI.E del R. 1408 referidas al sistema de cálculo realizado mediante <puntos de jubilación> y de forma independiente de los períodos de seguro cumplidos, que rige el sistema de cálculo de los sistemas complementarios de vejez franceses AGIRC y ARRCO recientemente incluidos en el ámbito objetivo de la coordinación. Anexo donde se señala que: “*para el cálculo de la cuantía teórica (...) en los regímenes en las pensiones de vejez se calculen sobre la base de puntos de jubilación, la institución competente tendrá en cuenta para cada uno de los años de seguro cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, un número de puntos de jubilación adquiridos en virtud de la legislación que aplique por el número de años que corresponden a estos puntos.*”

<sup>987</sup>No se trata de una cuestión siempre pacífica, que ha debido ser dirimida, en ocasiones, por el TJCE señalando que el artículo 47.1.c) se viene aplicando a la legislación alemana, o el apartado g), como señaló el TJCE en la STJCE de 12-9-1996 sobre el Asunto Lafuente Nieto (C-251/94). En efecto, en esta STJCE se establece que la entonces letra e) del artículo 47.1 correspondiente a la actual letra g), es la

asimismo, que estas disposiciones no poseen un carácter exhaustivo, en el sentido de que no aluden a los sistemas de cálculo todos los sistemas nacionales coordinados, de manera que no todas las instituciones competentes deberán aplicar las disposiciones mencionadas del artículo 47 para calcular la cuantía teórica.<sup>988</sup>

Básicamente, legislador comunitario establece, en las mencionadas letras del artículo 47.1 del R. 1408, que se computen exclusivamente los elementos nacionales existentes en el marco de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación competente que está realizando el cálculo. Esta norma prohíbe considerar los elementos foráneos que se ubican en el marco de períodos de vinculación del migrante con otros Estados miembros. De manera que la institución competente computará en la medida establecida en su propia legislación, de nuevo, los elementos nacionales. El sentido de las distintas letras del artículo 47.1 se recoge de manera simple y concisa en el artículo 38.1.c) de <la Propuesta>, donde se establecen las “*disposiciones complementarias para el cálculo de las prestaciones:*”

*“...si la legislación de un Estado miembro prevé que el cálculo de las prestaciones se basa en ingresos, cotizaciones, aumentos o importes, medios o a tanto alzado o ficticios, la institución competente:*

- i) determinará la base de cálculo, media o proporcional, de las prestaciones en virtud únicamente de los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación aplicada por ella;*
- ii) utilizará, para la determinación del importe que haya de calcularse en concepto de los períodos de seguro y/o residencia cumplidos con arreglo a la legislación de los Estados miembros, los mismos elementos medios, proporcionales, a tanto alzado o ficticios, determinados o constatados para los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación aplicada por ella.”*

<La Propuesta> capta el sentido de las letras c),<sup>989</sup> d),<sup>990</sup> e),<sup>991</sup> f)<sup>992</sup> y g)<sup>993</sup> del artículo 47.1, haciéndose más patente en la mencionada en último lugar la prohibición

---

aplicable a España, entre otros motivos, porque, como es sabido, esta norma se introdujo con motivo de la entrada de nuestro país y Portugal en la CEE DO n° L 302, de 15 de noviembre de 1985, página 171.

<sup>988</sup> En este sentido véase la STJCE de 29-11-1984 sobre el Asunto Weber (181/83) donde se señala que una prestación de invalidez holandesa tipo A, cuyo cálculo se reconduce al Capítulo III del Título III al haber estado el interesado afiliado al sistema de SS alemán de tipo B, no está incluida dentro de las hipótesis previstas en el artículo 47.1. Pues este artículo no comprende una legislación como la holandesa que para calcular una prestación de invalidez tipo A o independiente en su cuantía de la duración de los períodos de seguro, utiliza para calcular la pérdida de ingresos sufrida por el beneficiario con relación al último salario fijo percibido por el interesado en su empleo habitual antes de sobrevenirle la incapacidad laboral o la media del salario que hubiera percibido por un período concreto de no más de dos años.

<sup>989</sup> La letra c) referida a las legislaciones nacionales que basan el cálculo de sus pensiones en los ingresos, cotizaciones y aumentos medios relativos al migrante, señala que tales cantidades se deberán

generalizada de computar los elementos extranjeros, debiéndose considerar exclusivamente elementos nacionales para el cómputo de la cuantía teórica. Del tenor de las normas transcritas a pie de página se puede afirmar que del artículo 47.1 dimana una negativa expresa al empleo de la técnica de la asimilación de condiciones destinada a tomar en consideración del elemento extranjero para el cálculo de una pensión de vejez en el marco del Capítulo III. El legislador comunitario impide la distorsión que supone el cómputo de un elemento foráneo en el marco de un sistema de cálculo nacional imponiendo el cómputo de elementos ficticios o de elementos nacionales reales. Se evita así el cómputo del elemento extranjero que suele ser más cuantioso a los existentes en el estricto marco nacional, al dirigirse, normalmente, la migración hacia Estados miembros más desarrollados con salarios más elevados y donde se abonan, en consecuencia, mayores cotizaciones.

Por su parte el artículo 51 bis.3<sup>994</sup> del R.1408, introducido por el R.1606/98, matiza el artículo 47.1.c), adecuándolo al cálculo de la cuantía teórica en el marco de un régimen especial de funcionarios cuando el elemento de cálculo priorizado en la legislación nacional competente es el salario. En efecto, esta última disposición reitera

---

figar “... únicamente atendiendo a los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado o de los ingresos brutos percibidos por el interesado únicamente durante dichos períodos”.

<sup>990</sup> El artículo 47.1.d) señala que la institución competente: “... determinará los ingresos, las cotizaciones o los aumentos que habrán de tomarse en consideración en virtud de los períodos de seguro o de residencia cumplidos bajo las legislaciones de otros Estados miembros, atendiendo a la media de los ingresos, las cotizaciones o los aumentos que correspondan a los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación que aplique dicha institución”.

<sup>991</sup> En el artículo 47.1.e) se establece, por su parte, que la institución competente: “...considerará que los ingresos o la cuantía que habrán de tomarse en consideración en virtud de los períodos de seguro o de residencia cumplidos bajo la legislación de otros Estados miembros son iguales a los ingresos o cuantías a tanto alzado o, en su caso, a la media de los ingresos o cuantía a tanto alzado que correspondan a los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación aplique dicha institución.”

<sup>992</sup> El artículo 47.1.f) supone básicamente la aplicación combinada de las soluciones mencionadas en las letras anteriores. De manera, que la institución competente: “...tendrá en cuenta, en virtud de los períodos de seguro o de residencia cumplidos bajo legislaciones de otros Estados miembros, los ingresos o las cuantías, determinados según lo dispuesto en las letras d) o e) o la media de dichos ingresos o cuantías, según cada caso; (...) o “...considerará que los ingresos que hay que tener en cuenta en virtud de los períodos de seguro o de residencia cumplidos bajo legislaciones de otros Estados miembros son iguales a los ingresos ficticios correspondientes a estos ingresos o cuantías a tanto alzado”.

<sup>993</sup> En el artículo 47.1.g) se señala que la base media de cotización se determinará “... en función, únicamente, de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado”.

<sup>994</sup> “51 bis.3. cuando, en virtud de la legislación de un Estado miembro, se calculen las prestaciones con arreglo al último sueldo o a los últimos sueldos percibidos durante un período de referencia, la institución competente de dicho Estado miembro sólo tendrá en cuenta a efectos del cálculo aquellos



lo estipulado en el artículo 47.1.c) aunque circunscribiendo su cómputo al salario percibido durante la afiliación al régimen especial de funcionarios en cuyo marco se está realizando el cálculo de la cuantía teórica.

La imposibilidad de computar elementos extranjeros establecida en las disposiciones comunitarias mencionadas no puede conducir a que el migrante pierda derechos a las prestaciones de SS, esto es, no justifica que sufra reducción alguna de sus derechos por el mero hecho de haber ejercido su derecho a la libre circulación. El artículo 47 es tan sólo instrumento para el cálculo de la cuantía teórica descrita en el artículo 46.2.a), cuyo monto, como se ha reiterado, debe ser equivalente a la pensión que hubiera percibido el migrante si hubiera cumplido la totalidad de los períodos de su carrera de seguro en el marco de la legislación de la institución competente que realiza tal cálculo. El logro de este objetivo en el marco del artículo 47 se ha de realizar mediante el cómputo de períodos ficticios o la estricta toma en consideración de los parámetros nacionales, que en muchos casos deben ser actualizados.

Sin embargo, cuando al calcular la cuantía teórica la institución nacional competente no haya de aplicar ninguna de las disposiciones establecidas en el artículo 47, ni el Anexo VI del R. 1408, la lógica de la coordinación parece obligar a la asimilación del elemento foráneo al utilizado en el marco del sistema de cálculo nacional, evitando así la discriminación del migrante. Conclusión que se deduce de la STJCE de 9-8-94 sobre el Asunto Reichling (C-406/93), relativa al cálculo de la cuantía teórica de una prestación belga de invalidez en el marco del capítulo III del Título III:

*“la letra a) del apartado 2 del artículo 46 del R. 1408 (...) debe interpretarse en el sentido de que, cuando la legislación aplicable de un Estado miembro haga depender el importe de la prestación de invalidez de la retribución que perciba el trabajador al sobrevenir su invalidez el trabajador de que se trate no se encuentre, en ese momento, sometido al régimen de SS de dicho Estado por trabajar en otro Estado miembro, la institución competente debe calcular la cuantía teórica de la prestación basándose en la última retribución percibida por el trabajador en este Estado miembro.”*<sup>995</sup>

---

*sueldos percibidos durante el período o períodos a lo largo de los cuales la persona de que se trate haya estado sujeta a dicha legislación, debidamente revalorizadas”.*

<sup>995</sup> Véase otro ejemplo de asimilación de condiciones para evitar discriminaciones indirectas la STJCE de 7-6-1988 sobre el Asunto Roviello (20/85) donde se declara inválido el Anexo VI.C15 relativo a la aplicación de la legislación alemana donde es determinante la profesión ejercida para el reconocimiento del derecho a una pensión de invalidez. En efecto, tal Anexo era inválido porque establecía que *“únicamente se tendrán en cuenta, para la determinación de este derecho, las actividades sujetas al seguro obligatorio ejercidas bajo la legislación alemana.”*

Sobre los problemas prácticos que suscita la aplicación del artículo 47 para el cálculo de la cuantía teórica que, en principio, pretende facilitar, resulta paradigmático el cálculo de la base reguladora de la pensión de vejez española que ha generado el planteamiento de tres cuestiones prejudiciales. El estudio de esta materia se remite, evitando reiteraciones innecesarias, al epígrafe correspondiente al cálculo de una pensión española de vejez contributiva en el marco de la legislación de SS española.

**D).- El apartado cuarto del artículo 47 del R. 1408.**

El artículo 47.4<sup>996</sup> del R. 1408 regula el cálculo de la cuantía teórica de aquella pensión reconocida en el marco de la legislación nacional designada competente en virtud del artículo 45.6 del R. 1408 y que utiliza el salario como parámetro para determinar su cuantía. Como se recordará, la competencia de esta legislación del lugar donde reside el migrante surge del reconocimiento previo en su seno de una prestación de desempleo total en el marco del artículo 71.1 del R. 1408. Se trata de un supuesto especialmente problemático, pues no se puede descartar que el que el trabajador migrante no haya trabajado nunca en el territorio del Estado miembro, donde ahora se liquida esa cuantía teórica de una pensión de vejez.

En el artículo 47.4 el legislador comunitario se aparta de las disposiciones mencionadas en el apartado primero, y establece, ante la ausencia de elementos nacionales, una asimilación completa del salario extranjero.<sup>997</sup> Efectivamente, este elemento foráneo se ha de tomar en consideración para calcular la cuantía teórica de una pensión de vejez en el marco de la legislación del Estado competente mencionado. En otras palabras, el artículo 47.4 permite computar el salario extranjero, que ya debió ser considerado previamente para la liquidación de la prestación por desempleo total que el

---

<sup>996</sup> 47.4.- “si para calcular las prestaciones la legislación que aplica la institución competente de un Estado miembro ha de basarse en un salario cuando se hayan aplicado las disposiciones de los párrafos primero y segundo del apartado 6 del artículo 45 y en caso de que en dicho Estado miembro los únicos periodos que deban tomarse en consideración, para la liquidación de la pensión, sean periodos de desempleo total indemnizados en virtud del artículo 71 apartado 1, letra a) inciso ii) o letra b) inciso ii) primera frase, la institución competente de dicho Estado miembro liquidará la pensión tomando como base el salario que le haya servido de referencia para el abono de las citadas prestaciones por desempleo y con arreglo a lo dispuesto en la legislación que aplique.”

<sup>997</sup> En este mismo sentido, véase el Anexo VI.A.9, incluido por el R. 1248/92 y destinado a Bélgica donde se establece una asimilación completa del salario extranjero para calcular la pensión teórica de una pensión de invalidez, esto es, “... la institución competente belga se basará en los ingresos percibidos en la última profesión ejercida por el interesado”. La STJCE de 9-9-1994 sobre el Asunto Reichling (C-406/93) defendió que la norma transcrita era tan sólo la ratificación de la asimilación de condiciones que ya existía respecto del salario extranjero antes de la aprobación del Reglamento 1248/92, tal y como había señalado previamente en sus conclusiones el Abogado General.

Estado de residencia abonó imperativamente en el marco del artículo 71.1 del R. 1408.<sup>998</sup>

#### **VI-2-2.- Cálculo de la prorrata temporis de la cuantía teórica.**

Como se señaló, sobre la cuantía teórica se aplicaba un porcentaje o <prorrata temporis> con el objeto de adecuar el monto de la pensión efectiva con los períodos de seguro cubiertos en la legislación competente. En primer lugar, se han de designar los períodos que deben ser computados al calcular el porcentaje de la <prorrata temporis>, pues existen dudas respecto de la totalización de ciertos períodos ficticios. En segundo lugar, se hará referencia a la virtualidad del incremento de la cuantía teórica prorrateada que estipula el artículo 46 del R.574.

##### **VI-2-2-1.- Períodos computables en la prorrata**

A tenor del artículo 46.2.b), la institución competente para calcular el porcentaje o prorrata temporis, aplicable a la cuantía teórica, debe computar por un lado *“los períodos de seguro o de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con la legislación que esta aplica”*, los cuales tendrá que poner en relación con *“la duración total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros”*.

En efecto, de acuerdo con el artículo 46 del R. 574, se precisa la técnica de la totalización para cuantificar la prorrata temporis, debiéndose aplicar de nuevo las normas generales sobre cómputo de períodos establecidas en las letras b), c) y d) del artículo 15.1 del R. 574. Junto a tales disposiciones del Reglamento de desarrollo, tampoco conviene olvidar la incidencia, en el cómputo de períodos, de dos artículos del R. 1408 a los que ya se ha hecho referencia: el artículo 47.1.a) y el artículo 48.2. El primero, como es sabido, permite limitar los períodos que se han de computar para conformar el denominador de la fracción o porcentaje de prorrata temporis. De manera, que para calcular una pensión de vejez tipo B la institución competente solamente

---

<sup>998</sup> Como es sabido, para calcular las prestaciones por desempleo en el marco de la legislación del Estado de residencia de acuerdo con el artículo 68.1 in fine del R.1408 habrá que atender al *“...salario usual que corresponda, allí donde resida o se halle, a un empleo equivalente o análogo al que haya ocupado en último lugar en el territorio de otro Estado miembro”*. Sin embargo, esta norma que en principio excluía la asimilación del salario extranjero en el marco de la *lex loci domicilii* fue reinterpretada por en la STJCE de 28-2-1980 sobre el Asunto Fellingner (67/79). En efecto, allí se señalaría que la citada disposición supone que el Estado de residencia *“... cuya legislación nacional prevé que el cálculo de las prestaciones se realice sobre el importe del salario anterior, debe calcular las prestaciones teniendo en cuenta el salario percibido por el trabajador durante el último empleo ejercido en el Estado miembro en el que se encontraba antes de sobrevenirle el desempleo.”*

tomará en consideración la duración máxima establecida en su legislación nacional para adquirir una pensión completa. Por su parte, el artículo 48.2 del R.1408 establece que los períodos de seguro con una duración inferior a un año cumplidos en un Estado miembro, exento por este motivo de la responsabilidad de reconocer una pensión en el marco de su legislación, y que han sido computados por el resto de instituciones competentes para el cálculo de la cuantía teórica no deben ser computados, no obstante, para calcular la prorrata temporis.

En efecto, no todos los períodos que se totalizan para el cálculo de la cuantía teórica se han de computar para calcular el coeficiente o porcentaje de prorrata temporis. El artículo 46.2.b) establece un requisito adicional, estipulando que únicamente se computen los períodos de seguro reales o ficticios “*correspondientes a períodos anteriores a la fecha del hecho causante*”. La CASSTM insistiría sobre esta idea en su Decisión N° 95 de 24-1-1974 consagrada específicamente a “*...la interpretación del apartado 2 del artículo 46 del Reglamento (CEE) N° 1408/71 referente al cálculo <prorrata temporis> de las pensiones*”, estableciendo que:

“*...La institución permanente de un Estado miembro cuya legislación prevea que el importe de las prestaciones se determine teniendo en cuenta **los períodos teóricos posteriores a la realización del riesgo**, tomará en consideración estos períodos exclusivamente para calcular la cuantía teórica contemplada en el párrafo a) del apartado 2 del artículo 46 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y no para calcular el importe efectivo contemplado en el párrafo b) del apartado 2 del artículo 46 de este Reglamento*”.

La prohibición de computar los períodos de seguro posteriores al hecho causante, responde a la creencia, manifestada por el TJCE, de que tal práctica “*...tendría como efecto desequilibrar, unilateral y artificialmente, el equilibrio en la carga de las prestaciones entre los Estados miembros en un sentido incompatible con el mecanismo instituido por el artículo 46.2*”.<sup>999</sup>

El elemento clave para la correcta totalización de períodos en el marco del artículo 46.2.b) del R. 1408, parece ser la ubicación de los mismos en un momento anterior o posterior al hecho causante, esto es, antes de que acaeciera la contingencia de vejez cubierta por la prestación que se está calculando. Mientras resulta claro que los períodos de seguro reales se sitúan en el momento mismo en que fueron cubiertos por el

---

<sup>999</sup> Punto 11 de la STJCE de 26 de junio de 1980, Menzies (193/1979), donde se señaló que, conforme con la citada Decisión, el artículo 46.2.b) prohibía computar para calcular la prorrata temporis los períodos cuya duración se fija <ficticiamente> con posterioridad a la materialización del riesgo.

trabajador migrante, el legislador comunitario no ha fijado criterio alguno que solviente la problemática ubicación temporal de los períodos ficticios.<sup>1000</sup> Motivo por el cual, parece evidente que tal ubicación queda en manos del legislador nacional que los reconoció.

El TJCE se ha pronunciado sobre esta materia en varias ocasiones, considerando anteriores al hecho causante ciertos períodos ficticios reconocidos por la legislación belga a favor de los mineros en su STJCE de 18-2-1992 sobre el Asunto Di Prinzio (C-5/91). La legislación mencionada reconocía una pensión completa al minero que hubiera trabajado durante 30 años, concediendo a los que lo hubiesen hecho por un período mínimo de 25 años un período de años de seguro ficticios igual a la diferencia entre 30 y el número de años de actividad efectiva.<sup>1001</sup> El TJCE señaló que tales períodos debían ser computados no sólo para el cálculo de la cuantía teórica, sino también para calcular el porcentaje de prorrata temporis.<sup>1002</sup> Previamente en su STJCE de 26-6-1980 sobre el Asunto Menzies (793/79) había desechado el cómputo en la prorrata de ciertos períodos de seguro ficticios concedidos con el fin de mejorar la cuantía de una pensión de invalidez precoz o muerte prematura, cuyo reconocimiento ya se había producido. En efecto si tales contingencias se producían antes de cumplir los 55 años la legislación nacional otorgaba un período de seguro ficticio equivalente al lapso de tiempo comprendido entre el mes en que se había materializado el riesgo y el último mes del año en el que el beneficiario hubiera cumplido la mencionada edad. En este caso, estos períodos ficticios reconocidos con posterioridad al hecho causante tenían como única finalidad la mejora de la cuantía de la pensión ya reconocida, compensando a cargo de la colectividad los inconvenientes que se derivan para el interesado de una invalidez precoz o una muerte prematura del asegurado. A tenor de tales sentencias resultaba claro, por un lado, la irrelevancia de que el cómputo de tales períodos ficticios se

---

<sup>1000</sup> Como señala la Comisión y se recoge en el punto 24 de la STJCE de 18-11-1999 sobre el Asunto Platbrood (C-161/98) que versa sobre el cómputo de períodos ficticios o presuntos y la aplicación de ciertas normas nacionales anticúmulo. Donde se señala que normalmente “... *los <períodos> de años ficticios o de suplemento no pueden situarse en el tiempo. Por consiguiente, no puede haber doble sujeción a dos legislaciones en el transcurso del <mismo período>...*”.

<sup>1001</sup> En efecto, por cada año civil de ocupación como minero un trabajador belga percibía un 1/30 de la pensión de jubilación y, gracias a la normativa mencionada, el interesado que acreditaba 26 años de actividad efectiva o asimilada en las minas belgas obtendría 4 años extras de cotización y lograría una cuantía teórica completa 30/30.

<sup>1002</sup> Sobre el cómputo de estos mismos períodos de seguro ficticios previos en la prorrata por considerarse previos al hecho causante véase el punto 36 de la STJCE de 15-12-1993 sobre el Asunto Fabrizii y otros

limitase al mero cálculo de los derechos a pensión ya reconocidos o que sirviese para incrementar el propio período de carencia exigido por la legislación nacional para la adquisición del derecho. Por el contrario, el criterio para ubicar temporalmente tales períodos ficticios parecía residir en el momento en que se situaban los elementos o parámetros considerados por la legislación nacional para su propio otorgamiento, antes o después del hecho causante.

Sin embargo, las dudas sobre la ubicación de los períodos ficticios persisten como pone de manifiesto el Asunto Barreira Pérez (C-347/00), todavía sub-iudice y sobre el que el Abogado General presentó sus Conclusiones el 6-6-02. Asunto que, para evitar reiteraciones innecesarias, se analizará al estudiar la incidencia del R. 1408 en la liquidación de pensiones de vejez en nuestro país.

#### **VI-2-2-2.- Incremento de la pensión prorrateada: artículos 15.1.b) y 46 del R.574.**

Como se recordará, en el marco de la totalización de períodos de seguro superpuestos de carácter obligatorio y voluntario, a tenor del artículo 15.1.b) del R.574, tan sólo se debían computar los primeros. La disposición mencionada no resultaba congruente con la posibilidad que brindaba el artículo 15.3 del R.1408 que, como se señaló, consentía en materia de pensiones (invalidez, vejez y muerte) y bajo ciertos requisitos que el interesado pudiera ser admitido simultáneamente a un seguro voluntario aunque estuviese asegurado obligatoriamente en otro Estado miembro.<sup>1003</sup> Para contrarrestar los efectos perniciosos de tal incongruencia el párrafo segundo del artículo 46 del R.574 establece, no obstante, la obligación de proceder a una valoración de aquellos períodos de seguro voluntario o facultativo continuado, que no pudieron ser totalizados:

*“La cuantía efectivamente debida, calculada con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46 del Reglamento se aumentará en la cuantía que corresponda a los períodos de seguro voluntario o facultativo continuado, que no hayan sido computados con arreglo a lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 15 del Reglamento de aplicación. Este aumento se calculará según lo dispuesto por la legislación del Estado miembro con arreglo a la cual se hayan cumplido los períodos de seguro voluntario o facultativo continuado.”*

Aunque nada dice el artículo 46.2 del R.1408 sobre el incremento de la cuantía teórica prorrateada, el artículo 46 del R.574 establece tal obligación en el marco del

---

(C-113/92, C-114/92 y C-156/92) basada en los puntos 54 56 de la STJCE de 18-2-1992 sobre el asunto Di Prinzio (C-5/91).

<sup>1003</sup> Véase el epígrafe IV-2 del segundo capítulo de este trabajo.

procedimiento de cálculo comunitario cuando señala que *“la comparación contemplada en el apartado 3 del artículo 46 del Reglamento deberá efectuarse teniendo en cuenta dicho aumento.”*

Por su parte, el 47 del R. 574 tratará de evitar que la virtualidad de tal complemento quede anulada mediante las NNA que pudiera contener la misma legislación nacional que lo reconoció, señalando que:

*“la institución de cada Estado miembro calculará, con arreglo a la legislación que aplique, (se sobrentiende que ha de ser la suya propia) la cuantía debida que corresponda a los períodos de seguro voluntario o facultativo que, en virtud de la letra c) del artículo 46 bis del Reglamento, no esté sujeta a las cláusulas de supresión, de reducción o de suspensión de otro Estado miembro.”*

Efectivamente, tal y como establece el propio artículo 47 del R. 574, resulta aplicable al complemento establecido en el artículo 46 del R.574, el artículo 46 bis.3.c) del R.1408 que desde el capítulo III enmarca la aplicación de las NNA. Este último artículo, como se verá, establece desde un punto de vista general que las NNA no pueden tomar *“en consideración el importe de las prestaciones adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro y que se hayan abonado sobre la base de un seguro voluntario o facultativo continuado.”*

### VII-3.- APLICACIÓN DE LA NORMA NACIONAL ANTICUMULO.

No existe en el Capítulo III del Título III del R. 1408 ninguna norma anticúmulo de origen comunitario, debiéndose entender que sólo desde las legislaciones nacionales se podrá limitar o impedir la acumulación de pensiones reconocidas simultáneamente en varias legislaciones nacionales, o el cúmulo de pensiones con otros ingresos. En efecto, el legislador comunitario se limita a establecer un marco de aplicación para las NNA, con el objeto de proteger los derechos adquiridos por el migrante.<sup>1002</sup> Dicho marco normativo fue creado por el R. 1248/92 que introdujo en el R. 1408 los artículos 46 bis, 46 ter y 46 quater, donde se encuentran las pautas para su aplicación coordinada, limitándose, en ocasiones, su incidencia.

La entrada en vigor del mencionado R. 1248, supuso la derogación de la norma anticúmulo comunitaria, en lo sucesivo NCA, hasta entonces vigente en el marco del capítulo III del Título III del R. 1408. NCA que, no obstante, ya desde la STJCE de 21-10-1975 sobre el asunto Petroni (24/75) tan sólo poseía cierta virtualidad residual al haber sido considerada por el TJCE contraria al Tratado. Tardíamente, esta corriente jurisprudencial, fundamentada en el principio de intangibilidad de los derechos nacionales a través de la aplicación del R. 1408, sería la que sustentase la derogación de la NCA por el R. 1248/92. Antes de entrar a analizar el alcance de la normativa introducida por el legislador comunitario para la aplicación de las NNA en el seno del procedimiento de cálculo comunitario, conviene realizar una breve aproximación al marco normativo previo a 1992 y a la jurisprudencia del TJCE que motivo su aprobación.

#### VII-3-1.- Regulación previa al Reglamento 1248/92

En el marco del Reglamento N° 3/1958, no existía una NCA en materia de pensiones, sin embargo, en muchas ocasiones, su monto quedaba reducido al aplicarse siempre para su cálculo las técnicas comunitarias de totalización y prorrateo, incluso respecto de las pensiones adquiridas autónomamente en el marco exclusivo de una legislación nacional.<sup>1003</sup> No obstante, muy tempranamente el TJCE<sup>1004</sup> manifestaría su

---

<sup>1002</sup> Previamente, como se ha señalado, el legislador comunitario se refiere a las NNA en el artículo 46.3 estableciendo que su aplicación se realizará en un momento previo a la comparación con la que culmina el doble cálculo, entre la cuantía teórica prorrateada y la pensión liquidada en el estricto marco del Derecho nacional

<sup>1003</sup> En este sentido **PENNINGS, Frans.** op. cit. (ed.94). P.159. Sobre su aplicación en el marco del sistema anterior véase **SECHE, Jean-Claude.** "Bilan de la jurisprudence..." Op. cit. p. 495.



oposición a la práctica mencionada, considerando que iba en detrimento de derechos adquiridos de forma autónoma en el marco de una legislación nacional, poniendo en entredicho su intangibilidad y la propia finalidad tuitiva que se presupone a la norma de coordinación comunitaria. Basándose en estos motivos, se estableció la aplicación exclusiva del Derecho nacional para el cálculo de las pensiones autónomas, incluyendo las NNA que éste pudiera contener y sin que desde el ámbito comunitario se limitara o coordinasen los efectos, intrínsecamente negativos, de tales NNA sobre las pensiones nacionales.<sup>1005</sup>

Con el objeto de paliar las desventajas del sistema descrito, el R. 1408 estableció para el cálculo de esas pensiones nacionales autónomas el procedimiento de doble cálculo que, como se ha señalado, obliga a abonar la pensión más cuantiosa entre la calculada en el estricto marco nacional y la resultante de aplicar el procedimiento comunitario, esto es, la cuantía teórica prorrateada.<sup>1006</sup> En el marco de este último procedimiento de cálculo se impedía la aplicación de las NNA, pues el entonces vigente artículo 46.3 del R. 1408<sup>1007</sup> contenía una NCA ad-hoc que limitaba la cuantía del total de prestaciones a percibir por el migrante. A tenor de tal artículo 46.3 del R. 1408, la cuantía teórica más elevada se configuraba en la cantidad máxima que podía percibir el migrante tras la suma de las pensiones calculadas siguiendo el procedimiento comunitario. El exceso sobre tal cantidad suponía que las instituciones competentes que hubieran reconocido una pensión autónoma debían reducir su monto hasta alcanzar la

---

<sup>1004</sup> Véanse, por todas, las STJCEs dictadas el 5-7-1967, sobre los Asunto Ciecelski (1/67) y De Moor (2/67), precedidas de la de 15-7-1964 sobre el Asunto Van der Veen (100/63) y las Conclusiones del Abogado General Warner al Asunto Niemann (191/73). **VAN RAEPENBUSCH, Sean.** *La Seguridad Social...* op. Cit. P. 293. nota 25. Y **PENNINGS, Frans.** op. cit. 1994. P. 154

<sup>1005</sup> En este sentido **MOTTA, Antonio.** "Prime considerazioni .." op.cit. P. 22. **CRISTOFANELLI, Luigi.** "Il sistema comunitario..." op.cit. P.167. Un resumen del sistema de cálculo de pensiones en el marco del Reglamento N° 3 en **PAGE, C.** "The Scope of ..." op. cit.p. 217.

<sup>1006</sup> Sobre el tránsito de un sistema a otro véase, entre otros, **RANDISI, Salvatore.** "La problemática normativa e applicativa concernente la procedura di calcolo delle pensioni introdotta dai nuovi Regolamenti CEE". *Rivista dell'istituto nazionale della previdenza sociale.* Anno XXX fascicolo N° 2. Marzo-aprile. 1974. P.369-370.

<sup>1007</sup> 46.3 "Dentro del limite representado por la más elevada de las cuantías teóricas de prestaciones calculadas según lo dispuesto en la letra a) del apartado 2, el interesado tendrá derecho a la suma de las prestaciones calculadas de conformidad con los apartados 1 y 2. Cuando el límite señalado en el párrafo precedente sea rebasado cada una de las instituciones que haya de aplicar el apartado 1 corregirá su prestación en la proporción correspondiente a la relación que se dé entre la cuantía de la prestación que se trata y la suma de las prestaciones determinadas según lo dispuesto en el apartado 1".

cuantía teórica máxima.<sup>1008</sup> Este mecanismo de aplicación de la NCA fue cuestionado en la STJCE de 21-10-1975 sobre el Asunto Petroni (24/75),<sup>1009</sup> precursora de una corriente jurisprudencial<sup>1010</sup> donde se consideraba la incompatibilidad del artículo 46.3 con el Tratado; de nuevo se apelaba a la intangibilidad de los derechos nacionales a través de la norma comunitaria que debía tener un objetivo necesariamente tuitivo. El TJCE no cuestionaba la capacidad del legislador comunitario de incidir sobre la acumulación de prestaciones que considerase abusivos; señalaba que tal competencia sólo le permitía reducir, suspender o suprimir, exclusivamente, los derechos a prestaciones reconocidas gracias a la propia coordinación.<sup>1011</sup>

La jurisprudencia mencionada tuvo como primera consecuencia la aplicación, en el marco del doble cálculo, de las NNA que pudieran existir en las legislaciones nacionales competentes para determinar la cuantía de las pensiones nacionales autónomas siguiendo la primera vía de cálculo simple.<sup>1012</sup> La pensión resultante se debía comparar con la obtenida en la segunda vía, esto es, siguiendo el procedimiento

---

<sup>1008</sup>Sobre la aplicación de la NCA véase la Decisión de la CASSTM N° 91 de 12-7-1973 y el Anexo del Formulario E-209 adoptado por la Decisión N° 130 del 17-10-1985. **CRISTOFANELLI, Luigi**. “Il sistema comunitario...” op. cit. P.167 y ss. **RANDISI, Salvatore**. “La problemática...”op.cit. p.368; Según **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. *La Seguridad ...*op. Cit. P. 300 y 301.

<sup>1009</sup> Fallo: “*El Consejo en el ejercicio de los poderes que le confiere el artículo 51 del Tratado, relativo a la coordinación de los regímenes de seguridad social de los Estados miembros, tiene poder para, de conformidad con las disposiciones del Tratado, establecer normas detalladas para el ejercicio de los derechos a prestaciones de seguridad social que las personas de que se trate obtienen del Tratado. Una limitación sobre la acumulación de prestaciones que conlleve una disminución de los derechos que los interesados ya disfrutaban en un Estado miembro en virtud de la aplicación exclusiva de la legislación nacional es incompatible con el artículo 51 del Tratado. En consecuencia, el apartado 3 del artículo 46 del R.1408 es incompatible con el artículo 51 del Tratado en la medida en que impone una limitación a la acumulación de dos prestaciones adquiridas en diferentes Estados miembros, mediante la disminución del importe de una prestación adquirida en virtud de la legislación nacional únicamente.*”

<sup>1010</sup> La doctrina de esta STJCE sobre acumulación de pensiones de vejez, rápidamente se extrapolaría a la acumulación de pensiones de invalidez liquidadas en el marco del capítulo III del Título III del R. 1408. Véase la STJCE de 3-2-1977 sobre el Asunto Strehl I (62/76) y la dictada el 13-10-1977 sobre el Asunto Manzoni (112/76). Un comentario de algunas de las STJCEs que integran esta corriente jurisprudencial, entre otros, en **VAN RAEPENBUSCH, Sean**. “La jurisprudence communautaire en matière de règles anticumul...” op. cit. o **NERI, Sergio**. “Le cumul des prestations...” op.cit. P. 608 y ss.

<sup>1011</sup> Sobre la imposibilidad de que las NCA se apliquen sobre prestaciones autónomas, pudiendo incidir solamente sobre las <prestaciones comunitarias>, como contrapartida a la aplicación previa del R. 1408 para su propio reconocimiento, véase infra el apartado VI-4 del primer capítulo.

<sup>1012</sup> Véase sobre la aplicación de las NNA, por todas, las STJCEs de 13-10-1977 sobre el Asunto Mura I (22/77) y Greco (37/77), cuya doctrina se reitera en el apartado 15 de la STJCE de 11-6-1992 sobre los Asunto Di Crescenzo y Casagrande (C-90/91 y C-91/91). Su aplicación se realizaba siempre en el marco de la versión entonces vigente del artículo 12.2 que prohibía la aplicación de la NNA a la acumulación de pensiones de la misma naturaleza de invalidez, de vejez, de muerte (pensiones) o de enfermedad profesional que fueran liquidadas siguiendo los procedimientos comunitarios diseñados en los artículos: 41, 43.2 y 3, 46, 50, 51 y 60.1.b) del R. 1408.

comunitario regulado en el artículo 46.2, en cuyo marco se aplicaba de forma residual la NCA contenida en el artículo 46.3.<sup>1013</sup> El enrevesado procedimiento de cálculo que fue configurando el TJCE<sup>1014</sup> a la luz de la doctrina Petroni fue muy criticado por la doctrina que, por un lado, lo calificó de excesivamente complejo;<sup>1015</sup> que, por otro lado, lo consideró muy permisivo respecto a la libre aplicación de las NNA,<sup>1016</sup> de cuya existencia o tenor dependía en exceso la cuantía final de las pensiones percibidas por el migrante.

### VII-3-2.- La normativa introducida por el Reglamento 1248/92

La modificación operada por el Reglamento 1248/92, 17 años después de la STJCE Petroni, pretendía “*consolidar el texto del Reglamento, teniendo en cuenta y sistematizando la jurisprudencia dictada hasta entonces por el Tribunal de Justicia*”.<sup>1017</sup> Su aprobación supuso, en primer lugar, la eliminación, esta vez total, de la NCA contenida en el 46.3,<sup>1018</sup> asumiendo el legislador comunitario un nuevo papel

---

<sup>1013</sup> Sobre la aplicación de la doctrina Petroni y la aplicación residual del 46.3 véanse la STJCE de 17-12-1987 sobre el Asunto Collini (323/86) o los apartados 8 a 10 de la STJCE de 5-4-1990 sobre el Asunto Pian (C-108/89). PAGE, C. “The Scope...” op. cit. P. 222. CRISTOFANELLI, Luigi. “Il sistema...” op. cit. P.169 172; RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. *La Seguridad Social...* op. cit. p. 242. El artículo 46.3 se aplicaba sin cortapisas a las prestaciones comunitarias. VAN RAEPENBUSCH, Sean. *Seguridad Social...* op. cit. p. 303, 493 y 494

<sup>1014</sup> Básicamente, cada institución competente debía elegir la más elevada entre: la pensión que correspondía únicamente con arreglo al Derecho nacional incluyendo sus NNA (pensión I); con la resultante del procedimiento de cálculo del artículo 46 del R. 1408, incluida la aplicación de la NCA contenida en el 46.3, (pensión II). Precisamente sería la aplicación del mencionado artículo 46.3 el origen del complicado cálculo de la <pensión II>, pues exigía una comparación previa, que no debía confundirse con la anteriormente mencionada entre las <pensiones I y II>. En efecto, para determinar el monto de la <pensión II>, la institución competente debía calcular, por un lado, la cuantía teórica prorrateada, conforme al artículo 46.2; y, por otro lado, la pensión calculada en el marco del Derecho nacional excluyendo sus NNA, por indicación expresa del artículo 12.2. Elegida la más cuantiosa entre ambas, se aplicaba la NCA del 46.3 como colofón para la determinación de la <pensión II>. Determinada la cuantía de la <pensión II>, se procedía a su comparación con la <pensión I>; debiéndose otorgar, finalmente, la más pensión de vejez con cuantía más elevada. Procedimiento extraído de los apartados 17 y ss de la STJCE de 11-6-1992 sobre los Asuntos Di Crescenzo y Casagrande (C-90/91 y C-91/91), y los puntos 17 al 20 de las Conclusiones del Abogado General sobre el Asunto Larsy (C-31/92).

<sup>1015</sup> En este sentido véase PAGE, C. “The Scope of...” op. cit. P. 227 y COMISION EUROPEA. *Recopilación de disposiciones comunitarias sobre seguridad social 1994 (4 ed)*. Luxemburgo. 1995. P.146. apartado 391.

<sup>1016</sup> VAN RAEPENBUSCH, Sean. “La jurisprudence communautaire...” op. cit..p. 290, y 313.

<sup>1017</sup> Véase el apartado 27 de las Conclusiones del Abogado General sobre el Asunto Conti (C-143/97).

<sup>1018</sup> En el Considerando 15º de la Exposición de motivos del R. 1248/92 donde se señala que: “*de acuerdo con una reiterada jurisprudencia del TJCE, el Consejo no tiene competencia para dictar normas que impongan límites a la acumulación de dos o más pensiones adquiridas en distintos Estados miembros mediante una disminución del importe de una pensión adquirida en virtud de la legislación nacional; (...) según el Tribunal de Justicia, esta competencia pertenece al legislador nacional, entendiéndose que es*

de mero coordinador de los límites aplicativos de las NNA, mediante la introducción de los artículos 46 bis, 46 ter y 46 quater en el R. 1408. Disposiciones que protegen los derechos a pensiones adquiridos por el migrante, sometiendo, la anteriormente libre aplicación de las NNA, a ciertos requisitos.<sup>1019</sup> En efecto, estos artículos configuran un marco comunitario ad-hoc para la aplicación de las NNA que, por su carácter específico, exceptúa el establecido con carácter general en el artículo 12.2 del R. 1408.<sup>1020</sup> Disposición que, en consideración a la normativa específica establecida en el marco del capítulo III del Título III del R. 1408, sería modificada por el R. 1248/92, comenzando su versión vigente con la expresión: “*salvo en los casos en que el presente Reglamento disponga otra cosa...*”<sup>1021</sup>

En los epígrafes siguientes se analiza, en primer lugar, el propio concepto de NNA aplicable sobre las pensiones de vejez contributiva en el marco del capítulo III del Título III del R. 1408; estudiándose, en segundo lugar, el contenido de los nuevos artículos 46 bis, 46 ter y 46 quater del R. 1408.

#### **IV-3-2-1.- Las normas nacionales anticúmulo en el marco del capítulo III del Título III del R. 1408.**

Debe señalarse que la definición de NNA que se venía empleando en el marco del artículo 12.2 del R. 1408,<sup>1022</sup> no sufrió modificación alguna con la aprobación del R. 1248/92.<sup>1023</sup> En este sentido, se puede señalar que los artículos 46 bis, ter y quater

---

*competencia del legislador comunitario fijar los límites dentro de los cuales pueden aplicarse las cláusulas nacionales de reducción, suspensión o supresión”*

<sup>1019</sup> Según el Considerando 21 de la Exposición de motivos del R.1408 su objetivo es “... *proteger a los trabajadores migrantes y a sus supervivientes de una aplicación demasiado rigurosa de las cláusulas nacionales de reducción, suspensión o supresión, es necesario incluir disposiciones que condicionen estrictamente la aplicación de dichas cláusulas*”. En este mismo sentido los Considerandos 16 y 17 de la Exposición de motivos del propio Reglamento 1248/92.

<sup>1020</sup> Como se señala en las observaciones sobre la propuesta del Reglamento 1248/92, contenida en la página 15 del Documento COM (89)370 final, respecto al artículo 2 de la propuesta que establece la nueva redacción del artículo 12.2 del R.1408 “*los nuevos artículos 46 bis, 46 ter, 46 quater y 60 incluyen las excepciones a la norma general*”.

<sup>1021</sup> Como es sabido, el artículo 12.2 antes de su modificación excluía expresamente la aplicación de sus prescripciones y en definitiva de las NNA a la concurrencia de prestaciones de la misma naturaleza de invalidez, vejez, muerte o enfermedad profesional que fueran liquidadas por las instituciones de dos o más Estados miembros. En la actualidad, de acuerdo con el punto 34 de las Conclusiones al Asunto Conti (C-143/97), en el marco de la nueva redacción del artículo 12.2 del R.1408 hay que acudir a las normas específicas introducidas en el capítulo III..

<sup>1022</sup> Véase supra el apartado VI-4-2-1 del capítulo primero de este trabajo.

<sup>1023</sup> En este sentido, véanse los puntos 56 y siguientes de las Conclusiones del Abogado General presentadas el 4-5-1999 sobre el Asunto Engelbrecht (C-262/97) donde se analiza el fundamento de esta

pretenden coordinar la aplicación de aquellas disposiciones nacionales que reducen, suspenden o suprimen la pensión de vejez reconocida en su seno, como consecuencia del disfrute simultáneo en otro u otros Estados miembros tanto de otras prestaciones, como de ingresos reconocidos a su favor. En el marco de la regulación nacional de las pensiones, en ocasiones, es difícil discriminar si se está ante una NNA o una disposición destinada al cálculo de tales pensiones. Serán NNA las que, en primer lugar, incidan negativamente sobre la cuantía de la pensión reconocida en su seno,<sup>1024</sup> en segundo lugar, la causa que justifique tales efectos peyorativos debe ser el cúmulo con prestaciones o ingresos reconocidos a favor de ese mismo beneficiario en otro Estado miembro.<sup>1025</sup> Así, por ejemplo, no podrá calificarse de NNA, cuando la reducción, suspensión o supresión de la pensión del migrante esté motivada por la percepción de una prestación por un miembro de su familia. En estos casos, donde no resultan aplicables los artículos 46 bis, 46 ter y 46 quater del R. 1408, se tratará de evitar la aplicación de esa normativa nacional considerándola discriminatoria o un obstáculo al ejercicio del derecho a la libre circulación, de probarse alguna de estas premisas, al amparo de la aplicación directa TCE se podría avalar, a su vez, la inaplicación de la controvertida norma nacional.<sup>1026</sup> Esta problemática se puso de manifiesto en un supuesto en el que la aplicación concomitante de varias normas nacionales competentes, donde se habían reconocido simultáneamente pensiones de vejez, producía un perjuicio

---

afirmación mantenida en el apartado 12 de la STJCE de 12-2-1998 sobre el asunto Cordelle (C-366/96) y en el punto 19 de la STJCE de 22-10-1998 sobre el asunto Conti (C-143/97). Afirmación que considera completamente vigente al girar en torno a una interpretación del artículo 12.2, que mantiene su misma finalidad, y que desde un punto de vista literal sigue manteniendo en singular el término beneficiario sujeto sobre el que se debe producir la acumulación sobre la que se pretende incidir.

<sup>1024</sup> Véase apartado 16 de la STJCE de 7-3-02 sobre el Asunto Insalaca (C-107/00) y los apartados 25 de las STJCEs dictadas el 18-11-1999 sobre el Asunto Van Coile (C-442/97) y el Asunto Platbrood (C-161/98). Estas STJCEs retoman los argumentos sentados en las STJCEs dictadas el 4-6-1985 sobre el Asunto Romano (58/84) y sobre el Asunto Ruzzu (117/84), para calificar como NNA ciertas disposiciones belgas que reducían los años ficticios de bonificación que se otorgaba a los mineros. Sobre la evolución de la jurisprudencia del TJCE sobre tal normativa belga véase el apartado 18 de la STJCE de 11-6-1992 Di Crescenzo y Casagrande (C-90/91 y C-91/91), la STJCE de 15-12-1993 sobre Asunto Fabrizii y otros (C-113/92, C-114/92 y C-156/92) y el apartado 36 de la STJCE de 18-2-1992 sobre el Asunto Di Prinzio (C-5/91) y finalmente la de 12-2-1998 sobre el Asunto Conti (C-143/97)

<sup>1025</sup> Véase, sobre la necesidad de que el cúmulo prestacional se produzca en la persona del migrante como beneficiario, el apartado 12 de la STJCE de 20-4-1998 sobre el Asunto Bakker (151/87) recogiendo la postura mantenida por el Abogado General en el apartado 10 de sus Conclusiones. En este caso no se calificó como NNA ciertas disposiciones belgas que establecían que una pensión de vejez se calculara sobre una base inferior cuando el propio cónyuge del beneficiario disfrutase de una pensión de jubilación, supervivencia o una ventaja similar reconocida en otro Estado miembro. En un sentido similar la STJCE de 26-9-00 sobre el Asunto Engelbrecht (C-262/97) y el apdo. 50 de las Conclusiones del Abogado General sobre el mismo asunto.

en la cobertura del migrante, a pesar de que tales legislaciones, por separado, resultaban irreprochables desde el punto de vista del Derecho Comunitario. En efecto, en la STJCE de 5-10-1994 sobre el asunto Van Muster (C-165/91),<sup>1027</sup> el TJCE no pudo encontrar una norma comunitaria en el R. 1408 que solventara la problemática planteada. De manera que basándose en el principio de leal cooperación establecido en el artículo 10 TCE, se dirigió al órgano jurisdiccional belga remitente, pidiéndole que reinterpretase la norma nacional a la luz del Derecho comunitario.<sup>1028</sup> Sin embargo, considerando que no existía margen interpretativo suficiente para adecuar la norma belga controvertida al Derecho Comunitario, finalmente, la Corte de Casación de ese Estado miembro avaló su aplicación, a pesar de los perjuicios imprevistos que generaba en la protección del migrante.<sup>1029</sup> Para evitar tal resultado el TJCE en su Sentencia de 26-9-00 sobre el Asunto Engelbrecht (C-262/97) sería más taxativo, señalando que siempre que no sea posible una interpretación acorde al Derecho Comunitario, la disposición nacional controvertida, no calificable como NNA, debe ser inaplicada, con el objeto de impedir que obstaculice el derecho a la libre circulación.<sup>1030</sup> Como ha señalado la doctrina, no se

---

<sup>1026</sup> Por todas, STJCE de 28-4-1998 sobre el Asunto Decker (C-120/95)

<sup>1027</sup> Este asunto versaba sobre las “*repercusiones imprevistas y poco compatibles*” con los artículos 39 a 42 TCE, que producía cierta normativa belga, no calificable de NNA, cuando se aplicaba concomitantemente con la legislación holandesa. La legislación belga establecía un <porcentaje familiar> para calcular la pensión de jubilación cuando el cónyuge del beneficiario no tuviese derecho a una pensión de jubilación ni a ventaja equivalente. Las autoridades belgas decidieron aplicar el <porcentaje de personas solas>, más reducido, a un trabajador migrante cuando la pensión de jubilación holandesa que percibía simultáneamente se reconvirtió, sin aumentar su cuantía, en dos pensiones, una de ellas a favor de su cónyuge al cumplir éste la edad de jubilación..

<sup>1028</sup> En el segundo apartado de su Fallo señaló que: “*al calificar, a efectos de la aplicación de una disposición de su Derecho interno, una prestación de SS concedida en virtud de la legislación de otro Estado miembro, el Juez nacional está obligado a interpretar su propia legislación a la luz de los objetivos de los artículos 48 a 51 del Tratado y a hacer todo lo posible para evitar que su interpretación pueda disuadir al trabajador migrante de ejercitar efectivamente su derecho a la libre circulación.*”

<sup>1029</sup> En efecto, aunque el órgano jurisdiccional remitente optó por la inaplicación de la norma belga, para proteger la libre circulación de trabajadores a la luz del artículo 39 TCE, sería la Corte de Casación la que considerase que no existía margen suficiente en la legislación belga para realizar dicha interpretación. **VERSCHUEREN, Herwig**. “Financing Social Security and Regulation (EEC) 1408/71” *European Journal of Social Security*, Volume 3/1.2001. p. 21 y ss.

<sup>1030</sup> En cuyo Fallo se señaló que: “*Cuando las autoridades competentes de un Estado miembro aplican una disposición legislativa que establece el importe de la pensión de jubilación concedida a un trabajador casado, prevé la reducción del importe de dicha pensión en función de una pensión concedida a su cónyuge en virtud del régimen de otro Estado miembro, y contempla la aplicación de una cláusula que prohíbe, con carácter excepcional la acumulación en los casos en que la pensión percibida sea además inferior a un determinado importe, el artículo 39 TCE se opone a que dichas autoridades reduzcan el importe de la pensión concedida a un trabajador migrante en función de una pensión atribuida a su cónyuge en otro Estado miembro, cuando la concesión de esta última pensión no implique un aumento de los ingresos globales del matrimonio.*”

trata de una manifestación más del <principio Petroni>, en virtud del cuál, como es sabido, se inaplican aquellas normas comunitarias que atentan contra los derechos nacionales autónomos que asisten al migrante; sin embargo el TJCE avala, en un sentido diverso la inaplicación de una norma nacional de SS en defensa de la libre circulación.<sup>1031</sup> En este contexto, además se podría considerar que el TJCE se ha extralimitado en su función jurisdiccional, pues parece evidente que en el marco de una cuestión prejudicial no puede pronunciarse sobre la compatibilidad de una normativa nacional con el Derecho comunitario. Como es sabido, su función ha de limitarse a proporcionar todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho Comunitario, criterios que permitirían al órgano jurisdiccional remitente apreciar esta compatibilidad al pronunciarse sobre el asunto del que conoce.<sup>1032</sup>

#### **VII-3-2-2.- Los artículos 46 bis, 46 ter y 46 quater del R. 1408**

Antes de proceder a su análisis individualizado de cada una de estas disposiciones, hay que señalar que en el artículo 46 bis se establecen las reglas generales para la aplicación de las NNA en el marco del capítulo III del Título III del R. 1408; mientras que en los artículos 46 ter y quater se establecen normas específicas dependiendo del tipo de cúmulo sobre el que esas NNA pretenden incidir. En efecto, el artículo 46 ter regula la aplicación de las NNA que pretenden incidir sobre el cúmulo de prestaciones de igual naturaleza; mientras que el artículo 46 quater se refiere a las NNA que inciden sobre las pensiones cuando se acumulan con prestaciones de naturaleza distinta o con otros ingresos. Partiendo de los distintos roles de las disposiciones mencionadas, hay que señalar que los criterios para distinguir los diferentes tipos de cúmulo se sientan en el artículo 46 bis; siendo en los artículos 46 ter y quater donde se prohíbe o limita la aplicación de las NNA, en un intento de racionalizar los consustanciales efectos negativos que poseen sobre la cobertura prestacional a percibir, finalmente, por el migrante.

##### **A).- El artículo 46 bis:**

El artículo 46 bis destina sus dos primeros apartados a establecer la distinción entre acumulación de prestaciones de igual naturaleza o de distinta naturaleza. Señalando que poseerán igual naturaleza las pensiones que hayan sido “...calculadas o

---

<sup>1031</sup> Véase PENNING, Frans. “The Engelbrecht Judgement”. European Journal of Social Security. Vol. 2/3. 2000. P. 284 y ss.

<sup>1032</sup> Véase en este sentido, por todas, la STJCE de 18-6-1991 sobre el Asunto Piageme (C-369/89)

*abonadas sobre la base de los períodos de seguro y/o residencia cumplidos por una misma persona.*<sup>1033</sup> De este único criterio se desprende que nunca podrá constituir una acumulación de prestaciones de igual naturaleza, la percepción simultánea por un mismo trabajador migrante de derechos derivados y originarios a pensiones.<sup>1034</sup> Así, por ejemplo, si al perceptor de una pensión de vejez contributiva otro Estado miembro le reconoce una pensión de viudedad se estará ante un cúmulo de prestaciones de distinta naturaleza.<sup>1035</sup>

Respecto del criterio priorizado por el artículo 46 bis para identificar el cúmulo de pensiones de igual naturaleza, esto es, la coincidencia de la titularidad de los períodos que originan el nacimiento de las pensiones concurrentes,<sup>1036</sup> se puede destacar, en primer lugar, su carácter simplificador. El legislador comunitario ha seleccionado un único criterio entre los utilizados por el TJCE, a modo de indicios, para identificar en el marco del artículo 12 del R. 1408 la acumulación de prestaciones de igual naturaleza.<sup>1037</sup> Consecuentemente se puede afirmar que en el marco del artículo 46

---

<sup>1033</sup> Este criterio es el mantenido en el artículo 35.4 de <la Propuesta> que, no obstante, sustituye el término naturaleza por el de índole. El artículo 35 es el que, de forma paralela al 46 bis, introduce una normativa general comunitaria sobre la materia, incluyendo en su seno la norma contenida en el artículo 12.3 del vigente R. 1408. Esta nueva ubicación resulta más sistemática por la materia que aborda: la acumulación de una actividad profesional con prestaciones de invalidez o anticipadas de vejez; que no encaja en el Título I del actual R.1408 sobre Disposiciones Generales.

<sup>1034</sup> En este sentido véase la STJCE de 11-8-1995 sobre el Asunto Schmidt (C-98/94) donde se señala que: “...una pensión de jubilación concedida, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, sobre la base de los períodos de seguro cubiertos a título personal por el interesado en dicho Estado, y una pensión de jubilación obtenida a tenor de la legislación de otro Estado miembro, en calidad de cónyuge divorciado, sobre la base de los períodos de seguro cubiertos por su antiguo cónyuge, no constituyen prestaciones de la misma naturaleza.”

<sup>1035</sup> El R. 1248/92 introdujo una excepción al criterio mencionado en el Anexo VI.B.9 del R. 1408, en virtud del cuál se considerará una acumulación de prestaciones de igual naturaleza, a los meros efectos aplicativos de cierta NNA danesa, la percepción simultánea de una pensión de jubilación, o jubilación anticipada, reconocida en Dinamarca y una prestación de supervivencia reconocida en otro Estado miembro con base en los períodos de seguro cubiertos en tal sistema de SS por el cónyuge fallecido, siempre que este último hubiera cubierto, asimismo, períodos de residencia en Dinamarca. Esta excepción introducida por el R. 1248 “*responde a una particularidad de la legislación danesa en materia de pensiones, que (...) desde el 1-1-1984 no tiene ya pensiones de supervivencia; en lo sucesivo, todas las pensiones se calculan en función de la duración de los períodos de residencia en Dinamarca cubiertos por el superviviente.*” Según el comentario de la Comisión a la propuesta de R.1248 en el documento COM (89) 370 final p.32.

<sup>1036</sup> Este criterio ya se apuntaba en la jurisprudencia previa al R. 1248/92. Véanse el apartado 13 de la STJCE de 6-10-1987 sobre el Asunto Stefanutti (197/85) sobre la distinta naturaleza de una pensión de invalidez y una pensión de supervivencia reconocida gracias al la carrera de seguro del marido de la beneficiaria. En el apartado 21 de la STJCE de 12-2-1998 sobre el Asunto Cordelle (C-366/96) se analiza la naturaleza distinta de una prestación de supervivencia belga y una pensión de vejez francesa.



bis resulta más fácil que las pensiones concurrentes posean igual naturaleza, circunstancia que favorece al migrante porque, como se verá, el artículo 46 ter relativo a este tipo de cúmulo es más estricto respecto de la aplicación de NNA que el artículo 46 quater. En segundo lugar, respecto del criterio seleccionado se puede señalar que tan solo resulta idóneo para calificar la acumulación de pensiones de carácter contributivo. En efecto, el artículo 46 bis viene a poner de nuevo de manifiesto que el legislador comunitario no cuenta con estas prestaciones, considerando tan sólo las legislaciones nacionales que diseñan su acción protectora desde un punto de vista contributivo. Por último, conviene recordar, que corresponderá en última instancia, “...al Juez nacional calificar las prestaciones de que se trata, con el fin de aplicar la mencionada norma que prohíbe la acumulación”,<sup>1038</sup> en otras palabras deben valorar, utilizando el criterio mencionado, la naturaleza igual o diferente de la prestación extranjera con la que concurre la pensión de vejez nacional objeto de reducción, supresión o suspensión en virtud de su NNA.

En el apartado tercero del artículo 46 bis<sup>1039</sup> el legislador comunitario establece las características generales que han de poseer las NNA para poder limitar o impedir cualquier tipo de cúmulo de la pensión reconocida en su seno. No se puede perder de vista que toda NNA no sólo ha de respetar los requisitos establecidos en el 46 bis sino que, al igual que toda la legislación nacional, debe respetar el Derecho Comunitario, en especial, las normas relativas a la libre circulación no pudiendo discriminar a los trabajadores migrantes respecto de los sedentarios.<sup>1040</sup>

En primer lugar, **la letra a) del 46 bis. 3** exige el carácter expresamente externo de las NNA, en el sentido de que deben prever en sus disposiciones el origen extranjero

---

<sup>1037</sup> Véanse los apartados 24 y siguientes de la STJCE de 11-8-1995 sobre el Asunto Schmidt (C-98/94) donde sobre un cúmulo de pensiones se aplican para determinar si poseen la misma naturaleza tanto los criterios generales, como el priorizado en el artículo 46 bis, llegando el TJCE en ambos casos a la conclusión de que poseían naturaleza distinta. Curiosamente, adoptando la posición opuesta, véanse los apartados 36 y siguientes de las Conclusiones del Abogado General sobre este mismo asunto.

<sup>1038</sup> Véase en este sentido la STJCE de 12-2-1998 sobre el Asunto Cordelle (C-366/96)

<sup>1039</sup> A tenor del artículo 39.5 del R. 1408, las normas contenidas en el artículo 46 bis.3 son aplicables por remisión a las NNA que pretendan incidir sobre una pensión de invalidez tipo A reconocida en el marco del capítulo II cuando se acumule con prestaciones de distinta naturaleza.

<sup>1040</sup> Véase STJCE de 7-3-1991 sobre el Asunto Masgio (10/90) donde el TJCE considera discriminatoria con base en los artículos 48 a 51 del Tratado que una norma anticúmulo alemana que discriminaba al trabajador migrante respecto del sedentario, pues penalizaba más el cúmulo con prestaciones extranjeras, que la concurrencia con prestaciones alemanas.

de las prestaciones o ingresos con los que prohíbe la acumulación de sus propias pensiones:<sup>1041</sup>

*“sólo se considerarán las prestaciones adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de otros ingresos obtenidos en otro Estado miembro si la legislación del primer Estado miembro, (el que contiene la NNA), establece el cómputo de las prestaciones o los ingresos obtenidos en el extranjero”.*

El carácter externo exigido a las NNA por el artículo 46 bis es muy importante, pues supone la aplicación de tales NNA en sus propios términos, impidiendo sus efectos peyorativos sobre la pensión de vejez que se está calculando cuando las NNA no prevean expresamente que esté prohibido su cúmulo con prestaciones o ingresos foráneos.<sup>1042</sup> El imprescindible carácter externo de las NNA fue considerado un gran avance por el propio Consejo Económico y Social, al pronunciarse sobre la propuesta de Reglamento 1248/92.<sup>1043</sup> Sorprendentemente, el artículo 46 bis.3.a) no resulta tan novedoso para la Comisión, que considera que coincide con cierta jurisprudencia comunitaria emanada sobre el artículo 12.2 del R. 1408, en su versión previa al Reglamento 1248/92, de la que ya se deducía la necesidad de su carácter externo.<sup>1044</sup>

---

<sup>1041</sup> En este sentido, por todos, **PENNINGS, Frans**. *Introduction to...*(ed. 98). Op. cit. p. 145. Este apartado, sin embargo, ha sido interpretado en un sentido distinto por **VIVES CABALLERO, Marta**. “Normas de coordinación comunitaria en materia de acumulación de prestaciones. Examen de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia Europeo”. /en/ **VV.AA. Problemática Española de la Seguridad Social Europea**. Instituto Europeo de Relaciones Industriales. Granada. 1999. P. 39. Esta autora señala que “... el Reglamento no permite una actuación no prevista por la propia legislación interna o, lo que es lo mismo, no pueden aplicarse las disposiciones de no acumulación incluidas en el Reglamento, si la legislación nacional de un Estado Miembro no establece normas anticúmulo”. Resulta difícil entender el alcance de esta afirmación, pues como se ha señalado con la aprobación del R.1248/92 ya no existen NCA, resultando obvio que para aplicar una NNA sea preciso que exista.

<sup>1042</sup> Véase, por ejemplo, sobre el carácter expresamente interno de la NNA italiana **MOTTA, Antonio**. *I diritti...* op. cit. 93. Esta normativa por su carácter tuitivo respecto de los migrantes, se puede entender que promueve la libre circulación de sus trabajadores..

<sup>1043</sup> “*En caso de acumulación de prestaciones por pensiones(sic), los Estados miembros pueden proceder a la reducción de la acumulación sólo si en sus sistemas legislativos están previstas disposiciones nacionales de reducción para regular los casos de acumulación de pensiones nacionales y pensiones extranjeras; en caso contrario de conformidad con dicho apartado, los Estados miembros no pueden reducir dichas acumulaciones basándose sólo en la normativa nacional <interna>*”. Dictamen favorable del Consejo Económico y Social sobre la propuesta de Reglamento CEE por el que se aprobará el Reglamento 1248/92. DOCE N° C 56/63.

<sup>1044</sup> “*Sólo las cláusulas nacionales de no acumulación, cuyo objetivo es regular los casos de acumulación de pensiones nacionales y pensiones extranjeras, son aplicables para reducir una pensión autónoma. Es competencia de la jurisdicción nacional determinar si las cláusulas de no acumulación tienen tal efecto. A falta de normas de no acumulación de esta naturaleza y habida cuenta de la imposibilidad, en el plano comunitario, de mantener o introducir una norma de reducción de pensiones autónomas, no hay posibilidad de que las instituciones de los Estados miembros reduzcan una pensión <autónoma> a causa*

En segundo lugar, **la letra b) del artículo 46 bis.3**, se refiere a la valoración cuantitativa en el marco de la NNA del cúmulo con prestaciones foráneas, que deben ser consideradas en su importe bruto. En efecto, deben valorarse considerando su cuantía en un momento previo a “... *la deducción del impuesto, de las cotizaciones de la seguridad social y otras retenciones individuales.*” El legislador comunitario con esta disposición trata de lograr que las NNA se apliquen sobre cantidades homogéneas, considerando que el momento en que el que se deducen de las prestaciones cotizaciones o impuestos, no coincide en todos los sistemas nacionales de SS.<sup>1045</sup>

En tercer lugar, a tenor de **la letra c) del artículo 46 bis.3**, se puede afirmar que no se podrán tomar en consideración para la aplicación de las NNA, las prestaciones extranjeras “...*que se hayan abonado sobre la base de un seguro voluntario o facultativo continuado*”.<sup>1046</sup> En efecto, con esta disposición el legislador nacional sólo puede limitar el cúmulo de las pensiones reconocidas en su seno cuando se acumulen con las obtenidas con base en períodos de seguro de carácter obligatorio. En otras palabras, las prestaciones surgidas de períodos de seguro voluntario, cubiertos al amparo del artículo 15 del R.1408, no pueden ser penalizados por las NNA. Esto se debe a que el cúmulo con estas pensiones, reconocidas gracias a un esfuerzo cotizador añadido y voluntario realizado por el beneficiario, no puede ser calificado de abusivo, no existiendo motivo para que sean objeto de una NNA. Esta misma argumentación es aplicable, a tenor del artículo 47 del R. 574, al incremento de la cuantía teórica prorrateada establecido en el artículo 46 del R. 574. Incremento que, como se señaló, estaba basado en los períodos de seguro voluntario no totalizados, en virtud del artículo 15.1.b del citado R. 574, por su superposición con períodos de seguro obligatorios.

Por último, **la letra d) del apartado tercero del artículo 46 bis** establece un límite cuantitativo a la reducción de una pensión como consecuencia de la aplicación de una única NNA. En efecto, la pensión de vejez contributiva nacional sobre la que incide la NNA “...*sólo podrá quedar reducida dentro del límite del importe de las prestaciones debidas en virtud de la legislación o de los ingresos adquiridos en el*

---

*de su acumulación con una pensión de otro Estado miembro*” En este sentido el comentario realizado por esta institución sobre la propuesta de R. 1248/92 contenida en el DOC COM/89 370 final.

<sup>1045</sup> Una tabla comparativa de la aplicación de impuestos y pago de cotizaciones sobre las pensiones de jubilación en los 18 Estados miembros del EEE, puede encontrarse en **MISSOC Social protection...(situation on 1 january 2000)** op. cit.p.358.

<sup>1046</sup> Esta norma recoge una corriente jurisprudencial iniciada por el TJCE en su STJCE de 5-4-1979 sobre el Asunto Schaap II (176/78)

*territorio de los demás Estados miembros*".<sup>1047</sup> En otras palabras, la reducción operada por una NNA en la pensión sobre la que incide, no podrá superar la cuantía de las prestaciones o ingresos con las que se acumula.<sup>1048</sup>

**B).- El artículo 46 ter.**

El artículo 46 ter, como su rúbrica indica, establece "*disposiciones particulares aplicables en caso de acumulación de prestaciones de la misma naturaleza, debidas en virtud de la legislación de dos o más Estados miembros.*" Este artículo pretende proteger los derechos adquiridos del migrante, identificando estrictamente ante que tipo de prestaciones pueden incidir las NNA y en que supuestos específicos de cúmulo de prestaciones de igual naturaleza pueden intervenir.<sup>1049</sup>

El **primer apartado de artículo 46 ter** señala que "*las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión contenidas en la legislación de un Estado miembro no serán aplicables a una prestación calculada según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46*". Artículo este último donde, como es sabido, se describe la segunda vía o el procedimiento de cálculo de la cuantía teórica prorrateada, empleado para calcular las pensiones de vejez <comunitarias> o reconocidas vía totalización. Esta disposición interpretada <sensu contrario> implica que, ante un cúmulo de prestaciones de igual naturaleza, las NNA sólo podrán recaer sobre las pensiones autónomas calculadas en el marco estricto del Derecho nacional, y nunca sobre las <pensiones comunitarias> parciales o prorrateadas. Se puede afirmar, por tanto, que el cúmulo de prestaciones comunitarias calculadas en el marco del artículo 46.2 es consentido por el legislador comunitario, al considerarse que la existencia de pensiones parciales no resulta abusiva tras la ponderación que en su cuantía propicia la prorrata temporis. La suma de

---

<sup>1047</sup> Este límite cuantitativo se aplica en todos los sistemas de SS de los Estados miembros salvo respecto de las NNA danesas, tal y como se señala en el Anexo VI.B.7. Esta diferencia de trato avalada desde el propio R. 1408 se sustenta en las características específicas de la NNA que se aplica a prorrata de los períodos de seguro cumplidos en el marco de la legislación de SS de Dinamarca. En efecto, parece que la propia NNA limita sus efectos de una manera proporcional, haciendo innecesario la aplicación de la regla general, pues los derechos adquiridos en el marco de esta normativa nacional ya están protegidos.

<sup>1048</sup> Véase el apartado 15 de la STJCE de 12-2-1998 sobre el Asunto Cordelle (C-366/96) que versa sobre la aplicación de una NNA belga que opera sobre una pensión belga de supervivencia que se acumula con una pensión de vejez francesa, la reducción que la disposición belga puede generar sobre la pensión de supervivencia tiene como límite el importe de la pensión francesa.

<sup>1049</sup> Véanse los considerandos decimosexto y decimoséptimo de la Exposición de motivos del R. 1248/92.

pensiones parciales de igual naturaleza configura, como se ha señalado, “... un importe prorrateado garantizado por el Derecho Comunitario”.<sup>1050</sup>

El apartado segundo del artículo 46 ter<sup>1051</sup> identifica, por un lado, los tipos de pensiones nacionales autónomas sobre las que una NNA podría incidir; señalando, por otro lado, las pensiones de igual naturaleza con las que su concurrencia podría ser considerada <a priori> abusiva y limitada por el legislador nacional.

Respecto de la primera cuestión, hay que señalar que las NNA podrán incidir, en primer lugar, sobre las pensiones nacionales autónomas tipo A, mencionadas en el Anexo IV.D.1° del R.1408; y que, como es sabido, se otorgan por su cuantía completa con independencia de los períodos de seguro cumplidos.<sup>1052</sup> En segundo lugar, el artículo 46 ter también permite que las NNA incidan sobre prestaciones tipo B+A, mencionadas en el Anexo IV.D.2° del R. 1408, y que son definidas como aquellas “cuya cuantía se determina en función de un período ficticio, que se presumirá cumplido entre la fecha del hecho causante y una fecha posterior.”<sup>1053</sup> Asimismo, una interpretación *sensu contrario* del artículo 46 ter.2 permite afirmar que ninguna NNA puede pretender reducir, suspender o suprimir una pensión de vejez contributiva nacional autónoma tipo B cuando se acumule con otras prestaciones de igual naturaleza.

Respecto de la segunda cuestión, el legislador comunitario identifica en las letras a) y b) del artículo 46 ter. 2 los cúmulos prohibidos, que por su carácter abusivo se

---

<sup>1050</sup> VIVES CABALLERO, Marta. “Normas de coordinación...” op. cit. P. 40

<sup>1051</sup> “Las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión contenidas en la legislación de un Estado miembro sólo se aplicarán a una prestación calculada según lo dispuesto en el inciso i) de la letra a) del apartado 1 del artículo 46 si se trata:

- a) de una prestación cuyo importe sea independiente de la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos y que éste señalada en la parte D del Anexo IV, o
- b) de una prestación cuyo importe se determine en función de un período ficticio, que se presumirá cumplido entre la fecha del hecho causante y una fecha posterior. En este último supuesto, dichas cláusulas se aplicarán en caso de acumulación de dicha prestación:
  - i) con una prestación del mismo tipo, salvo si entre dos o más Estados miembros se ha firmado un acuerdo para evitar que se tenga en cuenta dos o más veces el mismo período ficticio,
  - ii) o con una prestación del tipo mencionado en la letra a). Las prestaciones mencionadas en las letras a) y b) y en los acuerdos se mencionan en la parte D del Anexo IV”

<sup>1052</sup> Así, por ejemplo, el perceptor de una pensión de viudedad holandesa de tipo A completa y que perciba simultáneamente una pensión de viudedad de otro Estado miembro con legislación tipo B, puede ser objeto de la NNA holandesa.

<sup>1053</sup> Véase sobre la aplicación de esta primera limitación el apartado 38 de las Conclusiones del Abogado General sobre el Asunto Conti (C-143/97) donde se considera que el artículo 46 ter.2, ante un cúmulo de prestaciones de igual naturaleza, impedía que una NNA belga incidiese sobre una pensión tipo B.

permite la aplicación de las NNA. La letra a) señala que las NNA podrán incidir sobre una pensión autónoma reconocida y calculada de forma exclusiva en el marco de una legislación tipo A, cuando se acumule con otras prestaciones de igual naturaleza de tipo B o B+A.<sup>1054</sup> En segundo lugar, a tenor de la letra b) del artículo 46 ter.2, se pueden aplicar NNA a las pensiones autónomas tipo B+A cuando concurren con las siguientes prestaciones de igual naturaleza. Bien con una prestación tipo A o bien con una prestación del mismo tipo B+A, “...salvo si entre dos o más Estados miembros se ha firmado un acuerdo para evitar que se tenga en cuenta dos o más veces el mismo período ficticio,” que otorgan con carácter tuitivo tales legislaciones.<sup>1055</sup>

### C).- El artículo 46 quater

Este artículo se refiere a la aplicación de las NNA al cúmulo de una o más pensiones de igual naturaleza con una o varias pensiones de distinta naturaleza reconocidas en distintos Estados miembros; o a la concurrencia de una pensión con otros ingresos foráneos. Así, por ejemplo, se puede estar refiriendo a la percepción simultánea por un mismo sujeto, en un caso, de una pensión de vejez contributiva reconocida en el marco de una legislación nacional y una pensión de viudedad reconocida por otro Estado miembro; en otro caso, a la acumulación de esta última prestación con los ingresos que percibe en el territorio de otro Estado miembro.<sup>1056</sup>

El artículo 46 quater establece un marco comunitario más laxo para la aplicación de las NNA que el diseñado por el artículo 46 ter, pues tan sólo fija ciertos límites cuantitativos a los efectos negativos dimanantes de su aplicación,<sup>1057</sup> esto es, coordina la

---

<sup>1054</sup> Así, por ejemplo, la letra a) del artículo 46 ter.2, permitiría la aplicación de una hipotética NNA española que incidiese sobre la pensión de invalidez reconocida en su seno, cuando ésta se hubiese acumulado con otras pensiones de invalidez alemanas o italianas, tipo B o B+A.

<sup>1055</sup> Hay que señalar, que en el punto 3º del Anexo IV.D se incluye el Convenio Nórdico de SS de 15 de julio de 1992, junto al Acuerdo sobre SS de 28-4-1997 entre Alemania y Finlandia, añadido por el Reglamento 1399/1999 de 29-4-1999 que modificó el mencionado Anexo. Este Anexo IV.D.3 había sido modificado previamente por el Reglamento 1290/97 de 27-6-1997 que suprimió el *Acuerdo de 20 de julio de 1978 entre el Gobierno del Gran Ducado de Luxemburgo y el Gobierno de la República Federal de Alemania sobre diversas cuestiones de Seguridad Social*”.

<sup>1056</sup> La rúbrica de este artículo señala : “*disposiciones particulares aplicables en caso de acumulación de una o varias prestaciones señaladas en el apartado 1 del artículo 46 bis con una o varias prestaciones de naturaleza distinta o con otros ingresos, cuando ello afecte a dos o más Estados miembros*”.

<sup>1057</sup> A tenor del Anexo VI.B.7 del R.1408 los límites cuantitativos establecidos en el apartado 1 del artículo 7 del Reglamento 574/72 y los apartados primero y tercero del artículo 46 quater, al igual que sucedía con el incluido en la letra d) del apartado 3 del artículo 46 bis, no se aplican a las pensiones liquidadas conforme a la legislación danesa dadas las características específicas de su NNA.

aplicación simultánea de NNA, impidiendo que penalice excesivamente la cuantía de los derechos adquiridos. En efecto, la aplicación concomitante de NNA precisaba un límite ad-hoc al resultar inaplicable el establecido, con carácter general, por la letra d) del artículo 46 bis.3, sólo operativo en el caso de aplicación aislada de una NNA. Con este objetivo el artículo 46 quater contempla tres supuestos básicos, en función del tipo de pensiones sobre las que pretendan incidir las mencionadas NNA; distinguiendo entre: pensiones nacionales autónomas, pensiones comunitarias prorrateadas, o sobre ambos tipos de prestaciones a la vez.

**El apartado primero del artículo 46 quater** regula el supuesto de aplicación concomitante de NNA, que supongan la reducción, suspensión o supresión de dos o más prestaciones autónomas, en cuyo caso se establece que:

*“... las cantidades que no se abonarían en caso de aplicarse estrictamente, (...) las citadas NNA, contenidas en la legislación de los Estados miembros afectados serán divididas por el número de prestaciones sujetas a reducción, suspensión o supresión”*.<sup>1058</sup>

Esta norma comunitaria supone que si un trabajador migrante recibe una pensión de vejez de 500 euros del Estado X y una de 200 euros del Estado Y, percibiendo simultáneamente una pensión de viudedad del Estado Z por 400 euros. Si existiesen en los Estados X e Y, NNA que estipulasen la incompatibilidad de las pensiones de vejez con la percepción de este derecho derivado, la deducción estipulada en cada uno de ellas habría de dividirse entre dos. De manera que el Estado X sólo podría reducir su prestación en 200 euros, abonando los 300 restantes; mientras que en el marco de la legislación Y que sin la intervención del artículo 46 quater hubiera deducido los 200, desapareciendo, se deberán seguir abonando 100, al dividirse entre dos la deducción inicial mencionada.<sup>1059</sup>

Aunque por regla general este artículo protege los derechos adquiridos en una medida razonable, hay que señalar que cuando la cantidad deducible es muy elevada puede reducir excesivamente la virtualidad de la NNA aplicable. En efecto, la mera división de la cantidad deducible, obliga a abonar prestaciones, pese a que en el marco de la aplicación estricta de tal NNA, no se hubiera adeudado prestación alguna o ésta tendría una cuantía más reducida. Para eliminar tal consecuencia que podría parecer

---

<sup>1058</sup> Esta norma es idéntica a la establecida con carácter general en el artículo 7.2 del Reglamento 574/72 en aplicación del artículo 12 del Reglamento 1408/72.

excesivamente tuitiva, tal vez hubiera sido más razonable que en el marco del artículo 46 quater.1 se procediera a “...dividir los ingresos computables totales que pueden dar lugar a una reducción, suspensión o supresión por el número de prestaciones sujetas a reducción, en lugar de dividir la cantidad que no se abonaría en virtud de la legislación nacional”.<sup>1060</sup>

**El apartado segundo del artículo 46 quater** establece un límite a la aplicación de una NNA, que pretenda incidir sobre una pensión calculada en el marco del 46.2, pues a diferencia del artículo 46 quater.1, no es preciso la intervención simultánea de más de una NNA para que sea aplicable.<sup>1061</sup> Según este segundo apartado la institución competente que pretenda aplicar en este contexto una NNA deberá proceder al cómputo proporcional de todos los períodos extranjeros y propios. Efectivamente debe valorar de manera proporcional la incidencia de las cantidades extranjeras sobre la prestación nacional que pretende penalizar. La proporción a utilizar por la institución mencionada coincidirá con el porcentaje de prorrata que empleó sobre la cuantía teórica de la pensión que ahora pretende reducir, suspender o suprimir:

*“...la prestación o prestaciones de naturaleza distinta de los demás Estados miembros o los demás ingresos, así como todos los elementos previstos en la legislación del Estado miembro para la aplicación de las cláusulas de reducción,<sup>1062</sup> suspensión o supresión serán computados proporcionalmente a los diversos períodos de seguro y/o residencia especificados en la letra b) del apartado 2 del artículo 46 que se hayan tomado en consideración para el cálculo de dicha prestación”.*

Así, reutilizando el ejemplo anterior y considerando que el trabajador migrante ha trabajado 30 años en el Estado X y 10 en el Estado Y; la aplicación de la NNA que

---

<sup>1059</sup> Modificando levemente el ejemplo empleado por **BOKELOH, A.** “Pensions...” op. cit. p. 285

<sup>1060</sup> Con esta modificación no se producirían supuestos como el que describe **VIVES CABALLERO, Marta.** “Normas de coordinación...” op. cit. P. 41. Relativo a la beneficiaria de sendas pensiones de viudedad en dos Estados miembros y que recibe altos ingresos de un tercero. En este caso si “*Ambos Estados prevén el cómputo de los ingresos propios o derivados de la actividad profesional para el cálculo de la pensión de viudedad. La percepción de ingresos muy elevados por parte de la viuda hubiera bastado para la supresión total de ambas pensiones de viudedad. Sin embargo la aplicación de la disposición citada (el vigente 46 quater) obliga a los Estados afectados a abonar la mitad de sus respectivas pensiones de viudedad.*”

<sup>1061</sup> **VIVES CABALLERO, Marta.** “Normas...” op. cit. P. 42.

<sup>1062</sup> La inclusión de la expresión <todos los elementos previstos en la legislación del Estado miembro para la aplicación de las cláusulas de reducción>, de acuerdo con la interpretación de la Comisión contenida en la p.24 del Documento COM/89 370 final, “...permite que un Estado miembro, cuya legislación prevea que la atribución de una prestación está vinculada al examen de la situación de la interesada respecto de una cuantía de referencia (recursos, salario, prestación a tanto alzado) efectúe también el cálculo sobre una cantidad prorrateada. De esta forma, se reducen todos los elementos de la



existiese en la legislación del Estado X conducirá a una deducción de 30/40 de 400 euros, esto es, 300 euros. Mientras que la institución competente de Y deducirá tan sólo de la pensión de vejez reconocida en su seno una cantidad equivalente a 10/40 de 400, es decir, 100 euros, debiendo abonar, por tanto, todavía una pensión por ese mismo valor, esto es, 100 euros.<sup>1063</sup>

**El tercer apartado del artículo 46 quater**, por su parte, se ocupa de la aplicación de NNA con incidencia simultánea sobre pensiones de ambos tipos, es decir, de una o varias pensiones nacionales autónomas, calculadas según el artículo 46.1.a.i), o de una o varias pensiones prorrateadas, calculadas según el 46.2.

La letra a) del artículo 46 quater.3. se refiere a la incidencia de la NNA sobre las pensiones nacionales autónomas, insistiendo el legislador comunitario en la solución aportada previamente, esto es, en el primer apartado del artículo 46 quater y que prácticamente reitera de forma literal. En virtud de esta disposición, deberán dividirse las cantidades que no se abonarían como resultado de la aplicación de la NNA, entre el número de prestaciones sujetas a reducción, suspensión o supresión. Por su parte, la letra b) del artículo 46 quater.3 se refiere a la incidencia de la NNA sobre las prestaciones prorrateadas, remitiéndose la solución de tal supuesto a la mencionada en el apartado segundo del mencionado artículo 46 quater, que en esta ocasión opta por no transcribir. A tenor de las dos disposiciones mencionadas, se puede concluir que el apartado tercero del artículo 46 quater resulta superfluo, pues no otorga ninguna solución novedosa siendo su tenor redundante respecto de los apartados que lo preceden.<sup>1064</sup>

**El apartado cuarto del artículo 46 quater** señala que:

*“Cuando en los casos indicados en el apartado 1 y en la letra a) del apartado 3, la legislación de un Estado miembro disponga que para la aplicación de las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión se computen las prestaciones de naturaleza distinta y/u otros ingresos así como todos los elementos restantes, proporcionalmente a los períodos de seguro que se especifican en la letra b) del apartado 2 del artículo 46, no se aplicará para dicho Estado miembro la división contemplada en los apartados citados”*

La disposición transcrita exceptúa las reglas establecidas previamente en el 46 quater.2 en el supuesto de que la NNA aplicable pretenda incidir sobre pensiones

---

*comparación en función de la relación existente entre los períodos de seguro citados en la letra b) del apartado 2 del artículo 46”.*

<sup>1063</sup> Véase **BOKELOH, A.** “Pensions...” op. cit. p. 285.

<sup>1064</sup> Más sistemático en este punto resulta el artículo 37 de <la Propuesta>.

nacionales autónomas. En este caso si la NNA establece expresamente la solución prevista en el artículo 46 quater.2, se deberá aplicar en sus propios términos, esto es, que si la NNA estableciese su aplicación a prorrata de los períodos cumplidos en su seno; registrá éste sistema nacional en detrimento de la división mencionada en el 46 quater.1 o en el 46 quater.3.b). En definitiva, el legislador comunitario en el artículo 46 quater.4 evita la aplicación de las cautelas comunitarias cuando ya existen en el marco nacional, medidas que permiten aplicar ponderadamente la NNA. Resulta evidente que la aplicación acumulativa de las cautelas nacionales y comunitarias dejaría prácticamente vacío de contenido la NNA.<sup>1065</sup>

Por último, **el apartado quinto del artículo 46 quater**<sup>1066</sup> establece que:

*“el conjunto de las disposiciones antes citadas se aplicará por analogía cuando la legislación de uno o varios Estados miembros establezca que no se puede tener derecho a una prestación en caso de percibir una prestación de naturaleza diferente debida con arreglo a la legislación de otro Estado miembro u otros ingresos”.*

Este apartado tiene como objetivo suavizar cuantitativamente los efectos altamente perniciosos de aquellas NNA que impiden el nacimiento mismo de un derecho, cuando ya se han reconocido previamente otras prestaciones o disfruta el beneficiario de ciertos ingresos. En efecto, no se refiere a la supresión por medio de una NNA de una prestación ya reconocida, supuesto ya regulado en los apartados anteriores. El artículo 46 quater.5 permite ponderar los efectos económicos de dichas NNA, cuando por ejemplo, establezcan un tope de ingresos a partir del cual actúen sobre las prestaciones.

#### **VII-4.- DETERMINACION DE LA PENSION REAL O EFECTIVA.**

La institución competente que está realizando el doble cálculo, una vez aplicadas las NNA que pudieran existir en su legislación siempre respetando los límites

---

<sup>1065</sup> Este apartado cuarto ha sido interpretado por la Comisión en el Documento COM/89 370 final, p. 25, en el sentido de que: “...se refiere, por lo tanto, a los casos en que la propia legislación de un Estado miembro garantiza que una pensión autónoma sólo puede ser reducida, debido a que se disfruta de una prestación de naturaleza distinta, en una fracción, correspondiente a la relación entre la duración de los períodos de seguro cubiertos en dicho Estado miembro y la duración total de los períodos de seguro cubiertos en todos los Estados miembros. Es evidente que, en esta situación, no interesa imponer a dicho Estado miembro la aplicación de los apartados 1 a 3”. Así sucede con la legislación danesa.

<sup>1066</sup> Hay que señalar que, a tenor del artículo 39.5 del R. 1408, las normas contenidas en el artículo 46 quater.5 son aplicables por remisión desde el capítulo II a la acumulación de prestaciones de invalidez tipo A con otras prestaciones de distinta naturaleza.

establecidos en los artículos 46 bis, 46 ter y 46 quater, elegirá la pensión mas elevada entre la calculada en el marco del estricto Derecho nacional y la cuantía teórica prorrateada. La pensión elegida será la efectivamente abonable por esta Institución, salvo que sea preciso realizar una nueva comparación, esta vez, entre tal pensión elegida y aquéllas resultantes de aplicar ciertas normas internacionales convencionales de SS distintas del R. 1408, cuestión que se analiza en el epígrafe siguiente.

**VII-4-1.- Comparación con el resultado de aplicar otras normas internacionales:**

La obligación de comparar la pensión obtenida del procedimiento de cálculo del R. 1408 con la dimanante de otras normas internacionales con el objetivo de identificar la norma más favorable, como se señaló, deriva del artículo 46.4 del R.1408<sup>1067</sup> y de cierta jurisprudencia del TJCE.

En primer lugar, hay que señalar que, en virtud del artículo 46.4<sup>1068</sup> del R. 1408 se exceptúa el artículo 6.b) del R. 1408 que establecía el efecto sustitutorio general de la norma derivada respecto de los Convenios multilaterales de Seguridad Social. Siempre que éstos, por un lado, vinculasen al menos “*a dos Estados miembros y a uno o varios de otros Estados, siempre que se trate de casos en cuya resolución no haya de intervenir ninguna institución de uno de estos últimos Estados,*” y por otro lado, cuando de su aplicación se derive una protección más generosa para el migrante. La valoración del conjunto de las prestaciones reconocidas en las distintas legislaciones nacionales competentes a tenor del R. 1408 y las que se percibirían en el marco de la norma internacional deberá ser realizada la institución instructora que centraliza la mencionada información.

En segundo lugar, como es sabido, a partir de la STJCE de 7-2-91 sobre el Asunto Rönfeldt (227/89), basándose en el principio de intangibilidad de los derechos nacionales, obligaba a comparar las pensiones resultantes de la aplicación del R. 1408 con las obtenidas en el marco de la aplicación de los Convenios internacionales de SS

---

<sup>1067</sup> Véase supra el epígrafe III-2-1-2 del primer capítulo de este trabajo. Estas comparaciones de las pensiones resultantes de aplicar el R. 1408 con otras normas internacionales parecen haber desaparecido de <la Propuesta>, cuyo artículo 6 no exceptúa el principio de sustitución general de las mismas, por el R. 1408, no existiendo ninguna disposición que recoja el contenido del artículo 46.4 del vigente Reglamento.

<sup>1068</sup> “*Cuando la suma de las prestaciones en concepto de pensiones o rentas de invalidez, vejez o supervivencia adeudada por las instituciones competentes de dos o más Estados miembros en virtud de lo establecido en alguno de los convenios multilaterales de Seguridad Social a que se refiere la letra b) del artículo 6 no sea superior a la suma que pasarían a deber dichos Estados miembros si se aplicase lo dispuesto en los apartados 1 a 3, el interesado quedará acogido a lo estipulado en el presente capítulo.*”

entre Estados miembros, integrados en el Derecho nacional de los firmantes. De acuerdo con la STJCE de 9-11-1995, sobre el asunto Thévenon (C-475/93) la institución competente deberá realizar tal comparación, con el objetivo de abonar la pensión más elevada, solamente cuando el solicitante posea una expectativa de derecho en el marco del convenio internacional aplicable. Circunstancia que concurre cuando el migrante hubiese cumplido períodos de seguro en el marco de tal convenio en un momento previo a la entrada en vigor de la normativa comunitaria.<sup>1069</sup>

#### **VII-5.- COMPLEMENTO POR MINIMO: Artículo 50 Reglamento 1408/1.**

El artículo 50 del R. 1408 tiene por objeto regular los casos en que la cuantía total de las pensiones abonadas por las legislaciones nacionales competentes no asegure un nivel de vida razonable, a tenor de la pensión mínima establecida en el marco de la legislación del Estado deudor de una de estas prestaciones donde reside el migrante.<sup>1070</sup> Como la propia rúbrica del artículo 50 indica, se procederá a la *“asignación de un complemento cuando la suma de las prestaciones debidas con arreglo a legislaciones de distintos Estados miembros no alcance el mínimo establecido en la legislación de aquel de dichos Estados en cuyo territorio resida el beneficiario”*.

Así , cuando el Estado de residencia del beneficiario sea simultáneamente Estado deudor de una pensión de jubilación contributiva, éste no podrá percibir como resultado de la suma de todas las pensiones reconocidas en el marco del R. 1408, una cantidad inferior a *“...la de la prestación mínima fijada por dicha legislación para un período de seguro o de residencia igual al conjunto de los períodos computados para la liquidación según lo dispuesto en los artículos precedentes”*.<sup>1071</sup> Pues *“...la institución competente de dicho Estado le abonará, durante todo su período de residencia en su territorio, un complemento igual a la diferencia entre la suma de las prestaciones debidas en virtud del presente capítulo y la cuantía de la prestación mínima”*

Obviamente la aplicación del artículo 50 se supedita a la existencia en el marco de la legislación nacional del Estado deudor de residencia de lo que se ha denominado

---

<sup>1069</sup> Este criterio fue ratificado por el TJCE en su STJCE Naranjo Arjona de 9-10-1997 y en los Apartados 27 a 31 de la STJCE de 17-12-1998 sobre el asunto Grájera Rodríguez (C-153/97).

<sup>1070</sup> En este sentido apartado 5 de la STJCE de 30-11-1977 sobre el asunto Torri (64/77).

<sup>1071</sup> Inciso que permite afirmar, de acuerdo con el punto 50 de las Conclusiones del Abogado General Alber al Asunto Conti (C-143/97), que el artículo 50 *“presupone necesariamente la liquidación con arreglo al Derecho comunitario de las prestaciones de pensión a efectos del apartado 2 del artículo 46”*.

<pensión mínima>.<sup>1072</sup> De acuerdo con la STJCE de 17-12-1981 sobre el Asunto *Browning* (C-22/81) se debe entender que la legislación de un Estado incluye una pensión mínima, cuando dicha normativa incluye una “... *garantía específica que tiene por objeto asegurar a los beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social unos ingresos mínimos superiores al importe de las prestaciones a las que tendría derecho sobre la base exclusiva de sus períodos de afiliación y de sus cotizaciones*”.<sup>1073</sup>

#### **VII-6.- REVALORIZACIÓN Y NUEVO CALCULO DE PENSIONES: Artículo 51 del R. 1408.**

El artículo 51 del R. 1408 es la concreción de la norma general contenida en el artículo 11 del Título I del R.1408, sobre <revalorización de las prestaciones>, donde se señala que: “*las normas de revalorización previstas por la legislación de un Estado miembro serán aplicables a las prestaciones debidas en virtud de esa legislación, teniendo en cuenta las disposiciones del presente Reglamento.*” El artículo 51 distingue en su seno entre los supuestos en los que procede la aplicación de tales normas nacionales sobre revalorización automática de las pensiones, y aquellos otros supuestos en los que es imprescindible realizar un nuevo cálculo de pensiones, siempre en el marco del artículo 46 del R. 1408:

*“1.- Cuando por razón del aumento del coste de la vida, de la variación del nivel de los salarios o de otras causas de adaptación, las prestaciones de los Estados afectados se modifiquen en un porcentaje o cuantía determinados, dicho porcentaje o cuantía deberá aplicarse directamente a las prestaciones establecidas con arreglo al artículo 46, sin que haya que proceder a un nuevo cálculo.*

*2.- Por el contrario, en caso de modificación del modo de establecimiento o de las reglas de cálculo de las prestaciones, se efectuará un nuevo cálculo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 46.”*

Respecto de la disposición transcrita, se deben hacer las siguientes puntualizaciones: en primer lugar, que la mención que hace al artículo 46, sin especificar apartado alguno, supone, como ha confirmado el TJCE, que el artículo 51 no sólo afecta a las pensiones calculadas a prorrata, esto es, de acuerdo con el procedimiento comunitario descrito en el artículo 46.2. En sentido contrario también

---

<sup>1072</sup> Como señaló en la STJCE de 30-11-1977 sobre el Asunto Torri ( 64/77).

<sup>1073</sup> Asimismo, debe señalarse, de acuerdo con las Conclusiones del Abogado General al mencionado Asunto, que “*la prestación mínima no tiene por qué estar necesariamente expresada en la legislación en términos de una determinada cuantía. Puede tratarse de un importe calculado aplicando una determinada fórmula*”.

afectará a las pensiones calculadas exclusivamente en el marco del Derecho nacional, de acuerdo con el 46.1.a)i).<sup>1074</sup>

En segundo lugar, hay que señalar que en el artículo 51.1 se identifican los supuestos en que se ha de proceder a una revalorización automática y autónoma de la pensión, esto es, a la que se le añadirá una cantidad o aplicará un porcentaje sobre el monto vigente, con el fin de adaptarlo. Mientras que en el artículo 51.2 se establece la obligación de realizar un nuevo cálculo de la pensión de vejez como consecuencia de una modificación del método de cálculo de la pensión nacional.

En tercer lugar, respecto del apartado primero, hay que destacar que la pensión se revaloriza de forma automática y autónoma cuando tal modificación derive de una norma nacional que atiende a la evolución general de la situación económica y social.<sup>1075</sup> En sentido contrario, habrá que recalcular la pensión en el marco del artículo 46 cuando la legislación nacional imponga la revisión de la cuantía de la pensión afectada atendiendo a “...los cambios sobrevenidos en la situación individual del asegurado”.<sup>1076</sup>

En cuarto lugar, se puede afirmar que el artículo 51.1 del R. 1408 ampara el “*principio de una evolución autónoma de las prestaciones de SS (...) calculadas conforme al artículo 46, en el sentido de que, una adaptación practicada en uno de ellos no debe afectar a las prestaciones abonadas en los demás.*”<sup>1077</sup> Efectivamente, el artículo 51.1 impide un nuevo cálculo de la prestación cuya cuantía se fijó de forma comparativa, esto es, considerando la percepción y el monto de prestaciones reconocidas en otros Estados miembros, cuando los cambios operados en estas últimas respondan a la aplicación de normas nacionales que atienden a circunstancias de tipo

---

<sup>1074</sup> Se trata de una consecuencia lógica, pues que se haya otorgado finalmente esta prestación calculada en el ámbito estrictamente nacional deriva, normalmente y salvo renuncia al cálculo del 46.2, de una comparación previa con la prestación calculada de acuerdo con el procedimiento comunitario, de cuantía teórica prorrateada establecido en el artículo 46.2. Véase en el sentido expuesto el apartado 20 de la STJCE de 20-3-1991 sobre el asunto Cassamali (C-93/90) y la STJCE de 18-2-1993 sobre el asunto Bogana (193/92), en cuyo Fallo se señala que una pensión calculada bajo la normativa nacional debe considerarse una <pensión determinada con arreglo al artículo 46 del Reglamento> pues hubo de ser comparada con la calculada de acuerdo con el 46.2.

<sup>1075</sup> Véase STJCE de 5-5-1983 Asunto Van der Bunt-Craig (238/81) “ninguna disposición de Derecho comunitario impone el recálculo periódico de una prestación de seguridad social cuyo importe haya sido establecido en otro Estado miembro debido a una variación de las tasas de conversión de moneda”.

<sup>1076</sup> En este sentido, véase la STJCE de 2-2-1982 sobre el Asunto Sinatra (7/81)

<sup>1077</sup> En este sentido, véanse las alegaciones de la Comisión, recogidas en el punto tercero del Informe para la vista sobre el Asunto Bogana (C-193/92)

económico coyuntural.<sup>1078</sup> En este sentido, si la cuantía de la pensión se fijó considerando una NNA externa que impedía que superara una determinada cantidad, la revalorización automática de las prestaciones reconocidas en otro u otros Estados miembros, no justifica la realización de un nuevo cálculo de la pensión mencionada en primer lugar.<sup>1079</sup> Como ha señalado el TJCE, esta medida responde a una simplificación de la labor administrativa de las autoridades competentes en materia de SS: “... a las que se evita la incómoda tarea de tener que realizar continuamente nuevos cálculos de las prestaciones como consecuencia de las adaptaciones al coste de la vida de las prestaciones pagadas en otros Estados miembros”.<sup>1080</sup>

En quinto lugar, conviene señalar que la regla mencionada en el párrafo anterior no es absoluta, en el sentido de que habrá que valorar la naturaleza de la pensión concreta cuyo cálculo se realizó de manera comparativa. Efectivamente, como ha señalado el TJCE,<sup>1081</sup> el artículo 51.1 no puede aplicarse a ciertas <prestaciones de ingresos garantizados>, pues la imposibilidad de proceder a un nuevo cálculo, en este caso, desnaturalizaría el objeto de la prestación y alteraría el sistema de la legislación nacional que establezca este tipo de prestación. Se está aludiendo a prestaciones, como las pensiones de jubilación no contributivas, cuya finalidad es garantizar a las personas de edad avanzada unos ingresos, que compensan su insuficiencia de recursos económicos hasta alcanzar un nivel mínimo. Prestaciones cuya cuantía es “... independiente de cualquier duración de seguro o de residencia, sino que es igual a la diferencia entre, por un lado, el ingreso mínimo fijado por la legislación nacional y, por otro, una parte de los recursos económicos del beneficiario, entre los que figuran las pensiones, tanto nacionales como extranjeras, que percibe.” El carácter diferencial de la cuantía de estas prestaciones que proporcionan ingresos garantizados es el que

---

<sup>1078</sup> Véase en este sentido STJCE de 1-3-1984 sobre el Asunto Cinciulo (104/83)

<sup>1079</sup> Véase STJCE de 21-3-1990 sobre el asunto Ravidá ( C-85/89) y de 20-3-1991 sobre el asunto Cassamali (C-93/90), en cuyo Fallo se señala que: “... cuando en virtud de las normas nacionales anticúmulo, la pensión abonada a un trabajador por Estado miembro haya sido calculada en una cantidad tal que, al sumarse a la cuantía de una prestación de naturaleza distinta abonada por otro Estado miembro, no exceda cierto límite máximo, ni el apartado 1 del artículo 51 del Reglamento, ni ninguna otra disposición del Derecho comunitario permite que la cuantía de esa pensión sea ajustada para impedir que ese límite máximo sea superado si posteriormente se realizan nuevos ajustes en la otra prestación como consecuencia de la evolución general de la situación económica y social”.

<sup>1080</sup> Véase apartado 11 de las Conclusiones del Abogado General sobre el asunto Bogana (C-132/92) basadas a su vez en la STJCE de 20-3-1991 sobre el asunto Cassamali (C-93/90).

obliga a que para la determinación y la adaptación de su cuantía se realice un nuevo cálculo en el marco del artículo 46, avalado por el artículo 51.2 del R. 1408.<sup>1082</sup>

En sexto lugar, hay que señalar que el artículo 51.2 del R. 1408 exigirá un nuevo cálculo de la pensión en el marco del artículo 46 cuando se produzca una modificación de las normas nacionales destinadas para calcular las prestaciones liquidadas.<sup>1083</sup> Sin embargo, no existirá la obligación de recalcular la pensión, si el propio legislador nacional estipula que los cambios sufridos por la normativa nacional de cálculo no afecten a las pensiones liquidadas antes de la entrada en vigor de tal modificación.<sup>1084</sup>

Por último, debe señalarse que la obligación de recalcular una pensión, no siempre deriva de los cambios operados en la legislación nacional competente, pudiendo surgir de las modificaciones sufridas por el propio R.1408, siempre siguiendo las normas transitorias establecidas al efecto. Así sucede respecto de los apartados 4 a 6 del artículo 95 bis, norma transitoria introducida en el R. 1408 por el Reglamento 1248/92 con el objeto de ofrecer la posibilidad de revisión de derechos a pensiones ya liquidadas a la luz de la nueva regulación y sus efectos en el tiempo.<sup>1085</sup> Estas normas transitorias también resultan aplicables en los casos en que se interpuso un recurso ante un órgano jurisdiccional antes del 1-6-92, fecha de entrada en vigor del R. 1248, aunque no hubiese recaído una decisión definitiva sobre el mismo antes de dicha fecha.<sup>1086</sup> Asimismo debe recordarse, que la posibilidad de revisar una pensión a la luz de la nueva normativa comunitaria siempre es a instancia de parte, es decir, se subordina a una

---

<sup>1081</sup> Véanse el Fallo así como los apartados 34 y siguientes de la STJCE de 22-4-1993 sobre el Asunto Levatino (C-65/92).

<sup>1082</sup> Véase la STJCE de 2-10-1997 sobre el Asunto Cirotti (C-144/96) donde se resume toda la jurisprudencia previa incluida la STJCE Levatino cuya doctrina no es aplicable a una prestación como la de jubilación concedida al cónyuge separado en Bélgica por no ser una pensión mínima o prestación cuyo fin sea compensar la insuficiencia de recursos del interesado para permitirle alcanzar el nivel mínimo de recursos garantizados por la legislación nacional.

<sup>1083</sup> En el tenor del artículo 51.2 "*no hay nada que haga pensar que el nuevo cálculo que autoriza haya de realizarse por cualquier otro motivo que no sea una modificación de la manera de determinar o de calcular las prestaciones reguladas en dicho Capítulo III.*" De manera que la concesión en otro Estado miembro de una prestación calificada de subsidio familiar o los cambios en sus reglas de cálculo no faculta la realización de un nuevo cálculo de la pensión. Véase en este sentido la STJCE de 22-9-1994 sobre el Asunto Bettaccinni (C-301/93)

<sup>1084</sup> STJCE de 12-7-1989 sobre el Asunto Jordan (141/88)

<sup>1085</sup> Véanse los apartados 11 y siguientes de la STJCE de 25-9-1997 sobre el Asunto Baldone (C-307/96).

<sup>1086</sup> Véase el apartado 25 de la STJCE de 22-02-01 sobre el Asunto Camarotto (C-52/99).



solicitud expresa del interesado,<sup>1087</sup> resultando inadmisibles que una institución nacional proceda, de oficio, a un nuevo cálculo de la prestación ya liquidada, máxime cuando tal revisión perjudique los intereses del beneficiario.<sup>1088</sup>

#### **VIII.- RECONOCIMIENTO Y CALCULO DE UNA PENSION DE JUBILACIÓN CONTRIBUTIVA ESPAÑOLA EN EL MARCO DEL R. 1408.**

Como se anunciaba, el objeto de este último epígrafe es el análisis de los principales problemas jurídicos detectados, a la luz de la jurisprudencia nacional y comunitaria, respecto del reconocimiento y cálculo de una pensión de jubilación contributiva española en el marco del R. 1408. Debe señalarse que en España se detecta, al igual que en otros Estados miembros, una reticencia de los “*órganos judiciales que coronan las jurisdiccionales*” a plantear cuestiones prejudiciales,<sup>1089</sup> de hecho el TS sólo se ha dirigido en una única ocasión al TJCE para solventar sus dudas interpretativas sobre la interpretación del R. 1408. En efecto, la mayoría de las cuestiones provienen de <tribunales inferiores> que suelen discrepar respecto de la interpretación mantenida por el TS. Circunstancia que, por un lado, pone de manifiesto la posibilidad que brinda este procedimiento comunitario a los tribunales nacionales que conocen en instancia, de discrepar o cuestionar la interpretación que del Derecho comunitario se viene manteniendo en vía de recurso; y que, por otro lado, obliga al TJCE a adoptar un papel de mediador en controversias internas, estableciendo desde la primacía de su criterio la interpretación válida de la legalidad comunitaria.<sup>1090</sup>

---

<sup>1087</sup> Véase apartado 16 de la STJCE de 25-9-1997 sobre el Asunto Baldone (C-307/96) y la STJCE de 12-2-1998 sobre el Asunto Cordelle (C-366/96) en el marco de la cual la beneficiaria no solicitó que se revisaran sus derechos a la luz del Reglamento 1248/92, lo que le habría permitido prevalerse del artículo 46.bis.3.d) para limitar cuantitativamente los efectos de una NNA belga.

<sup>1088</sup> El Reglamento 1248/92 no estableció la forma que debía revestir la mencionada solicitud, debiéndose acudir a la normativa nacional sobre esta materia, que no puede ser en ningún caso discriminatoria para el migrante. Véase la STJCE de 22-02-01 sobre el Asunto Camarotto (C-52/99).

<sup>1089</sup> VALDES DAL-RE, **Fernando**. “Los tribunales...” op. cit. p. 826 y ss.

<sup>1090</sup> Desde ese punto de vista la cuestión prejudicial se convierte para los Tribunales <inferiores> en una vía de inaplicación de la “*jurisprudencia dominante interna sobre un determinado precepto*”. RODRIGUEZ PIÑERO, **Miguel**. “El diálogo de los jueces nacionales y el TJCE en el Derecho Social.” Relaciones Laborales. Editorial. Tomo II/1999. P. 32. Es la que DESDENTADO BONETE, **Aurelio**. “Cuestiones prejudiciales comunitarias planteadas por órganos judiciales españoles en materia de Seguridad Social”. RMTAS. Nº 12/1998. P. 58, denomina <cuestión prejudicial per saltum> cuyo planteamiento desaconseja, pues en muchas ocasiones “... *más que una duda objetiva sobre el sentido de la norma comunitaria puede revelar una huida – más o menos consciente- de determinadas doctrinas nacionales*”

## VIII-1.- LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA COMPETENTE

A tenor de la normativa comunitaria de coordinación, la legislación española será competente para el reconocimiento de una pensión de jubilación cuando el migrante haya estado asegurado al sistema de SS nacional durante un período mínimo de un año. Como es sabido, la concurrencia de tal requisito debe contemplarse desde la óptica del ordenamiento nacional donde se pretende acreditar tal vinculación, debiéndose pronunciar en caso de discrepancia sobre esta materia los órganos jurisdiccionales nacionales. En este contexto, resulta llamativo que en España, vía totalización en el seno del R. 1408, se estuviera produciendo el reconocimiento de pensiones de jubilación de naturaleza contributiva a favor de personas que nunca habían trabajado en nuestro país, aunque sí en otro u otros Estados miembros. En efecto, se trataba de beneficiarios de un subsidio para emigrantes retornados<sup>1091</sup> cuya percepción concatenaban, vía totalización de los períodos de seguro cubiertos en otro Estado miembro, con un subsidio para mayores de 52 años, pudiendo resultar finalmente beneficiarios de una pensión de jubilación, empleando de nuevo la totalización. En definitiva, resultaban beneficiarios de una pensión contributiva sujetos cuya vinculación al sistema español de SS se limitaba a las cotizaciones delegadas, que respecto de las ramas de asistencia sanitaria y en su caso protección familiar, había realizado el INEM durante los meses de percepción del <subsidio para emigrantes retornados>.

La mera percepción por dicho colectivo del subsidio para mayores de 52 años, en el marco del R. 1408 resultó sumamente polémica, comenzando por su propia inclusión en el ámbito objetivo de la norma derivada de coordinación, que fue confirmada por el TS.<sup>1092</sup> Tras dos cuestiones prejudiciales que desembocaron en las

---

<sup>1091</sup> El RDL 5/2002, de 24-5-02, sobre “medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad” BOE de 25-5-02, modificó la regulación del subsidio para emigrantes retornados exigiendo expresamente, en lo que aquí interesa, el requisito de nacionalidad española del beneficiario. Exigencia que, no obstante atemperaba en su artículo 1.11º, que adicionaría una D.A. 33º al TRLGSS, y donde se señala que “los trabajadores que provengan de los países miembros del EEE, o de los países con los que exista convenio de protección por desempleo, obtendrán las prestaciones por desempleo en la forma prevista en las normas comunitarias o en los convenios correspondientes.” Se trata de una afirmación reiterativa y que nada añade, pues tal exigencia respecto de los ciudadanos comunitarios resulta directamente discriminatoria por razón de la nacionalidad y por tanto inaplicable, tanto a tenor del artículo 39 TCE y el artículo 7.2 del R. 1612/68 (considerándose esta prestación de asistencia social una ventaja social), como con base en el propio derecho a la libre circulación que asiste a los ciudadanos comunitarios en virtud de los artículos 12 y 18 TCE, tal y como se reconoció en la STJCE de 20-9-01 sobre el Asunto Grzelczyk (C-184/99).

<sup>1092</sup> En las sentencias del TS de 8-10-1991 (RJ 1991/7741) o de 15-10-1993 (RJ 1993/7604) confirmó expresamente su inclusión como de prestación de SS destinada a la cobertura de la contingencia de desempleo, a pesar de no haber sido incluido en la declaración realizada por el Estado español al amparo del artículo 5 del R. 1408. Sobre este problema preliminar véase, entre otros, **LOPEZ LOPEZ, Julia**.

STJCE de 20-2-1997 sobre el Asunto Martínez Losada y acumulados (C-101 a 103/95) y de 25-2-99 sobre el asunto Ferreiro Alvite (C-320/95),<sup>1093</sup> en lo que aquí interesa, se puede afirmar que el tránsito entre los dos subsidios quedó asegurado.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, los órganos jurisdiccionales nacionales, en primer lugar, aceptaron que el citado subsidio para mayores de 52 años a los efectos aplicativos del R. 1408 debía considerarse una prestación por desempleo. Por lo que su coordinación debía circunscribirse a las disposiciones contenidas en el capítulo VI de su Título III, resultando inaplicable el artículo 48 inserto en el capítulo III y relativo exclusivamente a las pensiones.<sup>1094</sup> En segundo lugar, el TS consideró competente a la legislación española a tenor del artículo 67.3 del R. 1408,<sup>1095</sup> pues en su seno era donde los migrantes mencionados habían cubierto <períodos de seguro> en último lugar, al calificarse como tales y a todos los efectos, las mencionadas cotizaciones delegadas.<sup>1096</sup> En consecuencia sería en el marco

---

*Seguridad Social Comunitaria y Jurisprudencia Española.* Cívitas. Madrid. 1998. P. 98 y ss. **LANDA ZAPIRAIN J.P.** y **TENAS ITURRI, R.** “Niveles no contributivos de protección por desempleo y migración de trabajadores” Relaciones Laborales. Tomo II/ 1994. P. 166 y ss. O **GOMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier.** “El subsidio por desempleo para los migrantes comunitarios mayores de cincuenta y dos años.” Documentación Laboral. Tomo III. N° 47/1995. P. 137 y ss.

<sup>1093</sup> Planteadas ambas por los Juzgados de lo Social de Santiago de Compostela, hay que señalar que el análisis de esta jurisprudencia excede del objeto de este epígrafe. Un comentario de las mismas puede encontrarse en **RUANO ALBERTOS, Sara.** “Análisis del subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Pronunciamientos de los Tribunales de Justicia Comunitarios. A propósito de la Sentencia 1999/32 de 25 de febrero de 1999. Caso Ferreiro Alvite.” RMTAS N° 32/2001. Una crítica de la primera sentencia y su aplicación por el TS en **TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel.** “Análisis comparativo de la jurisprudencia comunitaria y la del Tribunal Supremo acerca del subsidio de desempleo para mayores de 52 años y los emigrantes retornados. Comentario a las sentencias del TJCE de 20-2-1997 y del TS de 17-12-1997.” Relaciones Laborales. 1998/Tomo II. p. 511 y ss. Sobre los antecedentes, estando el Asunto Martínez Losada sub-iudice. **FERNANDEZ DE LA MATA, Emilio** y **GUILLEN OLCINA, Jorge Juan.** “Las prestaciones por desempleo y los trabajadores emigrantes en los países de la Comunidad Económica Europea, una vez retornados a España”. Revista Galega de Dereito Social. N° 1/1995. p.7-23.

<sup>1094</sup> La aplicación del artículo 48, como es sabido, relativo únicamente al reconocimiento de pensiones, supedita la totalización en un sistema nacional a la existencia de un período mínimo de cotización de un año. La errónea aplicación de este artículo para la adquisición del subsidio para mayores de 52 años impedía su reconocimiento vía totalización a favor de aquéllos emigrantes retornados cuya vinculación al sistema nacional, en muchos casos, era inferior al año.

<sup>1095</sup> Véase el apartado 17 y 18 de la STJCE de 25-2-99 sobre el asunto Ferreiro Alvite (C-320/95) donde se señalaba las opciones interpretativas que asistían a los órganos jurisdiccionales nacionales “ *Si resultase que el interesado no cotizó en último lugar al régimen de SS español y que tampoco procede considerar que así fue, dicho interesado no tendría derecho a la prestación controvertida ni en virtud del artículo 67 del Reglamento n° 1408/71 ni en virtud del artículo 51 del Tratado. Por el contrario si cotizó en último lugar al régimen de SS español o debe considerarse que así fue, procede examinar si se cumplen los requisitos nacionales*”.

<sup>1096</sup> En este sentido se pronunció la Sala de lo Social del TS el 17-12-1997 (RJ 1997/9841), el 7-5-1998 (RJ 1998/4584) (véase F°J° 2°), el 18-6-1998 (RJ N° 1998/5409), véase (F°J° 4°.3), la sentencia de 13-10-1998 (RJ 1998/7810), o la del 19-10-1998 (RJ 1998/7869) Sentencia con un voto particular que defendía

de la legislación española donde el migrante podría prevalerse de la totalización para la obtención de tal subsidio. Técnica que le permitía, en su caso, acreditar un período de carencia de 6 años y el derecho expectante a una pensión de jubilación contributiva, esto es el cumplimiento de todos los requisitos legales salvo la edad para tener acceso a la misma.<sup>1097</sup> Esta segunda exigencia, descartada la asimilación del derecho expectante a una pensión de jubilación foránea, y con el objeto de evitar su posible carácter indirectamente discriminatoria fue reinterpretada por el TJCE. En efecto, se consideraba cumplido tal requisito cuando el migrante acreditase el período mínimo de carencia estipulado por la legislación española para el reconocimiento de la mencionada pensión de jubilación.<sup>1098</sup>

Reconocido el subsidio para mayores de 52 años, el INEM durante su percepción realiza de nuevo cotizaciones delegadas, esta vez, respecto de la contingencia de jubilación. En este contexto, resultaba congruente preguntarse si la legislación española debía ser considerada competente, a tenor del artículo 44 del R. 1408, para el reconocimiento de una pensión de jubilación contributiva. La jurisprudencia nacional parecía dejar abierta la puerta a tal posibilidad,<sup>1099</sup> sin embargo,

---

la aplicación residual del artículo 48 del R. 1408 mediante la consideración de períodos de seguro únicamente a los que supusieran el alta en nuestro sistema de SS (Sentencia comentada por **CHARRO BAENA, P.** “Subsidio de desempleo de mayores de 52 años. Trabajador que sólo cotizó en España como emigrante retornado durante el período de percepción del subsidio por tal motivo, y que acredita más de quince años cotizados en un régimen de jubilación en Alemania”. Relaciones Laborales, I (1999) p. 730 y ss.) Como ponen de manifiesto los pronunciamientos que se mencionan a continuación la interpretación defendida en tal voto particular no ha sido asumida por la Sala: STS de 13-11-98 (RJ 1998/9745) y 19-11-98 (RJ.1998/10007), 3-12-98 (RJ 1998/10194), así como en las posteriores STS de 8-2-1999 (RJ 1999/1589), STS de 25-3-1999 (RJ 1999/3517) y STS de 7-4-99 (RJ 1999/4398), especialmente claro el FºJº 6º de la STS de 28-10-1999 (Rec. Núm. 4601/1998).

<sup>1097</sup> Admitiendo la totalización véase la doctrina sentada por el TS desde su Sentencia de 21-9-98 (RJ 1998/8546) que compendia claramente en su STS de 19-10-98 (RJ1998/7869). Debe descartarse la posibilidad que admite el TS (STS de 29-9-99 (RJ 1999/9099), STS de 15-10-99 (RJ 1999/7494) o FºJº 6º de la STS de 28-10-99 (Rec. Núm. 4601/1998) de que se acredite el período de carencia mencionado mediante el cómputo exclusivo de cotizaciones foráneas. El recurso de la totalización parte como premisa de la existencia de cotizaciones españolas que convierten a nuestra legislación en competente para el propio reconocimiento del subsidio, a la luz del artículo 67.3 del R. 1408.

<sup>1098</sup> El TS sobre esta materia mantuvo una postura ambivalente, inicialmente aceptó la acreditación del derecho expectante a una pensión de jubilación en el sistema de SS de otro Estado miembro como ponen de manifiesto STS de 7-5-1998 (RJ 1998/4584), la de 18-6-1998 (RJ 1998/5409) o la de 7-4-1999 (RJ 1998/4398). Sin embargo, en otras ocasiones se conformaba con la acreditación del mero período de carencia exigido por la LGSS, véase la STS de 21-9-1998 (RJ 1998/8546) o la STS de 19-10-98 (RJ1998/7869). Finalmente el TS asumió claramente este último criterio, como valoración algo tardía de la STJCE Ferreiro Alvite, en la STS de 27-9-1999 (RJ 1999/9408).

<sup>1099</sup> Véanse las siguientes sentencias del TS dictadas: el 21-2-1997 (RJ 1997/1574), 6-3-1997 (RJ 1997/2225), 23-6-1997 (RJ 1997/5136) y 17-12-1997 (RJ 1997/9841). En la penúltima de las sentencias mencionadas, en su FºJº3º se establece que “no es posible dudar de la plena validez y efectividad de tales

el legislador nacional intervino, cerrándola a finales de 1998, mediante una disposición ad-hoc que impedía computar las cotizaciones delegadas como parte del período mínimo de carencia, requisito necesario para el reconocimiento de una pensión de jubilación contributiva.<sup>1100</sup> Consecuentemente esta norma impedía a los migrantes que hubieran concatenado los subsidios de la manera expuesta, cubrir el período de carencia mínimo de un año exigido por el artículo 48 del R.1408,<sup>1101</sup> esta vez plenamente aplicable, quedando la legislación nacional española exonerada, por esta vía, del reconocimiento de una pensión de jubilación contributiva. Alguna duda, no obstante, plantea la mencionada D.A, pues al limitar la virtualidad de esos períodos de seguro podría considerarse que discriminaba a los trabajadores migrantes respecto de los sedentarios. Efectivamente, aunque esta norma, teóricamente, se aplica tanto a trabajadores nacionales como extranjeros, se podría afirmar que incide de forma negativa exclusivamente sobre aquellos trabajadores que ejercieron su derecho a la libre circulación. La prohibición establecida en su seno resulta evidentemente inaplicable al trabajador sedentario nacional, pues a estos sujetos, a diferencia del migrante, se les presupone el cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión de jubilación española, condición a la que se supedita la adquisición del propio subsidio. En este contexto se podría entender que la intervención normativa mencionada genera una desigualdad de trato peyorativa respecto de los trabajadores migrantes, y en definitiva

---

*cotizaciones; puesto que cumplen los requisitos que establecen las normas reguladoras del sistema español de la SS, y, por ende, se les tienen que otorgar todos los efectos y consecuencias que estas normas determinan, entre los que se encuentra, con toda evidencia, el de su cómputo para la cobertura del pertinente período de carencia. Las razones que se esgrimen en la resolución impugnada podrían haber sido tenidas en cuenta por el legislador para privar de eficacia con el referido objeto, a las cuotas comentadas; pero al no haber adoptado el legislador ninguna medida de este tipo, no es posible, sin apoyatura legal alguna reducir el alcance y efectos de las mismas.”*

<sup>1100</sup> Véase la DA. 21 de la Ley 50/1998 de 30 de diciembre de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social, que incorporó una Disposición Adicional 28º al Texto Refundido de la Ley General de la SS, donde se señalaba que: “Las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora por la Contingencia de Jubilación conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 218 de esta ley, tendrán como efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de invalidez y porcentaje aplicable a ella. En ningún caso dichas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido en el artículo 161.1.b) de esta Ley que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215.1.3 ha debido quedar acreditado en el momento de la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de 52 años”. En este sentido **DESDENTADO BONETE, Aurelio**. “En el laberinto: desempleo asistencial y jubilación de los trabajadores migrantes entre el Derecho Comunitario y <las leyes de acompañamiento>” La Ley (de lo Social) de 22-2-99.

<sup>1101</sup> En efecto, en el marco de la legislación española de SS, tan sólo se podrían computar, con el fin de cumplimentar el período de carencia preciso, las cotizaciones delegadas realizadas por el INEM durante los meses de percepción del subsidio para emigrantes retornados, que no se vinculaban precisamente a la contingencia de jubilación y que eran inferiores al año en muchos casos.

un obstáculo a la libre circulación,<sup>1102</sup> carente de una razón objetiva que avalase su adopción. Obviamente, no puede considerarse una justificación válida de su adopción, los problemas presupuestarios del sistema de SS español, ni el ahorro que tal normativa supone para el mismo.

## VIII-2.- ANTICIPO DE PRESTACIONES

Se trata de un problema superado, sin embargo, parece interesante mencionarlo al conectar con conceptos básicos del procedimiento de cálculo comunitario. Las dudas se suscitaba en el marco de la aplicación de Convenios bilaterales firmados por España respecto a los límites que poseía la obligación de anticipar prestaciones calculadas a prorrata. En un primer momento el TS obligó al anticipo de la cuantía teórica completa y no la prorrata de la misma correspondiente al sistema español,<sup>1103</sup> partiendo del error de considerar que la cuantía teórica calculada por el INSS era una cantidad garantizada que se repartía a posteriori a prorrata entre todos los sistemas nacionales competentes y apoyando tal decisión en el principio <pro beneficiario> o el de igualdad de trato entre migrantes y sedentarios o apelando a la cooperación interadministrativa. Este error conceptual fue subsanado, y desde 1991 el TS defendió que, en el marco aplicativo de ciertos convenios bilaterales de la SS, la responsabilidad del INSS respecto de los anticipos se limitaba a la prorrata de la cuantía teórica española.<sup>1104</sup> Entendiendo que las cuantías teóricas son un elemento de cálculo diferente en cada legislación del que cada institución paga a prorrata un porcentaje.<sup>1105</sup> En este mismo sentido limitado debe

---

<sup>1102</sup>Esta norma impide que se cumpla la finalidad del subsidio para mayores de 52 años, destinado a la cobertura de la contingencia de prejubilación, únicamente respecto de ciertos trabajadores migrantes a los que se cierra este puente hacia la jubilación. Sujetos que, al igual que los sedentarios beneficiarios de este tipo de prestaciones, se encuentran en situación de desempleo y poseen una edad que permite presuponer mayores dificultades para su reincorporación a la vida activa

<sup>1103</sup> Véase en este sentido las siguientes STS de 25-6-1973 (RJ 1973/2489), de 1-6-81 (RJ 1981/2594), 9-3-1982 (RJ 1982/1446), de 5-6-1984 (RJ 1984/3291) y de 5-4-1989 (RJ 1989/2940).

<sup>1104</sup> Véase en este sentido, entre otras, las siguientes STS: de 20-12-91 (RJ 1991/9274), de 14-2-92 (RJ 1992/1375), de 15-2-93 (RJ 1993/1167), 31-3-93 (RJ 1993/2227) 22-5-93 (RJ 1993/4905), 24-9-93 (RJ 1993/7034) o 16-2-94 (RJ 1994/1054). Cuya doctrina ha sido recientemente ratificada en la STS de 5-5-97 (RJ. 1997/3650). En este sentido, citando parte de esta jurisprudencia inicial véase **ORDEIG FOS, José María**. *El sistema español de Seguridad Social (y el de la Comunidad Europea)*. 5 ed. Act. EDERSA. 1993. P. 593 y **GARCIA DE CORTAZAR Y NEBRED, Carlos**. “La cotización extranjera...” op. cit. p. 22. Sobre los orígenes de esta problemática en el marco de los convenios internacionales suscritos por nuestro país véase **GOMEZ ABELLEIRA, Javier**. “La regla <pro rata temporis> y el anticipo por la entidad gestora española de la parte de pensión de Seguridad Social a cargo de organismo extranjero.” *Actualidad Laboral*. Nº 20/17. 23-5-93.p. 367 y ss.

<sup>1105</sup> A mayor abundamiento en la STS de 31-3-93 (RJ 1993/2227) se señalaría que: “en el sistema <pro rata temporis> no se otorga una sola pensión fraccionada en dos porciones, sino que se conceden dos

entenderse la obligación de anticipo que atañe al INSS, incluso cuando asuma el role de institución instructora y resulte aplicable el ya mencionado artículo 45.5 del R. 574.<sup>1106</sup>

### **VIII-3.- RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PENSION DE JUBILACIÓN ESPAÑOLA: la Jubilación anticipada.**

Aunque las posibilidades de jubilarse anticipadamente se han ampliado en el marco de la Ley 35/2002 de 12 de julio (BOE núm 167 de 13-7-02), anteriormente con carácter general, esto es, con independencia de la profesión desempeñada tan sólo <los mutualistas> gozaban de tal prerrogativa; siendo éstos los que acreditaban cotizaciones previas a 1-1-1967 en virtud de la DT. 1.9 de la OM de 18-1-1967. En este contexto resultaba dudoso si ostentaban tal condición de <mutualistas> los trabajadores migrantes que hubieran cumplido períodos de seguro en otro Estado miembro antes de la mencionada fecha.

En el marco de los convenios bilaterales suscritos por España existió una división de opiniones,<sup>1107</sup> que debe entenderse superada a partir de la STS de 18-10-1993 (RJ 1993/9617), sentencia desde la que se adopta una postura contraria a tal asimilación de condiciones. Argumentándose, a mi modo de ver, de forma poco convincente que no procede dicha asimilación porque la OM mencionada otorgaba un

---

*pensiones parciales distintas con reglas de cálculo y liquidación especiales, de las que son responsables dos entidades gestoras diferentes (...) dada esta configuración de las obligaciones de protección no es coherente que, salvo asunción expresa de un deber en tal sentido, el organismo de SS de España anticipe una prestación cuya concesión no es de su competencia.” Una crítica a esta interpretación en LOPEZ LOPEZ, Julia. Seguridad Social...op. cit. p. 87 y ss.*

<sup>1106</sup> En sentido contrario OJEDA AVILES, Antonio. *Las pensiones...* op. cit. p. 61, defiende una sorprendente interpretación del artículo 45.5 del R. 574/72 que ha de partir necesariamente de la recepción del Derecho extranjero en el foro. En efecto, considera que tal disposición obliga a la institución instructora a anticipar las pensiones prorrateadas que se reconocerán en los diferentes sistemas, debiéndose realizar tal abono “...no ya por tratarse de una obligación solidaria, sino por directa imposición de las normas comunitarias, debe adelantarse la pensión total siempre y cuando se deduzca el derecho a prestaciones de los datos operantes en poder de la institución instructora. De nuevo se obliga a cada país a conocer perfectamente las legislaciones de todos los Estados miembros, lo cual supone una fuerte responsabilidad.”

<sup>1107</sup> A favor véase Circular del INSS N° 5/1990 de 27 de marzo. La STS de 8-5-1970 (RJ 2538/70), sobre asimilación de condiciones general, STCT 23-12-1981 (RTCT 1981/7700) y STCT de 16-12-1987 (RTCT 1987/28605) la STSJ de Madrid de 4-11-91 (AS 6131); En contra de esta práctica, respecto de migrantes en Francia STSJ de Castilla León (Valladolid) de 2-1-1990 (AS 1990/3234) y 22-10-1990 (AS 1990/3454) y STSJ de Galicia de 30-10-91 (AS 1991/5404), respecto de migrantes en Suiza, STSJ de Galicia de 6-3-91 (AS 1991/1752), 10-4-91 (AS 1991/2411) y 18-7-91 (AS 1991/4586) y STSJ de Cataluña de 10-4-92 (AS 1992/2260) y respecto de emigrantes a Alemania STSJ de Galicia de 18-6-92 (AS 1992/3053) y 15-2-1993 (AS 1993/753)

derecho de carácter residual que no forma parte del sistema de prestaciones de la SS establecido en el Derecho Español.<sup>1108</sup>

En el seno del R. 1408, por su parte, debe señalarse que no se encuentra ni en su articulado, ni tan siquiera en su Anexo VI.D, destinado a España, disposiciones que obliguen a una asimilación de condiciones en el sentido expuesto. De manera que, a priori, parece que la respuesta debe ser negativa a la consideración del migrante como mutualista, pues no existe en el seno de la norma comunitaria una asimilación general de condiciones, ni el migrante generó expectativa de derecho alguna en la norma nacional previa al sistema de SS vigente que deba ser amparada por la norma transitoria mencionada. Sin embargo, como en otras tantas ocasiones sobre la negativa a una asimilación de una condición extranjera, en este caso la cotización foránea previa a 1967, planea la duda de la existencia de una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, pues las consecuencias negativas afectan especialmente a los migrantes, perjudicados por el mero ejercicio de su derecho a la libre circulación.

El TS no se ha pronunciado directamente sobre la calificación como mutualista del migrante que hubiera desarrollado una actividad profesional en otro Estado miembro antes de 1967, ni sobre la posibilidad que solicite jubilarse anticipadamente. Asimilación de condiciones y consecuencia jurídica de la misma, no obstante, aceptadas por algunos TSJ como pone de manifiesto el FºJº 3º.1 de la STS de 13-6-2000 (RJ 7170/00).<sup>1109</sup> En realidad, el TS ha abordado esta cuestión desde otro punto de vista, valorando la virtualidad de las cotizaciones foráneas previas a 1967 para que el migrante obtuviese, en el marco de la D.T.2.2 de la mencionada OM el reconocimiento de las que se han denominado <cotizaciones ficticias por edad> y su cómputo en el cálculo del porcentaje de prorrata temporis. Tal posibilidad en el caso de trabajadores que no eran mutualistas pero que estuvieron con posterioridad afiliados al sistema

---

<sup>1108</sup> Deduciendo lo contrario con base en la misma sentencia y defendiendo la asimilación de condiciones cuando hubiera cotizaciones al RGSS con posterioridad a las foráneas, véase **GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, Carlos**. “La cotización extranjera...” op. cit. p. 31.

<sup>1109</sup> Donde se señala “*en la sentencia impugnada no se discute si el trabajador tiene o no derecho a jubilarse anticipadamente a la edad de 61 años. En realidad, como ha afirmado y plantea el propio recurrente, lo que se cuestiona es, <<siendo indiscutida la concesión del derecho a la jubilación anticipada al cumplir 61 años>>*” En efecto, en la sentencia de comparación (STSJ de Andalucía (Málaga) de 18-12-1998 (...)) “*lo debatido es si un trabajador que, con anterioridad a 1967, ha prestado servicios en Alemania desarrollando una actividad laboral, que, de haber realizado en España, hubiera dado lugar a su inclusión en el mundo laboral tienen derecho a jubilarse en España anticipadamente. Y este derecho a la jubilación anticipada es el que reconoce la sentencia de contraste....*” Véase también la STSJ de Extremadura de 30-12-93 (AS 5147) que considera que esta asimilación de condiciones se deriva



español ha sido denegada, de forma indirecta, en el FºJº 3º.4 de la última STS mencionada y en el FºJº 3º de las STS de 18-9-01.<sup>1110</sup> Considerando el rechazo del TS a tal asimilación de condiciones, fundamentada básicamente: en la ausencia de expectativas de derecho del migrante en el marco del mutualismo y en la inexistencia de discriminación en una norma aplicable a nacionales y extranjeros, cabría prever una respuesta negativa del TS a la prerrogativa de jubilación anticipada de los migrantes en los supuestos descritos. Sin embargo, como se pondrá de manifiesto en el epígrafe VIII-4-2-1 de este mismo capítulo, la postura mantenida por el TS respecto a las <cotizaciones ficticias por edad> podría ser revisada a la luz de la solución que aporte el TJCE al Asunto Barreira Pérez (C-347/00) que en el momento de cerrar este trabajo permanece todavía sub-iudice. En efecto, puede aventurarse, extrapolando las Conclusiones que al mencionado asunto ha presentado el Abogado General el 6-6-02, que la negativa a realizar una asimilación de condiciones foráneas para la concesión de la calidad de mutualista y el logro de las prerrogativas jurídicas que de ella se derivan, entre ellas la jubilación anticipada, escondería una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad que no parece avalada por ninguna causa objetiva.

#### **VIII-4.- CALCULO DE LA PENSION DE JUBILACION**

En España el cálculo de una pensión de jubilación contributiva es, sin duda, la materia de la norma derivada de coordinación que más problemas jurídicos plantea. Como se pondrá de manifiesto en este epígrafe, tales problemas se suscitan en el seno del procedimiento de cálculo <comunitario> definido en el artículo 46.2, tanto respecto del cálculo de la cuantía teórica, como de su correspondiente porcentaje de prorrata temporis. En primer lugar persisten dudas sobre un aspecto crucial para los intereses de los migrantes, esto es, el cálculo de la base reguladora de la cuantía teórica, utilizando las pautas establecidas en el artículo 47.1.g) y en el Anexo VI.D.4º del R. 1408, que no han sido disipadas por tres STJCEs, sumadas a incontables STS. Respecto del cálculo de la prorrata los problemas interpretativos versan sobre la obligatoriedad de computar ciertos períodos ficticios materia que ha generado una cuestión prejudicial que en el momento de cerrar este trabajo se encontraba todavía sub-iudice. A la vista de tales problemas resulta reconfortante constatar que la legislación española se mantiene ajena

---

de forma inconcusa del tenor literal del artículo 45.1 del R. 1408, que tradicionalmente se ha considerado que establece tan sólo el derecho a la totalización en el capítulo III.

a la compleja normativa comunitaria contenida en los artículos 46 bis, 46 ter y 46 quater del R. 1408, destinados, como es sabido, a la coordinación aplicativa de las NNA. Como pone de manifiesto la jurisprudencia española<sup>1111</sup> y la práctica administrativa, sobre las pensiones de jubilación españolas liquidadas en el marco del R. 1408 no se aplica NNA alguna. Efectivamente, la normativa española relativa a la concurrencia de pensiones con otras prestaciones o rentas posee un carácter meramente interno, que la incapacita para su aplicación en el marco del R. 1408 a tenor del artículo 46 bis.3.a). Las NNA españolas solo aluden a la incompatibilidad de las pensiones nacionales con otras prestaciones del propio sistema,<sup>1112</sup> circunstancia que no sólo simplifica el complejo procedimiento de doble cálculo comunitario, sino que redundará en beneficio del trabajador migrante, promocionando de forma indirecta el ejercicio de su derecho a la libre circulación.

#### **VIII-4.1.- Problemas en la determinación de la base reguladora de la cuantía teórica española.**

La determinación de la base reguladora como primer paso para el cálculo de la cuantía teórica, definida en el artículo 46.2.a), paradójicamente resultó especialmente problemática cuando en desarrollo del artículo 47.1.g), el R.1248/92 introdujo en el Anexo VI.D.4º del R. 1408<sup>1113</sup> una interpretación sobre la aplicación concreta de dicho

---

<sup>1110</sup> Sentencia que debe señalarse que no sienta doctrina al no apreciarse en el marco del recurso para la casación de doctrina que resuelve, al no apreciar ni contradicción ni identidad con las sentencias de contraste. Véase (Rec. Núm. 3978/2000).

<sup>1111</sup> No existe jurisprudencia española que aluda a la aplicación de NNA, sin embargo, debe advertirse la existencia de dos sentencias del TS en cuyo marco se hace una valoración de la posible aplicación de la NCA incluida en el artículo 46.3 del R. 1408 en su versión previa a la reforma operada al R. 1248/92 que, como es sabido, supuso la derogación de la misma. Se trata de un error muy llamativo, si se considera que la mencionada disposición ya desde 1975 y en virtud de la sentencia Petroni, poseía tan solo una virtualidad muy residual. Véanse los FºJº 3º de las sentencias dictadas el 7-12-1999 (RJ 1999/9693) y el 13-6-2000 (RJ 2000/7170). No se trata de un error exclusivo de la jurisprudencia, **GARCIA ROMERO, Belen.** *El Régimen de invalidez de los emigrantes comunitarios.* Tirant lo Blanch. Valencia 2001, p. 82 y ss. analiza como NCA vigente el derogado artículo 46.3, a pesar de haber comentado previamente (p. 41-43) el contenido de los artículos 46 bis, ter y quater introducidos por el Reglamento 1248/92.

<sup>1112</sup> Véase, el artículo 122 de la LGSS dedicado a la <incompatibilidad de pensiones> donde se establece que: *“las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincida en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas”.* Tampoco concurre este carácter externo, exigido desde el 46 bis.3.a) del R. 1408, en el régimen de compatibilidad ad-hoc establecido para cada una de las pensiones españolas, tanto de supervivencia (artículos 175.2, 179, 221.2 LGSS, artículos 10 y 22 de la OM 13-2-1967), como invalidez (137.3, 141.1; 221.2 LGSS) o jubilación (165,166, 181.b) LGSS.) Véase, por todos, sobre la incompatibilidad de las pensiones de jubilación **RON LATAS, Ricardo P.** *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social.* Civitas. Madrid. 2000.p. 89 y ss.

artículo. Estas dificultades se pusieron de manifiesto en la STJCE de 12-9-1996 sobre el Asunto Lafuente Nieto (C-251/94), en la STJCE 9-10-1997 sobre el Asunto Naranjo Arjona (C-31/96, 32/96 y 33/96); versando sobre esta materia la primera cuestión prejudicial planteada por el TS sobre el R.1408 y que daría lugar a la STJCE de 17-12-1998 sobre el asunto Grajera Rodríguez (C-153/97).

Como es sabido, la legislación española que regula el cálculo de las pensiones de vejez contributiva establece el cálculo de una base reguladora sobre la que se aplica un determinado porcentaje en función del período de carencia cumplido. Para el cálculo de la mencionada base reguladora se establece en el año 2002 la toma en consideración de las bases de cotización del solicitante en un período de referencia de 15 años, ubicados en el momento previo al hecho causante. Pues bien, no puede descartarse que el migrante durante ese período de referencia carezca de bases de cotización nacionales o que éstas resulten insuficientes para colmarlo completamente. Estas lagunas totales o parciales en el caso del migrante, pueden ser consecuencia del mantenimiento de una relación de afiliación-cotización al sistema de otro Estado miembro por aplicación imperativa de las normas de conflicto del Título II del R.1408. Las diferentes soluciones al problema expuesto variarán en función de la interpretación que se realice del mencionado artículo 47.1.g) del R. 1408, cuya aplicación se precisa en el Anexo VI.D.4°. Sin olvidar como premisa interpretativa que:

*El artículo 47 es "... una norma complementaria para el cálculo de la cuantía teórica de la prestación contemplada en la letra a) del apartado 2 del artículo 46 del mismo Reglamento. Por lo tanto, debe interpretarse a la luz de esta última disposición y, como afirmó el TJCE en la sentencia de 9 de agosto de 1994, Reichling (C-406/93) a la luz del objetivo fijado por el artículo 51 del Tratado, que implica, en particular, que los trabajadores migrantes no deben sufrir una reducción de la cuantía de las prestaciones de SS por el hecho de haber ejercitado su derecho a la libre circulación*<sup>1114</sup>

Hasta la aprobación del Reglamento 1248/92 existían tres teorías que partían de la existencia de una laguna cotizadora que debía ser integrada, con el objeto de no dejar vacío de contenido el derecho a una pensión de vejez contributiva reconocida en el seno de nuestra legislación con o sin ayuda de la normativa de coordinación. Con este

---

<sup>1113</sup> El Anexo VI.D.4° señala que: "a) en aplicación del artículo 47 del Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la SS española. b) la cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe y revalorizaciones calculados por cada año posterior para las pensiones de la misma naturaleza."

objetivo, se recurría al cómputo de bases de cotización ficticias, es decir, no realizadas efectivamente en el marco de nuestra legislación. Los tres posibles sistemas que se exponen a continuación generaban importantes diferencias cuantitativas en la cobertura del migrante y, en consecuencia, una gran litigiosidad,<sup>1115</sup> todos ellos fueron cuestionados por el TJCE y parcialmente sustituidos por el procedimiento establecido en el Anexo VI.D.4.º del R. 1408.

En primer lugar, la Entidad Gestora aplicaba las **bases mínimas**, en virtud de las normas internas sobre cobertura de lagunas establecidas en la LGSS,<sup>1116</sup> y de las que, no obstante, como es sabido quedan excluidos algunos Regímenes especiales.<sup>1117</sup> Normas que estipulaban la integración con las bases mínimas de cotización correspondientes a la categoría que tenía el trabajador migrante en el período de referencia anterior al hecho causante.<sup>1118</sup> La integración de lagunas con bases mínimas basada en la equiparación del

---

<sup>1114</sup> Véanse en este sentido el apartado 33 de la Sentencia Lafuente, que se reitera en el apartado 17 de la sentencia Grajera.

<sup>1115</sup> Las consecuencias económicas de la aplicación de las distintas interpretaciones son muy diferentes, según **RIOS SALMERON, B.** “Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez (nota de urgencia a la STJCE de 12 de septiembre de 1996 caso “Lafuente” Actualidad Laboral nº1/1997.p.13 y ss. señala que “*las diferencias son sensibles : si el valor de las bases mínimas se hace equivaler al 100% el de las bases medias ascendería la 192’5% y el de las bases máximas al 285%. Demasiado para ser alternativas de una interpretación jurídica*”.

<sup>1116</sup> Teoría que, en opinión de **GONZALO GONZALEZ, B.** *Introducción...* op. cit. p.74, es la técnica más coherente con la norma internacional y la más respetuosa con la legalidad interna, aunque no sea la más favorable para los emigrantes.

<sup>1117</sup> En efecto, no se aplica tal cobertura de lagunas para la determinación de la base reguladora ni en el RETA, ni en el marco del Régimen Especial de Empleados del Hogar (REEH), de manera que siguiendo la doctrina de las bases mínimas, desde un punto de vista teórico, no puede descartarse que una pensión reconocida vía coordinación tenga una base reguladora igual a cero, en el supuesto de que no existan bases de cotización nacionales durante el período de referencia. Para evitar estos efectos indeseables el TS en su sentencia de 25-2-2000 (RJ 2000/2238) recurre a una interesante asimilación de condiciones para la determinación de la base reguladora de una pensión de Incapacidad permanente, reconocida inicialmente vía coordinación en el marco del REEH, esto es, al único al que estuvo afiliada la demandante en España. El TS, que aboga por la aplicación de las que se denominarán bases reales, no obstante, atribuye a la interesada el beneficio de la integración de lagunas con las bases mínimas, considerando la norma interna (artículo 26.2.c) del Decreto 2346/1969) que obliga a otorgar la pensión en el marco del Régimen donde hubiera sumado más períodos de cotización. Efectivamente, el TS a la vista de que eran más cuantiosas las cotizaciones francesas realizadas en el marco del Régimen General que las efectuadas en España en el seno del REEH permite tal integración, argumentando en su FºJº 2º.2 que la negativa a realizar tal asimilación de condiciones resultaría discriminatoria y perjudicaría al migrante por el mero hecho de haber ejercido su derecho a la libre circulación.

<sup>1118</sup> En ocasiones el INSS al no existir en muchos casos una categoría profesional española en el período de referencia y ser la laguna de cotizaciones nacionales completa, optaba por aplicar a los migrantes las bases mínimas conectadas al SMI que entonces se establecía para mayores de 18 años. En un último período, sin embargo, se aplicaron las bases mínimas de la categoría, tomando como referencia aquella que tuviera el migrante cuando cotizó por última vez en España. Criterio este último que solía coincidir, en sus efectos prácticos, con el anterior al ser peones la gran mayoría de estos trabajadores. Muchos autores consideraban que esta técnica discriminaba al migrante frente al sedentario, pues si el primero “...

trabajador migrante con el trabajador sedentario sin obligación de cotizar, fue declarada contraria al Derecho comunitario. En efecto, el TJCE constató que en su seno no se respetaba el principio básico de que *“el trabajador migrante no debe sufrir una reducción de la cuantía de la prestación que habría obtenido si no fuera migrante”*.<sup>1119</sup> Esta teoría sólo será aplicable cuando la laguna tenga su origen en un período de inactividad del migrante y no en la obligada cotización al sistema nacional de otro Estado miembro. En segundo lugar, **las bases máximas**, solicitadas mayoritariamente por los migrantes, suponía calcular la base reguladora en función de las cotizaciones españolas que hubieran abonado de recibir sus salarios extranjeros en España.<sup>1120</sup> La elevada cuantía de muchos de estos salarios, por ejemplo alemanes, conducía a la aplicación de las bases máximas de ahí su denominación.<sup>1121</sup> El TJCE señaló que la determinación de la base media de cotización española en función únicamente del importe de las cotizaciones pagadas en otro Estado miembro se opone frontalmente al tenor del artículo 47.<sup>1122</sup> Sistema que, aunque no encaja exactamente con la definición realizada de la técnica de las bases máximas, cuyo referente no era la cotización extranjera si no el salario allí percibido, supondría un rechazo a la asimilación de condiciones del elemento extranjero en la que, en definitiva, se basa esta teoría. En

---

*hubiera cumplido toda su carrera de seguro en España hubiese tenido con toda probabilidad, unas bases de cotización computables más altas”* **DESDENTADO BONETE, Aurelio**. “La Seguridad Social de los trabajadores migrantes de la Unión Europea en unificación de doctrina” Noticias de la Unión Europea. (NUE) Febrero 1998. p. 92.

<sup>1119</sup> Principio que se desprende del artículo 42 TCE, tal y como se recoge en el Apartado 38 de la STJCE Lafuente que cita, a su vez, el apartado 26 de la STJCE Reichling de 9-8-1994. (406/93).

<sup>1120</sup> *“Se toman esos valores extranjeros y luego se transforman en bases de cotización españolas, como si fueran salarios percibidos en España pero con el límite de la escala de bases mínimas y máximas”*. **DESDENTADO BONETE, Aurelio**. “La Seguridad Social de los trabajadores...” op. cit. p. 92

<sup>1121</sup> Esta técnica que venía utilizando el TS para el cálculo de pensiones en el marco del Convenio bilateral Hispano-Aleman, de acuerdo con la STS 18-10-1989, *“impone probablemente al organismo gestor un sacrificio que puede ser excesivo en relación con la contribución realizada y otorga al trabajador migrante un tratamiento superior al de la media de los trabajadores que han permanecido en el país de origen”*. **DESDENTADO BONETE, Aurelio**. “El problema de la determinación de la base reguladora de la pensión española en los supuestos en que el cómputo comprende períodos de cotización que se han completado en otro país de la Unión Europea.”/en/ **VV.AA. Problemática Española de la Seguridad Social Europea**. IERI. Comares. Granada. 1999. P.95 y ss. Una crítica a esta técnica de integración en **GARCIA de CORTAZAR y NEBREDA, Carlos**. “La cotización ...” op. cit. p.24.

<sup>1122</sup> Véase apartado 39 de la Sentencia Lafuente. En este sentido contrario a este descarte de las bases máximas se defiende su pervivencia en **ROJAS, Manuel**. op. cit. p.36. Más recientemente **OJEDA AVILES, Antonio**. “El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia”. Aranzadi Social. Nº 1/2000. P.58. Autor que defiende esta teoría reconociendo, no obstante, su inviabilidad en el marco del Anexo VI.D del R. 1408, cuya validez ha sido ratificada por el TJCE.

tercer lugar, y desde la STS de 25-2-92<sup>1123</sup> se estableció por el TS la teoría de **las bases medias**, consistente en integrar la laguna calculando anualmente la media aritmética de las bases de cotización máxima y mínima españolas para un trabajador de la misma categoría profesional que la que desempeñaba el actor en el extranjero,<sup>1124</sup> debidamente actualizadas con los coeficientes del IPC aplicables. Esta solución basada en la equidad y carente de una cobertura legal concreta, fue cuestionada por su desconexión con la realidad salarial y cotizadora del trabajador migrante afectado.<sup>1125</sup> En las tres STJCEs dictadas sobre la materia se aprecia la predilección del TJCE por las bases reales, de la que se podría defender que se desprende un rechazo tácito a las bases medias, sin embargo, el TS siguió aplicando esta teoría.<sup>1126</sup>

A partir de la entrada en vigor del R. 1248/92 el INSS comenzaría aplicar el Anexo VI.D.4º, en cuyo marco se establece: por un lado, el cómputo exclusivo de **“las bases de cotización reales del asegurado”** y, por otro lado, se traslada el período de referencia que abarcará los años previos a la última cotización española. En efecto, el Anexo parecía asumir respecto del cálculo de pensiones de los migrantes, la doctrina jurisprudencial del paréntesis creada por el TS para acreditar un cierto período de carencia en el estricto marco del Derecho nacional. La traslación del período de referencia, si bien impide que en su seno exista un vacío total de cotizaciones nacionales,<sup>1127</sup> sin embargo, no impide que puedan existir lagunas parciales que

---

<sup>1123</sup> Sobre la jurisprudencia nacional previa a 1992, véase: **RIOS SALMERON, B.** “Reglamentos...” op. cit. p.8. **LOPEZ LOPEZ, Julia** *Seguridad Social...* op.cit. p.114 y ss. **ROJAS, Manuel.** “Duda hispano-comunitaria aclarada que precisa clarificación. Estudio de la Sentencia Lafuente Nieto...” *Aranzadi Social*. Junio 97 nº5. p.19 y ss. **DESDENTADO BONETE, Aurelio** “La Seguridad...” op.cit. p. 91.

<sup>1124</sup> Esta es la opción elegida por los tribunales españoles que podrían haber optado también por la categoría correspondiente al último trabajo en España. La opción entre la categoría nacional y extranjera podría plantearse también respecto de la teoría de las bases mínimas y máximas. Véase respecto de estas últimas **DESDENTADO BONETE, Aurelio.** “La Seguridad...” op. cit. nota nº 16 p.92.

<sup>1125</sup> **GARCIA de CORTAZAR y NEBREA, Carlos.** “La cotización...” op. cit. p.25. señala que la evolución de esta media aritmética no responde “...totalmente a la evolución de los incrementos salariales anuales, habiéndose producido en el pasado desajustes y disparidades significativos” como la producida en el año 1993 donde el incremento salarial en Convenios Colectivos de 5,48% cuando la base media aritmética del grupo 10 aumento en un 29,71%.

<sup>1126</sup> El TS aplicó las bases medias hasta la STS de 27 de marzo de 1995 (RJ. 1995/2560), que incluía ya un voto particular, e incluso después de la STJCE Lafuente, como pone de manifiesto el FºJº 3º de la STS 17-1-1997 (RJ.1997/558).

<sup>1127</sup> Siempre considerando que las cotizaciones reales del asegurado en nuestro país tendrán que ser como mínimo de 1 año, pues este es el período mínimo para la apertura obligatoria del proceso de totalización de acuerdo con lo establecido en el ya mencionado artículo 48 del R. 1408. Debe recordarse que ni

deberán, de nuevo, ser integradas. Efectivamente, las disposiciones del Anexo no garantizan la existencia de cotizaciones suficientes para colmar un período actualmente fijado en 15 años y que obliga, en muchos casos por la emigración masiva producida en los años 60 a la tarea infructuosa de identificación de bases de cotización remotas.<sup>1128</sup> En estos casos y ante bases de cotización tan antiguas y desactualizadas, la base reguladora alcanzaba cantidades mínimas.

Algunos de los problemas que suscitaba el sistema de cálculo ad-hoc para el migrante creado por el Anexo VI.D.4º, fueron puestos de manifiesto por el TS al plantear la cuestión prejudicial que originaría el Asunto Grajera. Se cuestionaba, incluso, la propia validez del tan citado Anexo,<sup>1129</sup> y en concreto, la traslación del período de referencia, generador de cuantías teóricas exiguas al computar bases de cotización remotas;<sup>1130</sup> circunstancia no suficientemente atenuada mediante la revalorización de la pensión propuesta en la letra b) del Anexo VI.D.4º.<sup>1131</sup> El TS

---

siquiera este período mínimo de un año que debe haberse realizado obligatoriamente, ha de ubicarse, en su totalidad, dentro del período de referencia.

<sup>1128</sup> Si la última cotización se hubiera realizado en 1960, y el hecho causante se produjera en 2002 tras retrotraernos 15 años habrá que identificar la cuantía de las bases de cotización del interesado hasta 1945 si existiesen. Se trataba en cualquier caso de “... períodos muy lejanos en el tiempo a la fecha del hecho causante de la prestación y, en muchos casos, no se tendrá constancia de las bases de cotización por las que cotizó el interesado, ni datos para su posible determinación, e incluso, en problemas de tiempo en el que el sistema de SS vigente las bases o cuotas de seguro tenían una estructura distinta a la actual, no siendo posible determinar base reguladora alguna (SOVI y Retiro Obrero.)” Como reconoce el propio INSS en su Circular de 20-7-1992. Citada por **RIOS SALMERON, B.** op.cit. p.14. y en el FºJº1º de la STSJ (Murcia) 21-2-1997 (AS 377) de la que es ponente.

<sup>1129</sup> Véase FºJº3º del Auto de 17-3-1997 (RJ 1997/2566) donde se cuestiona la validez del Anexo a al luz de los artículos 39 a 42 del TCE considerando que el “... sistema de calculo del Anexo no se equipara al trabajador emigrante con el trabajador de su misma situación profesional que hubiera permanecido en activo y cotizando en España hasta el momento del hecho causante” Si no que en sentido contrario, “la equiparación sólo se establece, de una manera incompleta con el trabajador que hubiera causado derecho a una pensión de española en el momento que el emigrante pagó su última cotización antes de la emigración, lo que, aparte de introducir un elemento de comparación arbitrario (la situación del emigrante no es equivalente a la del pensionista que causó derecho en el momento de la emigración, ni son las mismas las normas aplicables para el cálculo de las dos pensiones), no ofrece una garantía equivalente a la actualización de las bases de cotización”

<sup>1130</sup> El Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid en su sentencia de 24-1-95 impugna la cuantía teórica fijada inicialmente por el INSS en 2.873 ptas., obligando a este organismo a fijar una base reguladora de 149.988 ptas. calculada en función de las bases máximas de cotización. Esta resolución será revocada por el TSJ de Madrid que en términos generales ratificará el cálculo inicialmente realizado por el INSS amparándose en el tenor literal del mencionado Anexo VI.D del R. 1408.

<sup>1131</sup> La actualización de la pensión “en la misma forma en que lo hubiere sido una pensión de la misma naturaleza” no compensa el cálculo sobre cotizaciones tan desactualizadas. De hecho, como señala el TS, “...hasta 1972 no se introducen criterios legales para la revalorización y sólo a partir de la Ley 26/1985 se establece - de forma parcial- una garantía automática para la adaptación de las pensiones a la evolución del índice de precios al consumo, siendo además conocido el efecto de concentración en los mínimo que se produjo como consecuencia de los criterios de revalorización aplicados en los años

consideraba que sólo la actualización de las bases<sup>1132</sup> podría compensar su carácter remoto, tal y como había insinuado el propio TJCE en sentencias anteriores.<sup>1133</sup>

Por su parte, el TJCE en la sentencia Grajera, en primer lugar, confirmó la validez del Anexo controvertido<sup>1134</sup> y en consecuencia admitió la traslación del período de referencia que no ha de situarse, como sucede con carácter general, en el momento previo al hecho causante. Pues entiende el TJCE que en tal caso se tomaría “... *como período de referencia un período durante el cual el trabajador migrante no participó efectivamente en la financiación del régimen de SS nacional y que, por otra parte, ya se tiene en cuenta con arreglo a la legislación del otro Estado miembro en el que trabajó el interesado.*” Esta argumentación resulta controvertida ya que, por un lado, a tenor del artículo 46.2.a), la cuantía teórica es una pensión ficticia calculada sobre la vida laboral completa del trabajador en el marco de la legislación competente, la cual no puede ser modificada, máxime cuando tal cambio va en detrimento de los intereses del migrante.<sup>1135</sup> Mientras que, por otro lado, los elementos de contributividad y reparto de

---

*setenta y primera mitad de los ochenta*”. Lo que en definitiva significa afirmar que la evolución histórica y carencias de nuestro sistema de SS, imposibilitan que la interpretación del artículo 47.1.g), contenida en el Anexo VI.D.4º, se adecue a los objetivos del artículo 42 TCE. Como señaló el Abogado General en el apartado 17 de sus Conclusiones sobre este Asunto, parafraseando al TS: “...*el sistema de actualización establecido en la disposición pertinente del Anexo VI del Reglamento es, incluso antes que discriminatorio en abstracto, incapaz de funcionar de manera satisfactoria en la práctica: al perjuicio para los trabajadores migrantes se añade por así decirlo- la burla*”.

<sup>1132</sup> Como ha señalado la doctrina, exceptuando a las bases de cotización que conectan con el elemento salarial no existen “*índices, serios y además conocidos de todos, que permitan establecer, por categorías profesionales, el movimiento de las retribuciones*”. **RIOS SALMERON, B.** op. cit. p.15.

<sup>1133</sup> Aunque en el Fallo se estipulaba la actualización de la cuantía teórica, en los apartados 39 y 40 de la STJCE Lafuente se aludía a la actualización de las bases de cotización. Este tipo de afirmaciones se reiteraron en el apartado 28 de la STJCE Naranjo Arjona, a pesar de que en esta segunda sentencia ya se consideraba el tenor del Anexo VI.D.4º, que obliga a la actualización de la propia pensión resultante.

<sup>1134</sup> El TJCE tan sólo detectó una fisura en el Anexo VI.D.4º, en su opinión poco relevante, concretamente en la actualización limitada de la cuantía teórica que se establecía en el apartado b) in fine del punto 4º. Circunstancia insuficiente para declarar la invalidez parcial del Anexo propuesta por el Abogado General. La aprobación del Reglamento (CE) nº 1223/98 del Consejo, de 4 de junio de 1998 (DOCE L 168, p.1) supuso la supresión de la parte de frase “*hasta el año anterior al hecho causante*” poniendo fin a esta discrepancia, como admite el Considerando octavo de la Exposición de motivos del citado Reglamento.

<sup>1135</sup> Consciente de que las disposiciones del Anexo VI.D son parte del R.1408 y normas comunitarias, pero considerando que se aplican únicamente en el marco de la legislación del Estado miembro al que van destinadas y que establecen un régimen ad-hoc de cálculo que va en detrimento de los intereses del migrante podría resultar extrapolable, con ciertas cautelas, la doctrina sentada por el TJCE en su sentencia de 23-9-82 sobre el Asunto Besem (274/81). En efecto, en el apartado 13 se señaló que el R. 1408 y el principio de igualdad de trato, no permiten “... *que un Estado miembro, con vistas a la determinación de la cuantía de las prestaciones en tales situaciones adopte disposiciones que tienen por objeto modificar el cálculo de la cuantía teórica en el sentido de una disminución en relación a la que resultaría de las disposiciones generales de la legislación nacional.*”



carga financiera, en el marco del procedimiento comunitario de cálculo no se han de valorar al calcular la cuantía teórica sino en un momento posterior, esto es, al aplicar la prorrata temporis. De manera, que solamente en el momento de aplicar esta segunda técnica sobre la cuantía teórica sería razonable una disminución de la cuantía de la pensión, considerando que la carrera de seguro del migrante hubiera sido especialmente breve en nuestro país.

En segundo lugar, el TJCE ratifica el cómputo de las <bases reales> defendido previamente en sus sentencias Lafuente y Naranjo.<sup>1136</sup> Imponiéndose un resultado cuantitativo al cálculo de la cuantía teórica sobre tales bases reales, pues su monto debe ser igual a la pensión que le hubiera correspondido al migrante si hubiese seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en España.<sup>1137</sup> Es decir, que en opinión del TJCE, las normas del Anexo:

*“... no imponen un método particular de determinación de las bases de cotización ni ningún método de actualización de dichas bases o de la pensión correspondiente”. Y que la actualización de las bases no contradice “...las disposiciones introducidas por el Reglamento 1248/92 en el punto 4º de la letra D del Anexo VI del Reglamento nº 1408/71 se corresponden con esta interpretación”.*

Con esta postura el TJCE convalida el Anexo VI.D.4º ampliando, no obstante, el estrecho margen interpretativo del que gozaban los órganos jurisdiccionales nacionales en su seno. Como reconoce el apartado 24 de la STJCE Grajera, en manos de éstos últimos queda la identificación de los mecanismos oportunos que puede brindar del Derecho interno para la cobertura de posibles lagunas de bases de cotización, su actualización, o la revalorización de la propia pensión resultante. Sin embargo, resulta difícil pronunciarse por cuales habrán de ser dichos mecanismos, pues se puede afirmar

---

<sup>1136</sup> Apartado 21 STJCE Grajera. Véase Fallo de la STJCE Lafuente, reproduciéndose en negrita lo reiterado en la STJCE Naranjo: *“La letra e) (actualmente g) del apartado 1 del artículo 47 del Reglamento nº 1408/71,(...), interpretada conforme al objetivo fijado por el artículo 51 del Tratado CEE, actualmente CE, implica que en una situación como la que es objeto del procedimiento principal, el cálculo de la base media de cotización se funda únicamente en el importe de las cotizaciones pagadas con arreglo a la legislación de que se trata y que la cuantía teórica de la prestación así obtenida será adecuadamente revalorizada y aumentada como si el interesado hubiese seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trata”.*

<sup>1137</sup> *“...No procede distinguir, a la luz de los principios del Derecho comunitario, entre la actualización de la base de cotización y la revalorización de la cuantía de la pensión. En ambos casos, el objetivo perseguido es el mismo y debe permitir, a partir de las bases de cotización reales del asegurado antes de trasladarse al extranjero y mediante una actualización efectiva que tenga en cuenta la evolución del coste de la vida y los incrementos de las prestaciones de la misma naturaleza, determinar finalmente una cuantía de pensión que se corresponda con la que habría percibido el trabajador migrante si hubiese seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trate”.*

que, en buena medida, la última cuestión prejudicial surge de la constatación de la ineficacia del Derecho interno para proteger al migrante en el marco del Anexo, de una manera acorde a los objetivos del TCE. Poco clarificadora resulta la sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del TS dictada el 9-3-1999 (RJ 1999/2755) resolviendo el propio caso Grajera tras la STJCE, y de la que extraen tres conclusiones básicas que se han reiterado en pronunciamientos posteriores:<sup>1138</sup>

*“1º El Anexo VI.D establece, que como queda visto, que la pensión teórica española propia de la situación de vejez calculada sobre las bases reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, sin perjuicio de que la pensión así obtenida se incremente con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones acordadas para cada año posterior en las pensiones de la misma naturaleza. Esta norma reglamentaria, es perfectamente válida y no contradice los principios fundamentales en que se asienta el Tratado de Roma o Acuerdos posteriores; y, por otro lado, excluye el sistema utilizado por la jurisprudencia, según el cual cabía hallar la pensión por referencia a una bases medias.*

*2º Lo dicho en el apartado precedente no constituye una solución cerrada y obstaculizadora de otras diferentes, en particular, todavía a la luz de los preceptos comunitarios, cabría introducir criterios alternativos de actualización, pero ello es algo que no puede hacer la Sala, por su propio oficio, atendiendo el carácter extraordinario de la casación, sino que está necesitado de una actividad de la parte, a cuyo cargo se pone la alegación y prueba de los datos necesarios para concluir la inadecuación del procedimiento seguido por el Instituto así como para evidenciar la procedencia de un cálculo revalorizador diferente.*

*3º Es posible, además, y al margen de las normas comunitarias, aplicar un convenio bilateral de SS, suscrito entre el España y el país de que se trate, si del mismo deriva un trato más favorable para el asegurado, el cuál habría de serle respetado incluso tras nuestra adhesión a la comunidad, hoy Unión Europea...”*

Como ponen de manifiesto las conclusiones transcritas, el TS no resuelve la incógnita de como deberán cubrirse las lagunas parciales de bases de cotización, o cual será el mejor sistema para la actualización de las mismas.<sup>1139</sup> Desde aquí, no obstante, se sugiere una valoración de la viabilidad de la doctrina vertida por el TJCE en su sentencia de 24-9-1998 sobre el Asunto Stinco (C-132/96) que, como se señaló, aseguraría, al menos, una cuantía teórica mínima mediante la aplicación del

---

<sup>1138</sup> Véase, por todas, el FºJº 3º de la STS de 20-1-00 (RJ 2000/984); el FºJº 5º de la STS de 30-5-00 (Rec. Núm. 2816/99); el FºJº 5º de la STS de 11-10-01 (RJ 2002/1501) y el FºJº 2º de la STS de 30-4-01 (RJ 2001/5131)

<sup>1139</sup> De hecho el INSS está realizando su integración mediante la teoría de las bases mínimas, y en el caso de que no existan éstas por ser el período de referencia muy remoto se aplicarían las bases tarifadas únicas. Paradójicamente, con este sistema la cuantía teórica de las pensiones de jubilación española, en muchas ocasiones, posee un monto inferior al garantizado para las pensiones SOVI, reconocidas a favor de trabajadores que tan sólo acreditan 5 años de cotizaciones.

complemento establecido para las prestaciones contributivas en nuestra legislación; impidiendo la liquidación de pensiones de jubilación excesivamente reducidas.<sup>1140</sup>

Debe admitirse que mientras no se fijen unas pautas claras respecto de las dos cuestiones citadas previamente, seguirá siendo posible que una pensión de jubilación contributiva española, reconocida en el marco del R. 1408 a favor de un trabajador migrante, esté, no obstante, vacía de contenido. Circunstancia que supone, no sólo un claro incumplimiento del Derecho Comunitario por parte de la Administración española sino también la vulneración de los propios criterios de suficiencia que impone la Constitución Española respecto de las prestaciones de SS nacionales. Únicamente, los migrantes a quienes les sea de aplicación, bajo determinadas circunstancias, uno de los Convenios bilaterales preexistentes, lograrán dotar a esta pensión de jubilación de un cierto contenido.<sup>1141</sup> Sin embargo, resulta paradójico que se deba acudir a tales normas internacionales que por su carácter limitado, parecían haber sido superadas por la normativa uniforme comunitaria desde la aprobación, en 1958, de los primeros Reglamentos comunitarios de coordinación.

#### **VIII-4-2.- El cálculo del porcentaje de la prorrata temporis.**

En este epígrafe se aborda principalmente el problema del cómputo de ciertos períodos ficticios nacionales en la prorrata; haciéndose una breve referencia a la influencia beneficiosa que respecto de la prorrata se deriva del límite a la totalización que el R. 1408 permite realizar en el marco del cálculo de la cuantía teórica.

##### **VIII-4-2-1.- Períodos ficticios computables**

Para el cálculo del porcentaje de prorrata temporis aplicable a la cuantía teórica, en principio, se han de computar los mismos períodos de seguro o residencia empleados

---

<sup>1140</sup> GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, Carlos. "La cotización extranjera..." op. cit. p. 30, apunta que en la práctica se puede considerar al amparo del R. 1408, la pensión de vejez del SOVI como cuantía teórica mínima respecto de aquellos trabajadores que acreditan cotizaciones españolas remotas. Se trata de una opción que no comparto, pues los trabajadores migrantes a los que se hace referencia no podrían ser titulares de tales prestaciones al ser simultáneamente titulares de una pensión contributiva en el sistema nacional de SS. Sin embargo, la constatación de que estas pensiones poseen una cuantía superior a la cuantía teórica calculada por imperativo del artículo 46 del R. 1408 utilizando las bases desactualizadas, pone de manifiesto, ya sin género de dudas, los perjuicios que están sufriendo los migrantes en el cálculo de sus derechos de SS.

<sup>1141</sup> Véase, por todas, las siguientes STS sobre la aplicación preferente de un Convenio bilateral en cuyo seno se permite el cálculo de la pensión manteniéndose el período de referencia previo al hecho causante y recurriéndose a la teoría integradora de las bases medias. Sobre el Convenio Hispano-Alemán: el FºJº 2º de la STS de 15-11-01 (RJ 2001/9760) y el FºJº 2º de la STS de 16-5-02 (Rec. Núm 3627/2001); sobre el Convenio Hispano-Holandés: el FºJº 2º de la STS de 28-5-02 (Rec. Núm. 8/2838/2001). Resumiendo la doctrina vigente del TS sobre esta materia véase el FºJº 1º de la STS 9-10-01 (RJ. 1475/2001)

para calcular tal cuantía teórica, no obstante, a tenor del artículo 46.2.b) del R. 1408, tales períodos deben cumplir un requisito añadido, pues deben haber sido “*cumplidos antes del hecho causante*”. Si esta afirmación no plantea ningún problema respecto de los períodos reales, la ubicación temporal de los denominados períodos ficticios no resulta tan clara, como puso de manifiesto la jurisprudencia comunitaria.<sup>1142</sup>

En este sentido, en el marco de nuestro sistema de SS se planteaba la duda sobre la obligación de computar en el marco de la prorrata ciertos períodos ficticios<sup>1143</sup> correspondientes a los años de bonificación concedidos por la DT 2.3º de la OM de 18-1-1967.<sup>1144</sup> En sentido negativo se pronunció el FºJº 3º.4 de la STS de 7-12-99 (RJ 1999/9693), de fundamentación jurídica realmente desafortunada.<sup>1145</sup> STS que rechaza el cómputo de los períodos ficticios al considerar, en primer lugar, que tal práctica supondría un “*...incremento desmesurado de la pensión por el solo hecho de la emigración...*”; y, en segundo lugar, que tal cómputo carece de la “*... expresa cobertura comunitaria...*”, es decir, considerando que no se recogía de manera explícita en el R. 1408. Ninguno de los argumentos mencionados parece especialmente consistente, en primer lugar, porque el cómputo de determinados períodos tanto para el cálculo de la cuantía teórica como para la prorrata de esta última, por su distinta finalidad, no presupone necesariamente un doble cálculo abusivo, sino que es acorde

---

<sup>1142</sup> Véanse STJCEs de 18-2-1992 sobre el asunto Di Prinzio (C-5/91) y la de 26-6-1980 sobre el asunto Menzies (793/79) comentadas en este trabajo en el epígrafe VI-2-2-1 de este mismo capítulo.

<sup>1143</sup> Sobre el carácter ficticio de estas cotizaciones el TS había señalado que “*... no son cuotas reales, puesto que la referida D. Tr. 2 configura un beneficio de cotizaciones ficticias a fin de determinar en número de años cotizados a los solos efectos de fijar el porcentaje de la pensión de vejez, disponiendo la adición, al número de días cotizados que acredite el trabajador, del número de años y fracciones de años que se establecen en la escala anexa según la edad de aquél en 1 de enero de 1967.*” Véase en este sentido, por todas, SSTS 4-7-1994 (RJ. 94/633), 23-11-1995 (RJ. 95/8685) y 28-11-1995 (RJ. 95/8768.)

<sup>1144</sup> A dicha OM (BOE de 26-1-67) se remite la DT 3º Reglamento General del Régimen Especial del Mar (Decreto 1867/1970), con la salvedad de que en este segundo caso la fecha de referencia es el 1-8-1970. (FºJº 5º de la STS de 26-6-01 (Rec. num. 1156/2000) se trata en ambos casos de períodos ficticios reconocidos en una norma de Derecho transitorio con el objetivo de paliar los efectos peyorativos de un cambio normativo en el marco del sistema nacional de SS

<sup>1145</sup> Como se ha señalado, la mencionada STS cita en su FºJº 3º.1º como vigente la NCA contenida en el artículo 46.3 en su versión previa a su derogación por el R. 1248/92, alusión sorprendente máxime cuando se advierte que el problema jurídico que se plantea se sitúa completamente al margen del cúmulo de prestaciones. Una posible explicación a este desliz del TS puede ser cierto mimetismo con la STJCE de 18-2-1992 sobre el Asunto Di Prinzio (C-5/91) que aborda junto a la materia objeto de litigio, cierto cúmulo de prestaciones en el marco del artículo 46.3 previo al R. 1248. Lo realmente llamativo es que el TS citará de nuevo el derogado artículo 46.3, en el del FJº 3.º3.3 de la STS de 13-6-2000 (RJ. 2000/7170), aunque en este caso la STS no sienta doctrina, al desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción.

con el procedimiento establecido en el artículo 46.2 del R.1408.<sup>1146</sup> Tampoco se puede afirmar que se esté discriminando a los trabajadores sedentarios frente a los migrantes, pues como es sabido el principio de igualdad de trato en el marco del artículo 3 del R. 1408 sólo puede funcionar a favor de los migrantes, los cuáles pueden obtener incluso alguna ventaja adicional en el marco de la coordinación.<sup>1147</sup> Por último, respecto a la inexistencia de expresa cobertura comunitaria que avale su cómputo, hay que señalar que, como es sabido, a tenor de la definición de períodos de seguro contenida en el artículo 1.r) del R. 1408, el legislador comunitario reconoce expresamente que éstos podrán tener carácter real o ficticio. Sin que ninguna norma comunitaria señale que un período de seguro por tener carácter ficticio, a la luz de la legislación que lo reconoció, no pueda ser computado en la prorrata.<sup>1148</sup>

Tras la confusa sentencia del TS no es sorprendente que el JS N° 3 de Orense planteara el 17-7-00 una Cuestión Prejudicial considerando que persistían dudas sobre la correcta interpretación del Derecho Comunitario. Tal cuestión ha dado lugar al Asunto Barreira Pérez (C-347/00), todavía sub-iudice y sobre el que el Abogado General ha presentado, no obstante, sus Conclusiones el 6-6-02.<sup>1149</sup> En el interín el TS se separó de su doctrina inicial, iniciando a partir de la STS de 26-6-01 dictada en pleno (RJ. 2001/6834) una defensa del cómputo de los períodos ficticios en la prorrata, considerando innecesario acudir al TJCE en busca de pautas interpretativas.<sup>1150</sup>

---

<sup>1146</sup> Pudiéndose incluso considerar, como pone de manifiesto la STS de contraste dictada el 27-2-1998 por el TSJ de Galicia, que si no se computaban tales períodos ficticios en la prorrata se estaban minorando *“los derechos del trabajador que ha prestado servicios en países miembros de la CE, de manera que, en definitiva, se obstaculiza la libre circulación de los trabajadores y se atenta contra el art. 48 del Tratado de Roma (25-3-1957) y los Considerandos 5,6 y 7 del Reglamento 1408/71...”*.

<sup>1147</sup> Apartado 51 de la STJCE de 6-7-2000 sobre el Asunto Movrin (73/99). **VAN RAEPENBUSCH, Sean.** *La Seguridad...* op cit. p. 297. **TANTAROUDAS, Ch.** *La protection...* op. cit. P. 143.

<sup>1148</sup> En este sentido véase el punto 2 del F°J° único de la STSJ de Galicia de 27-2-1998 que a tenor de la definición de período de seguro realizada por el artículo 1.r) del R. 1408, sostenía que *“... es una afirmación absolutamente voluntarista la de que el artículo 46.2 del Reglamento 1408/71 dispone el exclusivo cómputo de cuotas reales...”*.

<sup>1149</sup> Según los Hechos 4° y 5° del mencionado Auto, el Sr. Barreira Pérez solicitó una pensión de jubilación española acreditando: 4051 días de cotización bajo la legislación alemana, y 8349 bajo el sistema español, de los cuales 3005 días correspondían a cotizaciones ficticias, computadas al actor en virtud de la mencionada O.M. de 1967. Como pone de manifiesto el F°J° 4° del Auto si se computaban tales períodos el porcentaje de prorrata temporis reclamado por el actor era de 67'33% resultante de dividir la totalidad de períodos españoles, 8349, entre los 12400 totales resultantes de sumar españoles y alemanes. El INSS, excluía de su cómputo tales períodos ficticios y pretendía abonar tan sólo el 56'85% de la cuantía teórica, resultado de calcular la relación entre los 5344 períodos de cotización españoles reales y los 9395 totales

El Abogado General en sus Conclusiones sobre el Asunto Barreira Pérez, también se ha manifestado favorable a su cómputo, considerado, en primer lugar, que tales períodos fueron tomados en cuenta <pacíficamente> para el cálculo de la propia cuantía teórica,<sup>1151</sup> constituyendo, a su modo de ver, períodos de seguro ficticios, sobre cuya naturaleza, no obstante, deberán de pronunciarse los órganos jurisdiccionales nacionales.<sup>1152</sup> En segundo lugar, para la ubicación temporal de tales períodos en un momento previo al hecho causante,<sup>1153</sup> el Abogado General recurre a la jurisprudencia comunitaria. Considerando clave que los elementos que utiliza el legislador nacional para otorgar tales períodos ficticios, esto es las cotizaciones realizadas a regímenes de seguro previos al vigente y la edad que tenía el beneficiario en 1967, se ubican antes del hecho causante. Circunstancia que le permite concluir en el apartado 51 que “*tal período se cumplió antes de que acaeciera la contingencia cubierta por la prestación para cuyo cálculo fue tenido en cuenta, es decir, la vejez del interesado.*”<sup>1154</sup> En tercer lugar, el Abogado General rebate los argumentos en los que el Gobierno español fundamenta su rechazo al cómputo, basados en la posibilidad de que tales períodos ficticios se reconozcan a favor de trabajadores migrantes que hubieran cotizado antes de 1967 en otro Estado miembro, y que se superpondrían a las efectivamente realizadas en otro Estado miembro antes del 31-12-1967. En ese contexto, el Gobierno consideraba que el cómputo en el cálculo de la pensión “*pondría en peligro el equilibrio entre las cotizaciones recaudadas y las prestaciones pagadas,*” pues otorgaría al migrante una doble ventaja al poder totalizarse cotizaciones superpuestas, es decir, las ficticias mencionadas y las reales acreditadas en otro Estado miembro antes de 1967. El

---

<sup>1150</sup> Véase el FºJº 6º.3 de esta sentencia donde se desmarca de la doctrina sentada por el STS de 7-12-1999, (RJ1999/9693). Rechazando el planteamiento de una cuestión prejudicial sobre la materia que se aborda en este epígrafe véase, por todas, FºJº 2º de la STS de 9-10-01 (Rec. Núm. 3629/2000) o el FºJº 4º de la STS de 26-6-01 (Rec. Núm. 1156/2000).

<sup>1151</sup> Circunstancia que pone en entredicho la necesaria naturaleza <real> de los períodos de seguro que se computan para el cálculo de la propia cuantía teórica.

<sup>1152</sup> Véase el apartado 40 de las Conclusiones, cuya afirmación parece derivar en buena medida de la incapacidad manifestada por el Gobierno español y el INSS en el apartado 37 para probar en que otro concepto, distinto al de períodos asimilados, habían sido computados para calcular tal cuantía teórica.

<sup>1153</sup> Hay que señalar que el propio JS parecía contestar implícitamente a la propia cuestión, al calificar las cotizaciones ficticias controvertidas como “... *correspondientes a períodos anteriores a la fecha del hecho causante...*”.

<sup>1154</sup> Reiterando en el apartado 57 que a la luz de la STJCE Di Prinzio, resulta irrelevante para fijar su naturaleza, el hecho que los períodos ficticios controvertidos tan sólo se computen llegado el momento del cálculo de la pensión y que no puedan ser consideradas para el cumplimiento del período de carencia exigido para la adquisición del propio derecho

Abogado General rechazó esta posibilidad de doble ventaja en el apartado 58 de sus Conclusiones, admitiendo implícitamente la concesión de tales períodos ficticios.<sup>1155</sup> Sustentaba tal postura, en el artículo 15.e) del R. 574 que considerando la imposibilidad de ubicar tales períodos ficticios de forma tan precisa en el lapso temporal comprendido entre el 1-1-1960 y el 31-12-1967, presume la inexistencia de superposición de períodos y obliga a computar ambos, esto es, reales y ficticios. Añadiendo en el apartado 63, que si no se computasen tales períodos ficticios se estaría discriminando al Sr. Barreira por el mero hecho de haber ejercido su derecho a la libre circulación, ya que si se estuviese calculando la pensión de un trabajador sedentario tales períodos ficticios habrían sido considerados automáticamente para el cálculo de su pensión.<sup>1156</sup>

Como se adelantaba, el TS desde su STS de 26-6-01 también defiende la procedencia de computar en la prorrata los períodos ficticios reconocidos por la OM del 67 en función de la edad de los asegurados. La argumentación del TS no coincide con la del Abogado General, pues parece sustentarse en la idea errónea de que las cotizaciones computables en el marco del artículo 46.2.b) del R. 1408 no pueden ser ficticias. En efecto, en el FºJº6º.4º de la mencionada sentencia califica a las cotizaciones controvertidas de <estimadas>, como si de un tercer género entre las reales y las ficticias se tratara; tal vez intentando computar tan sólo <bases de cotización reales> como exige el Anexo VI.D.4º del R.1408. El TS califica tales cotizaciones controvertidas como <estimadas> al haber sido otorgadas “sobre la base de un cálculo estadístico, cumpliendo la función de liberar al asegurado y a la entidad gestora de una prueba de cotizaciones reales difícil y azarosa.”<sup>1157</sup> Respecto de su ubicación temporal el TS considera que estas cotizaciones estimadas son muy anteriores al hecho causante, esto es, correspondientes al período previo a la implantación de los regímenes actuales

---

<sup>1155</sup> Como se ha señalado en el epígrafe VIII-3-1 de este mismo capítulo se trata de una posibilidad que parece denegar implícitamente el TS a tenor del FºJº 3º de la STS de 18-9-01 in fine (Rec. Núm. 3978/2000). En este pronunciamiento se considera conforme a derecho el rechazo del INSS al reconocimiento de tales períodos ficticios a favor de un trabajador migrante español que habiendo cotizado en España en los años 80, no acredita cotizaciones en nuestro país en el intervalo comprendido entre el 1-1-60 y el 31-12-67, aunque durante tal período trabajase y cotizase a favor de la SS alemana.

<sup>1156</sup> Por último, en los apartados 72 a 85 el Abogado General argumenta en contra de la posibilidad de limitar la retroactividad del pronunciamiento del TJCE si se alinea con su propuesta. Considera que el artículo 46 del R. 1408 no es especialmente ambiguo, existiendo pronunciamientos previos, como la sentencia Di Prinzio donde no se consideró limitar sus efectos en el tiempo

<sup>1157</sup> Véase FºJº3º de la STS de 28-5-02 (Rec. Num. 8/2838/2001)



de SS, cumpliendo así el requisito exigido por el artículo 46.2.b) del R. 1408 para su cómputo en el cálculo del porcentaje de la prorrata.<sup>1158</sup>

Debe señalarse que en pronunciamientos posteriores el TS ha reiterado tan sólo la primera parte de la argumentación, llegándose a fundamentar el cómputo de los períodos controvertidos en su carácter estimado y no ficticio; obviándose el elemento clave exigido desde el artículo 46.2.b) del R. 1408, esto es, su ubicación temporal en un momento previo al hecho causante.<sup>1159</sup> En este sentido resulta paradigmática la STS de 9-10-01 (RJ 1475/2001) que considera improcedente computar en la prorrata temporis ciertos períodos ficticios distintos, en concreto, las denominadas <cotizaciones por bonificación> en el marco del Régimen Especial del Mar.<sup>1160</sup> En el FºJº 3º de la mencionada sentencia se reconoce que tales períodos habían sido computados para calcular la cuantía teórica,<sup>1161</sup> justificándose, no obstante, la exclusión del cómputo de la prorrata por carecer de carácter estimado y ser por el contrario “*cotizaciones completamente ficticias, pues no obedecen a ninguna presunción de realidad como las anteriores (las cotizaciones por edad)*”. El TS, como si de requisitos acumulativos se tratara, señala que tales períodos ficticios “*ni siquiera son anteriores al hecho causante,*” conclusión a la que llega considerando un criterio a priori irrelevante para el TJCE consistente en que “*se abonan exclusivamente para el reconocimiento de la prestación y para el cálculo del porcentaje a percibir.*” Sobre esta segunda cuestión hubiera bastado con afirmar que los elementos utilizados por el legislador nacional para la concesión de tales períodos ficticios resultan ser posteriores al tan mencionado hecho causante, pues se trata de un supuesto muy similar al que aborda la STJCE Menzies. Por último, resulta sorprendente que el TS considere que el cómputo de tales períodos en la prorrata perjudica al migrante, cuando es indudable que mejora el porcentaje

---

<sup>1158</sup> FºJº 6º de la STS de 26-6-01 (R.J. 2000/6834)

<sup>1159</sup> Véase la STS de 5-7-01 (RJ 2001/7309); la de 26-6-01 (RJ 2001/6834); la STS de 9-10-01 (RJ.2001/1475); STS de 15-11-01 (RJ 2001/9760) y STS de 28-5-02 (Rec. Num. 8/2838/2001)

<sup>1160</sup> Sobre este tipo de cuotas reconocidas para atemperar los efectos que sobre la cuantía de la pensión podía generar la jubilación a temprana edad permitida en el Régimen Especial del Mar mediante la aplicación de unos coeficientes reductores, véase artículo 4 de la Orden de 17-11-1983. Negandosu cómputo en la prorrata se había pronunciado previamente, sin discriminarlas respecto de las cotizaciones ficticias por edad, la mencionada sentencia de 7-12-99 (RJ 1999/9693).

<sup>1161</sup> El demandante que se jubiló cuando tenía 56 años se le reconoció la prestación por jubilación como si tuviera 64 y la cuantía teórica de su pensión se calculó considerando esa bonificación por cuotas.



aplicable sobre la cuantía teórica incrementando finalmente la pensión real a percibir.<sup>1162</sup>

#### **VIII-4-2-2.- Efectos beneficiosos en la prorrata derivados de la totalización limitada en el cálculo de la cuantía teórica.**

Como se recordará, el artículo 47.1.a) del R.1408 prevé que para el cálculo de la cuantía teórica de las pensiones tipo B la institución competente totalice únicamente los períodos necesarios hasta alcanzar la duración máxima exigida por su legislación nacional para obtener una prestación completa.<sup>1163</sup> Los efectos beneficiosos de esta totalización limitada se manifiestan al aplicarse la prorrata temporis, pues al reducirse el denominador de la fracción, el porcentaje de prorrata que le corresponde al migrante es superior. Sin embargo, en el F°J°3° párrafo 4° de la STS de 9-10-01 (R.J. 2001/1475) se niega a un trabajador migrante el derecho expuesto,<sup>1164</sup> permitiendo una totalización completa para el cálculo de la cuantía teórica por parte de la Entidad Gestora, que obviamente muestra sus efectos perniciosos en la prorrata.<sup>1165</sup>

Los argumentos esgrimidos por el TS en defensa de tal tesis resultan poco convincentes, pues ni siquiera se menciona el artículo 47.1.a) del R. 1408, pareciendo confundir en el marco de su argumentación dos cuestiones completamente distintas: el cómputo de los períodos ficticios por edad españoles y el límite a la totalización en el marco de la cuantía teórica de los períodos de seguro foráneos. En efecto, el TS señala que *“cuando el artículo 46 del Reglamento habla del período de seguro a tener en cuenta hay que interpretarlo como requiere el artículo 1.r) del mismo, o sea, toda la carrera de seguro del interesado y, por lo tanto, no como equivalente a período de*

---

<sup>1162</sup> No se comprende el sentido de la siguiente afirmación del TS que considera que *“la previsión de bonificación de cuotas en razón del trabajo desarrollado por el demandante no puede aceptarse para la aplicación del prorrateo en cuanto que se trata de una institución ajena a los principios de coordinación comunitarios, puesto que no ha hecho de peor condición al demandante por la circunstancia de haber prestado sus servicios en otros países comunitarios.”*

<sup>1163</sup> Véase el epígrafe VII-2-1-2 de este mismo tercer capítulo.

<sup>1164</sup> El migrante había solicitado que *“el período a tener en cuenta para el cálculo de la prorrata habría de ser tan solo el que la legislación española exige para tener derecho al 100 por 100 de la prestación de jubilación de jubilación o sea el de 12.775 días (teniendo en cuenta que estamos ante un supuesto anterior a la Ley 24/97 de 21 de julio de Coordinación).”*

<sup>1165</sup> El TS consideró que a los 5025 días de cotización española (reales y ficticias) se debía sumar la totalidad de los 9067 días que el interesado acreditaba en Holanda. Sin embargo, resulta evidente que si se hubiera totalizado de forma limitada tan solo 7750 días holandeses para calcular la cuantía teórica española, el porcentaje de la prorrata sería más beneficioso a los intereses del migrante. En efecto, en el marco de este último supuesto la prorrata sería equivalente a 5025/12775, esto es, un 39'33% en lugar del 35'66% defendido por el TS como resultado de dividir 5025/14092.

*cotización requerido para causar prestaciones*”. Extraña afirmación, pues no se entiende como la definición de período de seguro contenida en el artículo 1.r) del R. 1408 puede restar virtualidad a la totalización limitada que preconiza el artículo 47 respecto del cálculo. Ni como podría influir respecto de la totalización, siempre en la medida de lo necesario, estipulada en el artículo 45 del R. 1408 con el objeto de permitir el propio reconocimiento del derecho a la prestación. El TS termina su argumentación considerando que *“si el cálculo se hiciera como pretende el recurrente se incurriría en incongruencia con el hecho de que se le reconozcan a estos efectos cotizaciones por edad anteriores al año 1963 como él pretende, y le han sido reconocidas.”* No obstante, no se aprecia incongruencia en el petitum del migrante, sobre todo si se contemplan en el marco del cálculo del coeficiente de prorrata temporis aplicable. En efecto, el demandante solicita, por un lado, limitar la totalización de períodos foráneos con el objeto de anclar el denominador de la fracción con la que se calcula tal coeficiente; mientras que, por otro lado, está interesado en incrementar al máximo el numerador de la misma, formado exclusivamente por las cotizaciones españolas, incluidas las ficticias por edad utilizadas en el cálculo de la cuantía teórica.

La vulneración del artículo 47.1.a) del R. 1408 que parece desprenderse de la última STS mencionada no constituye un supuesto aislado, tal y como se deduce del FºJº 3º de la STS de 26-6-01 (RJ 2001/ 6834) donde queda constancia de la negativa de algunos TSJ al establecimiento de un límite a la totalización en el cálculo de la cuantía teórica. En esta última ocasión, no obstante, el TS no entra a valorar la procedencia de esta práctica, pues en el estrecho marco de apreciación que permite un recurso para la unificación de doctrina, no encuentra contradicción en este punto entre la sentencia impugnada y la de contraste, que precisamente coinciden en desestimar tal derecho.<sup>1166</sup>

---

<sup>1166</sup> Véase la Sentencia del TSJ de Galicia de 11-2-00 como impugnada, siendo la Sentencia de contraste elegida la dictada por la misma Sala el 26-7-99.

## CONCLUSIONES

El objetivo de este apartado es mostrar aisladamente algunas de las ideas claves que se pueden extraer del análisis de la norma derivada de coordinación, sin pretender reiterar todas las críticas y observaciones que se han venido realizando a lo largo de este trabajo. En efecto, estas conclusiones podrían constituirse en encabezamiento del análisis pormenorizado de ciertos aspectos de la normativa comunitaria que ya se realizó previamente y en cuyo seno habrá de buscarse su fundamento y argumentación. Asimismo, partiendo del mencionado análisis previo, en estas conclusiones también se encontrarán algunas propuestas de modificación de los Reglamentos de coordinación actualmente vigentes.

PRIMERA.- Como consecuencia del ejercicio del derecho a la libre circulación, es posible que el trabajador migrante no cumpla los requisitos, muchos de ellos territorialistas, a los que los sistemas nacionales de SS supeditan la afiliación en su seno, el acceso a las prestaciones o la propia conservación del derecho a las mismas una vez reconocido. El TCE, descartada la creación de un sistema supranacional de SS comunitario, como se deduce del propio tenor de su artículo 42, optó por la coordinación de los sistemas nacionales de SS de los Estados miembros. El Derecho comunitario desde el respeto a la configuración nacional de tales sistemas se limita a favorecer su interacción en un intento de evitar que se configuren en un obstáculo a la libre circulación, principalmente de trabajadores. Con este objetivo los Reglamentos 1408 y 574, fundamentados básicamente en dicho artículo 42 TCE, estipulan las siguientes medidas: en primer lugar, establecen normas de conflicto que mediante conexiones uniformes determinan la Ley nacional aplicable en cada caso; en segundo lugar, prohíben la discriminación por razón de la nacionalidad; en tercer lugar, fijan determinadas asimilaciones de condiciones que permiten el cumplimiento de algunos de los requisitos exigidos en la norma nacional competente para la afiliación o protección en su seno, protegiendo especialmente los derechos en curso de adquisición; en cuarto lugar, obligan a la exportación de la mayoría de las prestaciones nacionales de SS en el territorio de la Unión Europea, esto es, salvaguardando los derechos adquiridos por los migrantes; por último describen para el desarrollo de esta labor tuitiva un marco procedimental común de cooperación interestatal, en cuyo desarrollo colaboran ciertas instituciones comunitarias ad-hoc.

SEGUNDA.- A pesar de los avances y mejora constante del R. 1408 resulta sumamente difícil que desde la neutralidad que la coordinación impone respecto de las legislaciones nacionales, se puedan solventar todos los problemas jurídicos que en materia de SS ha de solventar quien ejercita el derecho a la libre circulación en el marco comunitario. En efecto, como se pone de manifiesto en este trabajo existen problemas inmunes a la técnica coordinadora y que cuestionan su propia virtualidad. El reconocimiento de los límites de la técnica empleada y la constatación de que en la actualidad resulta utópica la creación de un sistema comunitario de SS de carácter supranacional, no justifica, la subsistencia de tales problemas que podrían solventarse mediante un proceso específico de armonización parcial de los sistemas nacionales de SS. En otras palabras, un perfeccionamiento del funcionamiento de la propia coordinación parece posible mediante la armonización de ciertas materias, pues ambas técnicas de intervención normativa no han de ser contempladas desde un punto de vista alternativo o antagónico, pudiendo su utilización tener un carácter complementario.

En el Tratado no parece que existan problemas para llevar a cabo una actuación de este tipo, pues a tenor del reparto competencial establecido en el artículo 137 TCE se habilita al legislador comunitario para intervenir directamente en materia de protección social aunque siempre apoyando y complementando la actividad normativa de los Estados miembros. El carácter proporcional y meramente subsidiario de la intervención comunitaria que propiciase la armonización parcial y paulatina que se propone se defendería partiendo de la incapacidad manifiesta de la coordinación para solventar determinados obstáculos a la libre circulación, así como de la necesidad de una actuación comunitaria no asumible individualmente por los diferentes Estados.

Los elementos discordantes cuya armonización se propone son aquéllos donde, por un lado, existe un déficit de elementos comunes que impiden el establecimiento de asimilaciones de condiciones o su propia efectividad si hubiesen sido establecidas. Se está haciendo referencia a asimilaciones existentes en la norma derivada cuya virtualidad se supedita a la suscripción de acuerdos bilaterales entre los Estados miembros y que precisarían un marco procedimental comunitario uniforme desde el que se garantizase su verdadero funcionamiento. Para la defensa de los derechos de SS de los migrantes sería indispensable, aunque no sencillo por las reticencias de los Estados miembros a modificar sus sistemas nacionales, que el legislador comunitario armonizase parcialmente, entre otras, las siguientes materias: la edad mínima legal para acceder a

una pensión de jubilación, las edades de acceso a las propias prestaciones familiares, así como los criterios legales para determinar los grados de invalidez. En este mismo sentido habría de implementarse desde la norma de coordinación un procedimiento comunitario que permitiera, en algunos casos de pluriactividad internacional, la fijación de la cuantía de las cotizaciones, su recaudación en un Estado miembro distinto del designado competente; así como la reclamación transnacional de las prestaciones indebidamente abonadas. Junto a estas importantes materias debe señalarse que la armonización parcial también debería afectar a elementos formales o procedimentales, lo que conllevaría una mejora considerable de la propia cooperación administrativa, como armazón de la coordinación. Así, por un lado, resulta indudable que la fiabilidad y velocidad de los intercambios entre las Administraciones nacionales involucradas mejoraría mediante una progresiva armonización de elementos meramente terminológicos, esto es, adoptándose un mayor número de conceptos comunes, cuyo consenso y validez podría limitarse a los efectos aplicativos exclusivos del R. 1408. Por otro lado, sería interesante armonizar sistemas de recopilación de datos como, por ejemplo, los empleados por las Instituciones nacionales para registrar las cotizaciones. Modificaciones aparentemente poco relevantes pero que favorecerían el intercambio telemático, acelerando consecuentemente la resolución de los expedientes administrativos relativos al reconocimiento de prestaciones a favor de los trabajadores migrantes.

TERCERA: Actualmente se detecta un importante desencuentro entre la evolución que ha seguido el TCE y la normativa derivada de coordinación. En este sentido, resulta paradigmático que el R.1408 continúe anclado en la protección de la libre circulación de trabajadores, sin adaptar su cobertura a la figura del ciudadano comunitario que, a tenor del propio TCE, es titular de ese mismo derecho. La norma derivada continúa imbuida de una concepción contributiva y profesional de la SS, sin amparar la libre circulación de las personas en calidad de meros ciudadanos comunitarios.

Lo afirmado en el párrafo anterior no supone ignorar que, desde la década de los noventa, el R. 1408 ha sufrido modificaciones parciales con el objeto de ampliar su ámbito de aplicación a otras realidades y sujetos. En este sentido, podrían destacarse, en lo que aquí interesa, en primer lugar, la inclusión de los estudiantes o de los regímenes

especiales de funcionarios que han pasado a ser objeto de la cobertura de la norma derivada; en segundo lugar, el establecimiento de normas de conflicto en el Título II del R. 1408 destinadas a designar la Ley nacional competente respecto de sujetos inactivos; por último, el Reglamento permite que todo ciudadano comunitario asegurado a un sistema de SS tenga acceso a las normas de coordinación que le faciliten el acceso a la asistencia médica urgente en un Estado miembro distinto del competente.

Más coherente con el objetivo de lograr que los Reglamentos de coordinación protejan los derechos de SS de ciudadanos que circulan libremente por el territorio de la Comunidad resulta <la Propuesta>, cuya aprobación supondría la <desprofesionalización>, esta vez completa, del ámbito subjetivo del R. 1408. Este proceso parece inexorable, pues como comienza a apuntar la jurisprudencia del TJCE, el reconocimiento desde el acervo comunitario de un derecho a la libre circulación de los ciudadanos comunitarios pone en entredicho las limitaciones que a la protección de este derecho se establecen en la normativa derivada destinada a colectivos, a su vez, englobados en tal categoría, sin duda, más amplia.

La protección de los derechos de SS de los ciudadanos, en este contexto de desprofesionalización del derecho a la libre circulación, debería comenzar por una modificación del tenor del artículo 42 TCE y su simultánea reubicación en el marco del TCE. En efecto, con el fin de que se constituya en un fundamento jurídico válido para la ampliación del ámbito subjetivo del R. 1408 en el sentido expuesto, el mencionado artículo debería situarse en la primera parte del TCE, bajo el epígrafe <Principios>, como un derecho del propio ciudadano comunitario.

CUARTA.- La norma derivada de coordinación no sólo se mantiene al margen de alguno de los cambios experimentados por el TCE, sino que también se puede apreciar un claro desfase del alcance del R. 1408 respecto de la evolución que han seguido las propias legislaciones nacionales de SS objeto de dicha coordinación. Tal circunstancia resulta especialmente evidente si se realiza una comparación del ámbito subjetivo y objetivo de la norma derivada comunitaria con los de las legislaciones nacionales. Comparación, que pone de manifiesto la expulsión de determinados sujetos y contingencias del ámbito de aplicación de la coordinación, pese a su cobertura por la normativa estrictamente nacional. Desencuentro que cuestiona al propio R. 1408 como

norma comunitaria destinada a dar respuesta a todos los problemas de SS que el ejercicio de la libre circulación en el territorio intracomunitario genera.

La normativa comunitaria anclada en una concepción profesional y contributiva de la SS parece olvidar que ésta no es la única presente en los sistemas nacionales poseedores de un carácter híbrido respecto de las tendencias teóricas tradicionales “bismarckianas” y “beveridgianas”. La existencia en todas las legislaciones nacionales de mecanismos de cobertura generalizada de la población mediante prestaciones de carácter no contributivo, destinadas a la cobertura de otras contingencias distintas de las profesionales clásicas, no siempre tiene su reflejo en el R. 1408 que no posee una regulación ad-hoc para tales supuestos u otorga a las mismas una protección parcial.

Respecto del ámbito objetivo del R. 1408 se ha de destacar, asimismo, que su cobertura se limita a la SS como núcleo central de la protección social, debiendo entenderse excluidas la asistencia social, de muy difícil deslinde respecto de la SS en su modalidad no contributiva y la denominada SS complementaria, de importancia creciente en muchos Estados miembros. No obstante la intervención coordinadora desde el ámbito comunitario sobre esta última materia parece crucial, máxime si se considera que la migración de trabajadores comunitarios ha descendido y posee un perfil diferente. Se trata de trabajadores más cualificados, menos acuciados por la necesidad que los de antaño, a quienes les preocupan sus derechos en el marco de estos sistemas complementarios. Sin embargo, la protección comunitaria de sus derechos a prestaciones complementarias no se articula en el seno del R. 1408, sino en una Directiva ad-hoc que otorga una cobertura limitada a ciertos casos de desplazamiento.

Asimismo, desde el punto de vista del ámbito subjetivo de aplicación de la norma derivada, resulta paradigmática la exclusión de los trabajadores nacionales de terceros Estados, no obstante, incluidos en las normas nacionales de SS en condiciones de igualdad al amparo de Acuerdos internacionales de sus Estados de origen con los Estados miembros o con la propia Comunidad Europea. Estos sujetos, que carecen del derecho a la libre circulación, no obstante, de facto pueden trabajar en varios Estados miembros enfrentándose a los mismos problemas que sufría el migrante comunitario antes de instaurarse el sistema de coordinación de los sistemas nacionales de SS. Afortunadamente, la integración de este colectivo en el marco del R.1408 parece inminente, pues a pesar de persistir ciertas reticencias en algunos Estados miembros respecto de un incremento del gasto social derivado de la aplicación de la coordinación

a estos colectivos. Respecto del fundamento jurídico válido para acometer la inclusión de dicho colectivo de trabajadores extracomunitarios, hay que señalar que la última propuesta se independiza del derecho a la libre circulación de trabajadores y encuentra su base en el artículo 63.4 TCE, introducido por el Tratado de Amsterdam y referido a las condiciones de entrada y de residencia en la Comunidad de los nacionales de terceros países.

QUINTA.- El Derecho derivado de coordinación es excesivamente complejo, las disposiciones que conforman los Reglamentos poseen un tenor literal sumamente confuso, que ha debido ser desvelado por la jurisprudencia comunitaria resolviendo numerosas cuestiones prejudiciales. En muchas ocasiones las directrices interpretativas del TJCE son incluidas en el propio articulado de la norma derivada a través de una nueva redacción que pone de manifiesto su verdadero sentido o alcance. Esta práctica debería, no obstante, institucionalizarse de manera que tal asunción de la jurisprudencia comunitaria por la norma derivada se realizara de forma sistemática y completa.

A este proceso de asunción automática de la jurisprudencia en la norma derivada, se le podría objetar, en primer lugar, que daría lugar a unos textos normativos aun más largos que los vigentes. Sin embargo, tal resultado vendría compensado por la claridad obtenida, pues la simplificación y aclaración de la norma derivada no siempre puede lograrse simultáneamente a la reducción del texto del articulado. Circunstancia puesta de manifiesto en la <Propuesta> que, desde su brevedad, no ha sido capaz de eliminar muchas de las ambigüedades del vigente R. 1408. Una segunda crítica, quizás mas acertada, podría ser que esta práctica parece la convalidación unánime del Consejo de la labor cuasi-legislativa, más que interpretativa, que parece estar asumiendo de forma impropia el TJCE en sus sentencias sobre la norma derivada de coordinación.

SEXTA.- La elección del Reglamento como fuente para el desarrollo de esta normativa derivada resulta idónea respecto de la técnica coordinadora empleada, pues se superpone a la regulación de los sistemas nacionales sin modificarlos. Sin embargo, la ausencia de implementación que lleva aparejada esta fuente normativa puede ser considerada una causa más de la complejidad que suscita la aplicación del Derecho comunitario de coordinación, pudiendo favorecer, asimismo, su propio desconocimiento o inobservancia. En efecto, las consecuencias jurídicas que derivan de la aplicación del



Reglamento se deben deducir de su propio tenor, para a continuación plasmarse en la norma o normas nacionales de SS designadas competentes. Estas normas nacionales que no recogen ni reiteran dicha normativa comunitaria pueden, por el contrario, contener disposiciones discordantes con el mandato comunitario que, no obstante, cuando no puedan ser reinterpretadas en el sentido fijado por la norma derivada deberán ser inaplicadas a favor de las prescripciones de los propios Reglamentos.

SEPTIMA.- Como se deduce de la lectura de este trabajo, otro motivo de la complejidad de la norma derivada de coordinación radica en la existencia de un número excesivo de excepciones respecto de las escasas normas generales contenidas en la misma. En efecto, las excepciones y salvedades se suceden no sólo en el seno del articulado del R.1408, sino también entre éste y las normas establecidas en los Anexos que lo completan o incluso entre el propio R. 1408 y el R.574, teóricamente al menos, destinado a su desarrollo. La confusión reinante es grande, porque como ha confirmado el TJCE no existe una relación jerárquica entre el articulado y los Anexos, y ni tan siquiera respecto de ambos Reglamentos entre sí. De manera que los principios generales establecidos en el articulado del R. 1408 deben ser constantemente contrastados con las disposiciones de los Anexos, mayoritariamente destinadas a un único Estado miembro o con el propio articulado del R.574. Aceptando la inexistencia de una posición jerárquica preeminente de ninguna de las normas mencionadas debería, no obstante, establecerse algunos criterios que permitieran una interpretación teleológica de tales disposiciones. En efecto, muchas normas de las normas del R. 574 y de los propios Anexos, están destinadas al desarrollo de principios fijados en el articulado del R.1408 y en el marco de lo establecido en este último debe encontrarse su justo límite interpretativo.

Considerándose necesario que la aplicación de la norma derivada de coordinación esté guiada por ciertos principios básicos inquebrantables, hay que señalar que algunas de las excepciones a tales principios deberían ser suprimidas, pues resultan superfluas o carentes de suficiente fundamentación, siempre teniendo en cuenta la complejidad que añaden a su aplicación. Como se pondrá de manifiesto en algunas de las siguientes conclusiones, tales excepciones, con el fin de lograr la aplicación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros, deberían ser reconducidas a la norma general que recobraría así su virtualidad.

OCTAVA.- Junto a las excepciones a las normas generales que expresamente establece el legislador comunitario en el seno de la norma derivada, la inaplicación de las mismas puede derivar del denominado principio de intangibilidad de los derechos nacidos autónomamente de las legislaciones nacionales, mediante la aplicación del Derecho Comunitario. Principio hermenéutico que ha sido objeto de aplicación extensiva por parte del TJCE en el marco de la norma derivada de coordinación.

Resulta muy difícil realizar una valoración única de este principio a la vista de las consecuencias que genera su aplicación, pues aunque el TJCE le atribuye una finalidad netamente tuitiva respecto de los intereses del migrante, resulta innegable que su aplicación genera simultáneamente una gran complejidad, quebrantando en ocasiones, el efecto uniformador del Derecho comunitario. Estos efectos negativos resultan tangibles en el marco del procedimiento comunitario de cálculo de pensiones, en cuyo seno el principio al que se alude ha avalado la aplicación de otras normas internacionales, o de las propias NNA en detrimento del Derecho Comunitario. En el marco de tales supuestos, se puede afirmar que este principio intensifica el rol netamente subsidiario del Derecho Comunitario, que se inaplica a favor de toda normativa más tuitiva existente en el marco del Derecho nacional y cuya identificación pasa por la constante comparación en busca de la <norma más favorable>.

La jurisprudencia comunitaria basada en este principio de intangibilidad generó cambios en la norma derivada, los cuales ponen de manifiesto que la mayor protección pretendida siempre viene acompañada de una creciente complejidad procedimental. Así, respecto de la coordinación de las legislaciones nacionales relativas a prestaciones familiares la intangibilidad de los derechos nacionales permitiría exceptuar los principios de unicidad y exclusividad que, a priori, debían estar presentes en las normas de conflicto comunitarias. La consecuencia jurídica de tal posibilidad fue el obligatorio reconocimiento de un <complemento diferencial> por parte de un sistema nacional distinto del competente, exigiendo un mayor grado de cooperación interadministrativa con el objeto de garantizar una mejor cobertura. Sin embargo, los efectos de la jurisprudencia comunitaria basada en este principio de intangibilidad, incrementando la complejidad de la norma derivada, resultarían especialmente palpables en las disposiciones reguladoras del procedimiento de cálculo de pensiones. En efecto, el procedimiento de doble cálculo o el enrevesado marco comunitario de aplicación de las

NNA son deudores de la jurisprudencia del TJCE que cuestionó, con base al tan mencionado principio de intangibilidad, tanto el uso indiscriminado de la técnica prorata temporis, como el propio alcance de la NCA incluida en el apartado tercero del artículo 46 del R. 1408.

NOVENA.- El principio de intangibilidad de los derechos nacionales se constituyó de nuevo en el fundamento jurídico clave para modificar el procedimiento de cálculo de pensiones, complicándolo aun más. En efecto, el TJCE defendería la aplicación de la norma más favorable como principio rector de las relaciones del R. 1408 con otras normas internacionales de SS preexistentes, de las que forman parte los Estados miembros. De manera que, pese al claro tenor del artículo 6 del R. 1408, estas relaciones no se rigen por la preeminencia del Reglamento que sustituye a las normas internacionales. El TJCE obliga, en algunos supuestos, a realizar una ulterior comparación entre el resultado de la aplicación reglamentaria con el de dichas normas internacionales, que a los efectos aplicativos del R. 1408 fueron consideradas parte de los Derechos nacionales y en consecuencia: intangibles respecto de la norma comunitaria y de aplicación preferente cuando fuesen calificadas de más beneficiosas. En otras palabras, el principio de intangibilidad mencionado obliga a la constante comparación entre los resultados obtenidos por ambas vías, para la identificación de la <norma más favorable> que será la finalmente aplicable.

En este contexto, hay que señalar, en primer lugar, que los ciudadanos comunitarios, con base en el principio de igualdad de trato, tienen derecho en el marco de la legislación nacional designada competente a prevalerse de cualquier convenio bilateral de SS firmado entre Estado miembro con otro Estado miembro, aunque no sea nacional de ninguno de ellos. En segundo lugar, gracias a un reciente giro jurisprudencial del TJCE, resulta también defendible la aplicación preferente de aquellos convenios de SS firmados por un Estado miembro con un tercer Estado. En el marco de este segundo supuesto, si se tratase de la liquidación de una pensión de vejez en la que existieran más legislaciones nacionales competentes, hay que señalar que los efectos tuitivos que se derivan para el migrante en el marco de la legislación nacional firmante de tal convenio con un tercer Estado, no pueden suponer carga alguna para el resto de legislaciones nacionales involucradas que no están vinculadas por dicho compromiso internacional.

DECIMA.- El artículo 42 TCE, a diferencia del artículo 39 TCE, no posee efecto directo y no otorga a los trabajadores migrantes y sus derechohabientes un derecho subjetivo individual a la totalización de períodos o a la exportación de prestaciones, al margen de lo establecido en los Reglamentos de desarrollo. El artículo 42 TCE posee un claro carácter vertical, en el sentido que dirige sus prescripciones al Consejo para que intervenga normativamente concretando su contenido. Este órgano, como ha confirmado el TJCE, goza de una amplia discrecionalidad que le permite exceptuar y modular en la norma derivada el alcance de la totalización o la exportación de prestaciones, en función de los sujetos o contingencias afectadas.

UNDECIMA.- La delimitación del ámbito objetivo del R. 1408 que se realiza en su artículo 4 pone de manifiesto los problemas terminológicos que apareja la técnica de la coordinación, que precisa un mínimo consenso conceptual aunque sea para su mera utilización en el marco de la coordinación comunitaria. Lograr el consenso de todos los Estados miembros para establecer una definición comunitaria entraña una gran dificultad, circunstancia que ha provocado que el legislador comunitario mantenga silencio sobre la definición de algunos de los términos empleados en dicho artículo 4, al mismo tiempo que utiliza acumulativamente los distintos términos empleados en las legislaciones nacionales que, a modo de sinónimos, se superponen al definir el mencionado ámbito objetivo. Esta discutible técnica jurídica favorece el objetivo de flexibilidad, que parece pretender el legislador comunitario en su delimitación, manteniendo dicho ámbito objetivo de aplicación permeable a la inclusión de todas las manifestaciones tuitivas existentes en las normas de SS nacionales, tanto desde un punto de vista material como formal. Como contrapartida, la falta de definiciones de los conceptos que emplea genera incertidumbre respecto de la correcta delimitación del ámbito material de aplicación de la norma coordinación, objeto constante de la jurisprudencia del TJCE.

La situación descrita en el párrafo anterior se pone de manifiesto en el listado de contingencias citadas en el apartado primero del artículo 4 del R. 1408, las cuáles mayoritariamente no poseen una definición comunitaria y a las que la jurisprudencia ha ido asociando una serie de rasgos básicos o característicos que podrían contemplarse como denominadores comunes a todas las legislaciones nacionales coordinadas. En

función de tales notas se decidirá no sólo si una prestación nacional está incluida en el ámbito objetivo de la norma de coordinación, sino también su imprescindible encuadramiento en el seno de uno de los capítulos que conforman el Título III del R. 1408. No obstante la labor llevada a cabo por el TJCE, parece evidente que el establecimiento de definiciones comunitarias del mayor número de términos posibles favorecería la rapidez en la aplicación del R. 1408. Debe recalcar que las definiciones recogidas mayoritariamente en el artículo 1 del R. 1408 a modo de glosario o las aportadas desde la jurisprudencia del TJCE no poseen el carácter armonizador que algunos autores les han atribuido, pues no supone una modificación de las normas nacionales en ese sentido. Los conceptos comunitarios sólo poseen virtualidad en el marco de aplicación de la norma derivada de coordinación y no modifican las legislaciones nacionales desde un punto de vista interno. Así, por ejemplo, una disposición nacional calificada internamente de Asistencia Social puede ser considerada, desde el punto de vista del Derecho Comunitario de coordinación como legislación de SS, circunstancia que no implica modificación alguna respecto de la calificación nacional inicial, que desde un punto de vista interno, esto es, al margen del R. 1408 puede seguir considerándola una legislación de Asistencia Social.

DUODECIMA.- Se debería incluir en el ámbito objetivo de aplicación de la norma derivada de coordinación a la Asistencia Social, como parte integrante de los sistemas nacionales de protección social. Esta opción, obviamente, permitiría eludir su dificultosa identificación respecto de la SS y evitaría que su cobertura se llevara a cabo mediante mecanismos genéricos, como el que pasa por su calificación como <ventaja social> en el marco del artículo 7 del R. 1612/68. No obstante, parece evidente que su inclusión obligaría a crear en el marco del R. 1408 una serie de disposiciones de coordinación ad-hoc, que podría estar destinada no sólo a la Asistencia Social sino también a las normas nacionales de SS reguladoras de las prestaciones no contributivas, distinguiéndose entre las <comunes> y las calificables como <especiales> o PENC. Esta normativa específica, partiendo del principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad, podría asumir algunas de las disposiciones actualmente destinadas a las PENC. Parece idóneo que la responsabilidad de la asistencia social, a tenor de las normas de conflicto comunitarias, recaiga únicamente sobre la legislación del lugar de residencia del solicitante que sería declarada competente. Resultando, asimismo,

coherente que en el seno de tal legislación se pueda recurrir a la totalización de períodos cuando sea preciso para el reconocimiento del derecho a la prestación. En lo referente a la exportación de prestaciones, nada obsta para que su concurrencia se vincule a la constatación de que las prestaciones nacionales exportables poseen ciertas características objetivas y claramente definidas. Se trataría de evitar que existiese, como sucede actualmente con las PENC citadas en el Anexo II bis del R. 1408, dudas sobre el derecho a su exportación, que tan sólo se disipan mediante la revisión constante de la naturaleza especial y no contributiva de las prestaciones controvertidas.

DECIMOTERCERA.- Cada modificación del R. 1408 incluye una norma transitoria que reproduce la contenida en su artículo 94, como es sabido, destinada a regular la entrada en vigor de la propia norma derivada en 1971. Con el objeto de evitar reiteraciones innecesarias parecería oportuno que esta disposición adquiriese el status de norma general transitoria y ante cualquier modificación de la norma derivada se aplicarían sus prescripciones, debiéndose tan sólo recoger en una norma ad-hoc las divergencias existentes respecto de sus prescripciones.

DECIMOCUARTA.- El principio de igualdad de trato establecido en el artículo 3 del R.1408 posee un carácter jurídico-formal en el sentido que se aplica en el seno de cada legislación nacional sin neutralizar las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales coordinadas. El legislador comunitario protege al migrante de las discriminaciones directas e indirectas a las que puede verse sometido el migrante, no sólo por la aplicación de las legislaciones nacionales sino también de las dimanantes de la propia normativa de coordinación. La detección de las discriminaciones indirectas en este ámbito resulta compleja, pues cualquier disposición nacional que establezca requisitos cuyo cumplimiento sea más difícil para los trabajadores migrantes que para los propios nacionales está bajo sospecha, circunstancia que constituye un importante límite a la teórica libertad del legislador nacional para configurar su propio sistema. En estos casos se plantean ciertas dudas sobre las posibles justificaciones que podrían sustentar tal diferencia de trato fijada por el legislador nacional, así como sobre las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de su calificación como discriminatoria. El TJCE, por un lado, se mantiene reacio a apreciar como válidas justificaciones de índole económica, salvo cuando realmente se refieren al equilibrio presupuestario

mismo del sistema de SS involucrado. Por otro lado, el TJCE se inclina por una reinterpretación de la cláusula indirectamente discriminatoria imponiendo una asimilación de condiciones que parece ubicarnos en la asimilación de condiciones generalizada que sugiere <la Propuesta>.

El principio de igualdad de trato establecido en el artículo 3 del R. 1408 tan solo protege al migrante en el marco del derecho a la libre circulación que ejercita, por lo que el trabajador sedentario no puede ampararse en la disposición mencionada para defenderse de la desigualdad de trato que sufra en sus derechos de SS respecto de las ventajas obtenidas por el trabajador migrante en el marco del R. 1408. En realidad no existe discriminación desde el momento en que no hay identidad entre tales situaciones referidas a sujetos situados en posiciones jurídicas diversas, pues el trabajador sedentario normalmente no es destinatario del R. 1408. Efectivamente, la norma derivada está destinada básicamente a amparar a los trabajadores migrantes que al ejercer el derecho a la libre circulación pueden encontrar problemas en el ámbito de la SS. Muchas de las desigualdades que alegan los trabajos sedentarios, como ha reiterado el TJCE, derivan de la inexistencia de una normativa comunitaria de SS y de las imperfecciones intrínsecas de la técnica de coordinación escogida. Las limitaciones de esta técnica pueden producir consecuencias tanto negativas como especialmente tuitivas respecto de los intereses de los trabajadores migrantes, considerándose en este último caso que este colectivo gozaría de una discriminación positiva.

DECIMOQUINTA.- Las asimilaciones de condiciones pretenden ir más allá de la igualdad jurídico-formal por razón de la nacionalidad, convirtiéndose en el principal mecanismo de coordinación al interaccionar los distintos sistemas nacionales de SS. En efecto, esta técnica permite el cumplimiento de los requisitos <territorialistas> exigidos desde una norma nacional de SS asimilando a los propios los acaecidos en el territorio de otro Estado marco, al amparo de esa legislación foránea.

Aunque desde un punto de vista teórico sería deseable la existencia de una asimilación de condiciones generalizada como la que propugna la <Propuesta>, en el estado actual de divergencia entre las legislaciones nacionales ésta no parece que pudiera resultar realmente operativa. En efecto, cada asimilación de condiciones instituida expresamente por el legislador comunitario parte de la convicción de que tales elementos en el marco de las legislaciones nacionales son equiparables. En ocasiones el

TJCE ha obligado a hacer tal equiparación cuando una normativa nacional que establece una asimilación de condiciones respecto de elementos internos, no prevé su extrapolación de respecto de los elementos acaecidos en otro Estado miembro. El Alto Tribunal en estos casos impone la asimilación de condiciones para neutralizar la disposición nacional que califica de discriminatoria por razón de la nacionalidad y que atenta contra el derecho a la libre circulación. En definitiva se impone extrapolar al ámbito comunitario una asimilación de condiciones interna que suele surgir de una coordinación previa ad-intra de la propia legislación que la impone.

Dejando al margen supuestos como el mencionado en el párrafo anterior, la obligación de establecer una asimilación de condiciones generalizada obligaría al interprete nacional a plantearse respecto de todos los requisitos exigidos en su legislación, la obligación de asumir como propios elementos foráneos surgidos al amparo de legislaciones nacionales que desconoce. Esta labor debe realizarse desde el consenso comunitario del que deriva la normativa de coordinación, sede desde la que habría que identificar y definir los elementos que el legislador comunitario pretende asimilar. La asimilación generalizada corresponde a un estadio superior de convergencia de las legislaciones nacionales que debería ser adquirido mediante la ya mencionada armonización parcial de aspectos de las normas nacionales, las cuales mantienen excesivas divergencias para establecer asimilaciones de condiciones realmente operativas.

DECIMOSEXTA.- La NCA general establecida en el artículo 12.1 sobre cúmulo de prestaciones resulta excesivamente confusa y dispersa en su aplicación. Sería preciso definir claramente los criterios que utiliza para la identificación del cúmulo prohibido, especialmente de los que permiten determinar si las prestaciones concurrentes poseen igual o distinta naturaleza, es decir, habría de establecerse unas reglas claras, quizás extraídas de la jurisprudencia del TJCE, respecto de cada una de las contingencias.

Debe, asimismo, diferenciarse netamente aquellos supuestos en los que las normas comunitarias realizan una tarea de prevención evitando el nacimiento del cúmulo prohibido, de aquéllas otras ocasiones en las que las disposiciones comunitarias, como verdaderas NCA, inciden sobre el cúmulo de prestaciones nacionales señalando la de percepción preferente entre las reconocidas en las legislaciones concurrentes. En efecto, en el primer caso las disposiciones comunitarias son meras normas de conflicto



que impiden la aplicación concurrente de legislaciones nacionales designando la única aplicable a título exclusivo

El tenor literal de los restantes apartados del artículo 12 resulta todavía más confuso, especialmente el apartado segundo en cuyo marco se debería comenzar por aludir expresamente al carácter externo o interno de las NNA cuya aplicación coordina. Resulta imprescindible que se concrete el contenido de tal característica y las consecuencias jurídicas que se derivan de su concurrencia.

DECIMOSEPTIMA.- El R. 1408 adolece de un tratamiento conjunto y riguroso de las técnicas de totalización y exportación, verdaderos pilares de la norma derivada coordinación, al ser las dos medidas cuya adopción prioriza el artículo 42 TCE.

Respecto de la totalización hubiera sido más adecuado un tratamiento uniforme y conjunto de tal técnica en el marco del Título I, en lugar de la reiteración de normas muy semejantes diseminadas en cada uno de los capítulos del Título III y en el propio artículo 10 bis respecto de las PENC. La totalización, como la asimilación de condiciones más relevante de la norma derivada de coordinación, debería establecerse como principio general acompañado de las reglas aplicativas actualmente recogidas, con carácter general, en el artículo 15 del R.574.

Respecto de la segunda medida cuya adopción prioriza el artículo 42 TCE debe señalarse que aunque el artículo 10 del Título I del R. 1408 aborda la exportación de prestaciones, tampoco otorga una visión conjunta de la operatividad de esta herramienta clave en la defensa de los derechos adquiridos, respecto de todas las prestaciones incluidas en el ámbito objetivo de aplicación del R. 1408. La mencionada disposición se limita a señalar las prestaciones en metálico asociadas a ciertas contingencias que resultan exportables, subsistiendo las dudas sobre las prestaciones asociadas a contingencias no mencionadas o al disfrute de prestaciones en especie en un Estado distinto del competente. El artículo 10 tampoco alude a la exportación limitada temporalmente de las prestaciones por desempleo, ni a la prohibición de exportar las PENC mencionadas en el Anexo II bis, independientemente de que estén destinadas a la cobertura de las contingencias mencionadas. La mención de tales cuestiones en el Título I, como visión global de la real incidencia del principio de exportación, no es óbice para que en el Título III del R. 1408 o en el propio R. 574 se desarrollen las prescripciones del artículo 10 y las peculiaridades que la exportación de cada una de las prestaciones

posee, siempre dependiendo de la contingencia que protegen o del nivel de protección al que se adscriban.

DECIMOCTAVA.- El artículo 84.4 del R.1408 posee, como el resto de disposiciones de esta norma comunitaria, efecto directo. Este artículo impone la obligación, a todas las instituciones oficiales de los Estados miembros incluidos los órganos jurisdiccionales, de admitir los documentos que para la aplicación del Reglamento les sean dirigidos en la lengua oficial de otro Estado miembro. No obstante, de acuerdo con el artículo 81.1.a) del propio R. 1408, las administraciones nacionales gozan de la prerrogativa de solicitar las labores de traducción llevadas a cabo por la CASSTM en beneficio de todos los destinatarios de la norma derivada de coordinación. El principio de primacía del Derecho Comunitario obliga, en primer lugar, a reinterpretar en el sentido expuesto toda normativa administrativa o procesal existente en el marco del Derecho nacional que pudiera obstaculizar o impedirse la consecución de este derecho subjetivo que otorga el R. 1408. Cuando no existe en la normativa nacional margen suficiente de apreciación para realizar tal reinterpretación, existiría una colisión normativa entre el Derecho comunitario y nacional, que obligaría a inaplicar la legislación nacional contraria al R. 1408 con base en el ya citado principio de primacía. En definitiva, el tenor del artículo 84.4 del R. 1408 impide que se pretenda aplicar una norma nacional que obligue a entregar ya traducidos la documentación que se aporte ante una Administración nacional o que obligue a que la mencionada traducción sea promovida a instancia de parte. La inobservancia por parte de un Estado miembro de normas comunitarias tan diáfanas podría amparar el derecho del migrante perjudicado a ser indemnizado por la Administración incumplidora.

DECIMONOVENA.- La extrapolación del concepto ius-privatista de <conflicto de Leyes> al marco del Derecho nacional de la SS no es posible, el carácter territorialista y público de este Derecho impide la aplicación de una legislación foránea de SS por una administración u órgano jurisdiccional nacional. Por idéntico motivo tampoco parece que exista en el marco del Derecho Comunitario de coordinación un conflicto de Leyes en un sentido estricto, pues las normas de conflicto que contiene no propician la recepción en el Foro competente de una legislación de SS foránea. No se puede defender que tal recepción, como rasgo definitorio del conflicto de Leyes, se

produzca en el marco de las numerosas asimilaciones de condiciones que la norma derivada comunitaria impone. Esta técnica jurídica empleada para lograr el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley nacional competente que se aplica a título principal, tan sólo pretende la asimilación como propios, de los hechos producidos en otro Estado miembro al amparo de una Ley foránea que ni se conoce, ni se aplica de forma directa. En otras palabras para cumplir la Ley nacional se asimilan, por imperativo del legislador comunitario, ciertos efectos de la aplicación de la Ley extranjera, como la nacionalidad o los períodos de seguro cumplidos en su seno sin cuestionarse su configuración jurídica en el Derecho foráneo.

No obstante, lo señalado en el párrafo anterior, en este trabajo desde una perspectiva no formalista, se ha considerado que en el marco del Derecho comunitario de coordinación existe un conflicto de Leyes <sui generis> en el sentido que las normas de conflicto existentes en los Reglamentos son unilaterales. En otras palabras, se puede afirmar que en su seno se designa simultáneamente la legislación nacional aplicable y la institución competente, pues la nacionalidad de ambas habrá de coincidir ineludiblemente, al no poder aplicar esta última una legislación foránea de SS.

VIGESIMA.- El estudio de los caracteres comúnmente atribuidos a las normas de conflicto comunitarias, esto es, su carácter imperativo, indirecto y la unicidad de Ley aplicable priorizada en seno, pone de manifiesto un elemento constante en el marco de la norma derivada de coordinación: la inexistencia de reglas generales incontestables. Todos los rasgos caracterizadores mencionados han sido matizados y exceptuados por el propio legislador comunitario o la jurisprudencia comunitaria, poniendo en entredicho su propio carácter de regla general.

En este sentido el principio la imperatividad de la norma de conflicto comunitaria supone que los legisladores nacionales no pueden oponerse a la aplicación de su propia normativa nacional cuando sea designada competente, mediante la introducción de requisitos territoriales contrarios a la conexión priorizada en tal norma de conflicto comunitaria. No obstante, la designación comunitaria de legislación nacional competente ha sido cuestionada, por una parte, por el TJCE que al amparo del principio de intangibilidad de los derechos nacionales, permite la aplicación de la Ley designada en una norma convencional preexistente. Mientras que, por otra parte, el propio R. 1408 avala la excepción de las conexiones priorizadas en las normas de

conflicto comunitarias mediante acuerdos interestatales ad-hoc, u otorgando al interesado un derecho de opción entre varias legislaciones concurrentes.

Problemas similares se pusieron de manifiesto al estudiar el carácter indirecto de las normas de conflicto a la luz de las conexiones priorizadas en las normas de conflicto comunitarias. Efectivamente, aunque resulta clara que la conexión principal es la <lex loci laboris> reflejo de la visión tradicional, profesional y contributiva de la SS, no puede dejar de ponerse de manifiesto que esta conexión está sujeta a múltiples excepciones y matizaciones. En el seno del Título II se aprecia la aparición paulatina de normas de conflicto que designan como competente a la lex loci domicilii, circunstancia que denota la existencia en todos los sistemas nacionales de una concepción de la SS universal y no contributiva que no puede ser obviada. Circunstancia que conduce a un replanteamiento de la idoneidad de las conexiones vigentes y a la existencia de propuestas que pretenden vincular a la lex loci laboris el reconocimiento de prestaciones contributivas cuya cuantía pretende reemplazar ingresos profesionales, debiéndose hacer cargo la lex loci domicilii de prestaciones que, como las familiares, tienden a compensar desconectados de la actividad profesional del beneficiario. Propuestas interesantes que chocan, no obstante, con los problemas de categorización de las diferentes prestaciones nacionales en los tipos mencionados y la resistencia de los Estados miembros de hacerse cargo de prestaciones cuya financiación no responde a una abono previo de cotizaciones por parte del beneficiario.

Por último, hay que señalar que la unicidad de la Ley nacional aplicable tampoco resulta un principio inquebrantable en el seno de las normas de conflicto comunitarias, ni siquiera en las destinadas a designar la legislación nacional competente en la relación de afiliación-cotización. En efecto, en ocasiones, se abandona la simplicidad que acompaña al principio de unicidad y se designan varias normas nacionales como simultáneamente competentes. Este tipo de excepciones son más numerosas en el seno de las normas de conflicto destinadas a designar a las normas nacionales competentes de la cobertura de ciertas contingencias, donde, en ocasiones como es sabido, se impone la aplicación concomitante o complementaria de varias normas nacionales.

VIGESIMOPRIMERA.- El R. 1408 destina el Título II a establecer la normativa general sobre determinación de la Ley aplicable, sin hacer luego referencia expresa a esta materia en el Título III. Sin embargo, parece evidente que las normas del Título II

resultan plenamente aplicables para la determinación de la Ley donde el trabajador debe afiliarse obligatoriamente, mientras que principalmente en el marco del Título III se establecen normas de conflicto ad-hoc destinadas a designar las legislaciones competentes respecto de la relación de protección del migrante. En las normas generales del Título II se prioriza la competencia de la Ley del lugar de trabajo, a la cuál debe normalmente quedar afiliado y cotizar el migrante. Por su parte las normas de conflicto destinadas a la relación de protección en su modalidad contributiva priorizan la Ley del lugar de afiliación que no siempre ha de coincidir con la *lex loci laboris* en el sentido profesional del término. En lo que respecta a la modalidad no contributiva de cobertura las normas de conflicto se decantan por la *lex loci domicilii* como competente del reconocimiento y cálculo de las PENC. Además en este segundo contexto, en el de la protección, se deberán añadir nuevas conexiones adicionales que permitan seleccionar entre la Ley o Leyes competentes, la única aplicable.

Siendo la determinación de la Ley nacional aplicable una premisa clave para el funcionamiento de la norma de coordinación, el R. 1408, debería haber realizado una exposición más sistemática de su contenido. En otras palabras, se debería distinguir entre la finalidad a la que responden las diferentes normas de conflicto en el sentido expuesto, esto es, discriminando de forma diáfana entre las destinadas a designar la Ley nacional aplicable a la relación de afiliación-cotización del migrante y aquéllas que pretenden designar la Ley nacional, a priori, responsable de la cobertura de sus derechos de SS.

En este sentido en el Título II se podrían mantener las normas de conflicto destinadas a designar la legislación nacional de afiliación obligatoria o la incidencia de la coordinación en la afiliación voluntaria, respecto de los diferentes colectivos. Pudiéndose concentrar en ese mismo Título II la normativa atinente a los problemas que la cotización en los sistemas mencionados pudiera suscitar, es decir, las disposiciones destinadas a solventar la determinación de la cuantía de las cotizaciones, la doble cotización y su recaudación en el territorio de otro Estado miembro. Problemas que, ante la ausencia de un tratamiento suficiente y adecuado por la norma derivada, se están tratando de solventar mediante la aplicación directa de las disposiciones del TCE atinentes a la libre circulación.

En lo que respecta a la relación de protección se debería introducir al comienzo de cada capítulo del Título III una norma de conflicto ad-hoc que designara

expresamente la Ley o Leyes nacionales competentes de la cobertura del migrante o sus derechohabientes, debiéndose reflejar, a continuación, todas y cada una de las excepciones existentes respecto de dicha norma general. Asimismo, sería más sistemático que se añadiera en dicho Título III un capítulo atinente a la modalidad no contributiva de protección en general, esto es, al margen de la contingencia específica protegida, que comenzaría con una norma de conflicto ad-hoc que, de forma similar a lo establecido en la actualidad respecto de las PENC, parece que debiera designar competente a la *lex loci domicilii*.

VIGESIMOSEGUNDA.- El artículo 13.2.f) del R. 1408 impone la aplicación subsidiaria de la *lex loci domicilii* a sujetos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma derivada como trabajadores, pero a los que, no obstante, no resulta posible aplicar ya ninguna *lex loci laboris*. Así parece deducirse del tenor literal de esta norma de conflicto, excesivamente ambigua, en cuyo seno no resulta sencillo determinar cuáles son sus propios destinatarios o el momento concreto a partir del cuál entra en juego la *lex loci domicilii* como conexión subsidiaria. Se trata de cuestiones claves, pues la operatividad de la norma de conflicto parece depender de la identificación del momento preciso en que la *lex loci laboris*, hasta ese momento aplicable, ya no resulta competente. El legislador comunitario parece remitirse para solventar dicha duda al contenido material de la última *lex loci laboris* aplicable. Norma que, en virtud del artículo 13.2.f), podría comenzar a oponer al interesado, un requisito de residencia al que supeditase, en su caso, la vinculación al propio sistema, exigencia que se habría mantenido hasta ese momento inaplicable por imperativo del artículo 13.1 del R. 1408. El carácter de norma de conflicto subsidiaria del artículo 13.2.f) merecería una aclaración de su alcance y ámbito de aplicación, que debería provenir del propio legislador comunitario que debiera evitar, por esta vez, que el TJCE fijase vía cuestiones prejudiciales una interpretación, quizás no deseada, de dicha disposición.

VIGESIMOTERCERA.- La práctica administrativa ha desdibujado el contorno de las normas de conflicto comunitarias destinadas, en el marco del Título II del R. 1408 a los trabajadores destacados, especialmente los límites temporales que justifican la excepción a la *Lex loci laboris* que dichas normas contienen. La ampliación paulatina del tiempo de vinculación a la Ley del lugar de trabajo de origen y la relajación de los

controles respecto de la existencia de una actividad profesional previa que ha de continuar en otro Estado miembro, cuestionan la oportunidad de una norma de conflicto, que parte del concepto de destacamento como movilidad temporal dentro del desempeño de una misma actividad profesional.

La utilización en fraude de Ley de esta norma de conflicto no sólo puede ir en detrimento de los intereses del propio migrante, sino que además puede favorecer el denominado <dumping social>. Efectivamente, al amparo de esta normativa surgen intermediadores empresariales que fundamentan buena parte de sus beneficios en las diferencias existentes entre las cotizaciones exigidas en los distintos Estados miembros. Estas prácticas fraudulentas, que distorsionan la libre competencia, han contado con el rechazo de los sistemas de SS más fuertes y generosos, que se han visto afectados por la llegada de estos falsos destacados. Su negativa a aceptar la aplicación de la norma de conflicto que exceptúa en estos casos la *lex loci laboris*, ha desembocado en una jurisprudencia del TJCE que impone una aplicación más exigente de las normas de conflicto aplicables a estos colectivos. En efecto, el Alto Tribunal, por un lado, ha considerado necesario que la empresa que desplaza al trabajador haya efectuado <actividades significativas> en el territorio del Estado cuya legislación de SS continúa siendo aplicable. Requisito adicional que, como se ha puesto de manifiesto, resulta cuestionable, pues parece colisionar con principios comunitarios básicos como la libre prestación de servicios o el propio derecho de establecimiento. Por otro lado, y respecto de los trabajadores autónomos supuestamente destacados, en un intento de luchar contra la figura del <falso autónomo> que algunos sistemas de SS nacionales permiten, se exige el mantenimiento de la actividad por cuenta propia en el lugar de origen. En cualquier caso, la constatación de que los nuevos requisitos mencionados efectivamente concurren, resulta de muy difícil control para el Estado receptor del trabajador destacado acreditado como tal en virtud del correspondiente formulario comunitario. El control del cumplimiento parece supeditarse a una vigorosa y fluida colaboración administrativa que presupone el interés de todos los Estados miembros implicados en acabar con tales prácticas favorecedoras del fraude de ley.

VIGESIMOCUARTA.- Entre las normas de conflicto del Título II estudiadas en este trabajo parece aconsejable que desapareciese el artículo 14 quater b), norma de conflicto que prevé un supuesto que debiera subsumirse en la regla general incluida en

la letra a) del mismo artículo. Su supresión pondría fin a la excepción al principio de unicidad de Ley aplicable que el artículo 14 quater b) impone y que entraña graves complicaciones aplicativas, realmente desproporcionadas respecto del objetivo que pretende proteger, por otro lado ajeno a la cobertura del trabajador migrante. En efecto, dicha disposición pone de manifiesto la dificultad de coordinar legislaciones nacionales que poseen criterios no homologables para el encuadramiento de los migrantes como trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia. La eliminación del artículo 14 quater b) supondría acabar con la doble afiliación-cotización que el citado artículo impone, justificada insuficientemente en una supuesta desigualdad de trato de los trabajadores sedentarios respecto de los migrantes que según el Consejo se encuentran en una situación equiparable.

VIGESIMOQUINTA.- El objeto de estudio de la tercera parte de este trabajo es el capítulo III del Título III del R.1408 y la coordinación que se lleva a cabo en su seno de las legislaciones nacionales de SS destinadas a la cobertura de la contingencia de vejez contemplada en su modalidad contributiva. Legislaciones que para ser calificadas como tales, a los efectos de la norma de coordinación, deben definir a favor de los trabajadores los requisitos de acceso a un derecho originario a una pensión vitalicia de aquellos que, por un lado, han cumplido la edad mínima legal y que, por otro lado, acreditan, a través de su propia carrera de seguro, el período de carencia exigido.

Las pensiones de vejez no contributivas que no son calificadas como <especiales>, en el sentido del artículo 4.2 bis del R. 1408, también son coordinadas en el marco del capítulo III. No obstante, en la práctica pocas pensiones no contributivas <comunes> parecen existir al haber sido calificadas masivamente como PENC, siendo objeto, por tanto, de las normas de coordinación ad-hoc contenidas en el artículo 10 bis del R. 1408. No obstante, el TJCE, recientemente, ha cuestionado la calificación como PENC de muchas de las prestaciones incluidas en el Anexo II bis del R. 1408, considerando que en ellas no concurren las características que permiten calificarlas de especiales. Circunstancia que puede conducir a la reaparición de las llamadas pensiones no contributivas <comunes>, poniendo de manifiesto la inidoneidad de las normas del capítulo III para coordinar en su seno este tipo de prestaciones. Efectivamente, el desencuentro comienza en la propia designación de más de una norma nacional como competente de su cobertura y termina en el procedimiento de cálculo, donde estas



prestaciones sufren los problemas propios de las pensiones tipo A. Por los motivos expuestos es por los que se reitera en este trabajo la necesidad de incorporar al Título III un capítulo ad-hoc que coordine las prestaciones no contributivas atendiendo a sus características propias, donde debiera estar presente el principio de unicidad de Ley aplicable o el recurso a la totalización, ya contemplados en el mencionado artículo 10 bis del R. 1408.

VIGESIMOSEXTA.- La distinción entre legislaciones tipo A y tipo B debe ser abolida, de manera que el reconocimiento y cálculo de las pensiones de invalidez tipo A en el marco de uno de los capítulos del Título III del R. 1408 no debería depender del tipo de legislaciones a las que hubiera estado sometido el trabajador migrante durante su carrera de seguro comunitaria. Como sugiere <la Propuesta> ambos tipos de legislaciones deberían ser objeto de un tratamiento unitario en el marco de la normativa ubicada en el capítulo III del Título III del R. 1408. La normativa derivada vigente avala la viabilidad de dicho tratamiento unitario al permitirse en la actualidad que ciertas prestaciones tipo A, por remisión desde el capítulo II del R. 1408, se coordinen en el capítulo III; excepción, que en el supuesto de aprobarse <la Propuesta> pasaría a constituirse en la regla general de coordinación de estas prestaciones. Yendo más allá de lo establecido en <la Propuesta> se podría afirmar que el capítulo destinado a la invalidez perdería, en buena medida, su razón de ser, lo que avalaría su coordinación en un único capítulo del Título III junto a las restantes pensiones. En efecto, resultaría indudablemente simplificador la existencia de un único método de coordinación de las pensiones, afirmación que no desconoce ciertos problemas que plantea la aplicación del capítulo III a las legislaciones tipo A, para las que en principio no están concebidas. No obstante, como se ha señalado, tales dificultades no son insalvables pudiéndose establecer disposiciones ad-hoc para evitar algunas de estas distorsiones, siendo las restantes servidumbres de la propia imperfección y carácter limitado de la técnica de coordinación elegida.

VIGESIMOSEPTIMA.- Los trabajadores que deseen prevalerse de los artículos 44 a 51 del capítulo III del Título III R. 1408 para el reconocimiento y cálculo de una pensión de vejez contributiva habrán de poseer respecto del trabajador incluido en el ámbito subjetivo general del R.1408 ciertas características específicas. En primer lugar,

lo que se ha denominado una <carrera de seguro comunitaria>, es decir, no basta con que haya trabajado en varios Estados miembros, sino que resulta imprescindible que hayan estado efectivamente afiliados como trabajadores en los sistemas de SS de más de un Estado miembro. En segundo lugar, el trabajador debe ostentar la denominada <nacionalidad comunitaria>, esto es, la nacionalidad de uno de los Estados miembros en el momento en que soliciten el reconocimiento de pensiones de vejez contributiva al amparo del R.1408. Asimismo, de acuerdo con el TJCE, también podrán prevalerse de las normas del capítulo III quienes acrediten haber ostentado tal nacionalidad comunitaria mientras cumplieran períodos de seguro en el marco del sistema de SS de un Estado miembro, permitiéndose también a estos sujetos totalizar tales períodos de seguro al amparo del R. 1408. Esta segunda posibilidad, reconocida por el TJCE, no puede ser óbice para que un nacional extracomunitario que adquiriera la nacionalidad comunitaria se beneficie del capítulo III del R. 1408, si posee una carrera de seguro comunitario. Efectivamente, se le aplicará la normativa comunitaria, a pesar de que en el momento de haber completado tales períodos de seguro en los sistemas nacionales de varios Estados miembros no ostentase todavía la <nacionalidad comunitaria>. Este último supuesto descrito encaja en la regla general expuesta, pues el trabajador acredita la nacionalidad en el momento de la solicitud, de manera que una vez comprobado tal extremo el Estado miembro donde el interesado planteó su solicitud deberá poner en marcha el procedimiento de liquidación comunitaria de prestaciones establecido en el capítulo III.

VIGESIMOCTAVA.- Para el reconocimiento y subsiguiente cálculo de una pensión de vejez contributiva el legislador comunitario designa competentes a todas las normas nacionales involucradas en la carrera de seguro del migrante durante un período superior al año. Esta norma de conflicto comunitaria se puede calificar de tuitiva respecto de los intereses del migrante, pues por un lado respeta las expectativas de derecho que hubiera generado en cada uno de los Estados miembros donde estuvo afiliado; multiplicando, asimismo, por el número de instituciones involucradas, las posibilidades de que logre efectiva cobertura. Por otro lado, en el marco de esta multiplicidad de legislaciones competentes, cada institución nacional al cuantificar los derechos reconocidos en su seno completará la técnica de la totalización con la denominada prorrata temporis. El empleo de esta última herramienta propicia un reparto

de la carga económica que supone el reconocimiento de una prestación de vejez, el cual se realizará de manera proporcional a los períodos de tiempo durante los que el migrante estuvo efectivamente afiliado en cada uno de los sistemas involucrados.

La multiplicidad de legislaciones nacionales competentes para la cobertura de una misma contingencia, no obstante las ventajas mencionadas, también posee ciertos aspectos negativos. Entre ellos, se puede aludir, en primer lugar, a la complejidad procedimental que conlleva, pues obliga al legislador comunitario a regular su aplicación coordinada facilitando el intercambio de información entre todas ellas, circunstancia que ralentiza inevitablemente la resolución de los expedientes administrativos supeditados a esta mayor cooperación interadministrativa. En segundo lugar, el migrante no posee un único interlocutor, de hecho tendrá la cobertura fraccionada en distintos derechos subjetivos válidos frente a cada una de las instituciones competentes de los Estados miembros involucrados, instituciones con las que el migrante habrá de litigar separadamente cuando no esté conforme con las resoluciones adoptadas en su seno.

VIGESIMONOVENA.- Entre los mecanismos y técnicas de coordinación establecidas en el marco del R. 1408 para favorecer el reconocimiento de pensiones, hay que destacar la totalización, para el cumplimiento de la carencia, junto con la asimilación al alta, recogidas ambas medidas en el artículo 45 del R. 1408. Para paliar los efectos negativos de la existencia de distintas edades mínimas legales de acceso a las pensiones de vejez, el legislador comunitario ha establecido algunas medidas en los artículos 44.2 y 49 del R. 1408. Normas que permiten eludir la liquidación concomitante de pensiones en todos los sistemas nacionales competentes, no sólo cuando el migrante no cumpla las condiciones establecidas en la legislación nacional cuya liquidación pretende diferir, sino también cuando así lo decida voluntariamente el solicitante. Supuesto este último que se producirá, normalmente, cuando el migrante constate que gracias a la demora en el reconocimiento de algunos de estos derechos obtiene una mejora en la cuantía de la pensión. La insuficiencia de esta medida es evidente, pues no amortigua los principales efectos peyorativos que puede sufrir el migrante durante los períodos de espera entre las distintas liquidaciones de pensiones hasta el cumplimiento de la edad exigida. Mucho más tuitivo respecto de los intereses del trabajador sería la inclusión en el ámbito objetivo de la coordinación de la contingencia de prejubilación,

que le permitiría, en ocasiones, obtener, vía totalización, o exportar este tipo de prestaciones durante tales períodos intermedios. Sin embargo, como ya se ha señalado en estas conclusiones, la solución definitiva sería la armonización de la edad mínima de jubilación en todos los Estados miembros. Medida que permitiría una mejor protección del migrante mediante la aplicación simultánea de todas las legislaciones nacionales designadas competentes. No obstante, resulta previsible la resistencia, no sólo de los Estados miembros reticentes a modificar un parámetro que puede incrementar automáticamente el gasto social, sino también de los futuros beneficiarios en el supuesto de que tal edad de acceso fuese elevada, pues iría claramente en contra de sus expectativas de derecho.

TRIGESIMA.- El procedimiento de cálculo de una pensión adquirida en el seno de alguna de las legislaciones nacionales designadas competentes, establecido en el marco del capítulo III del título III del R.1408, está directamente conectado con el origen de tal reconocimiento. En efecto, si la pensión es calificable como <comunitaria>, en el sentido de que fue adquirida en el marco de la legislación nacional gracias a la aplicación del R.1408, tan sólo se deberá aplicar el procedimiento descrito en el artículo 46.2. Sin embargo, si la pensión es <nacional>, esto es, reconocida autónomamente en el marco de la legislación nacional sin la intervención de la norma comunitaria, existen dos vías de cálculo dependiendo del Estado miembro que deba realizar el cálculo. En efecto, la regla general es el procedimiento de doble cálculo, pues junto al cálculo en el estricto marco nacional, se ha de determinar la pensión resultante de aplicar el procedimiento establecido en el artículo 46.2, con el objeto de seleccionar la pensión más elevada. Sin embargo, la regla general, recogida en el artículo 46.1.a), se exceptúa a favor de 8 Estados miembros, mencionados en el Anexo IV.C del R. 1408. De manera que tales instituciones competentes sólo han de calcular la pensión en el marco estricto de su legislación nacional, pudiendo renunciar a realizar el cálculo paralelo aplicando el procedimiento establecido en el artículo 46.2. Esta excepción a la regla general responde a la certeza de que, en el seno de tales legislaciones, la pensión nacional resultante siempre será superior a la calculada según el complejo procedimiento comunitario, motivo por el cual resulta innecesario realizarlo. Debe señalarse que, en ocasiones, la pensión dimanante de este proceso de cálculo doble o simple ha de ser objeto de comparación, esta vez, con las prestaciones derivadas de la

aplicación de ciertas normas internacionales, multilaterales y bilaterales, preexistentes al propio R. 1408. Esta aplicación del principio de norma más favorable, que demora aun más la liquidación de las pensiones, responde, no obstante, a una finalidad tuitiva de los intereses del migrante y de sus concretas expectativas de derecho.

TRIGESIMOPRIMERA.- Las normas procedimentales establecidas en la norma derivada de coordinación respecto de la liquidación de pensiones poseen un carácter netamente armonizador, pues todas las instituciones designadas competentes a tenor del R. 1408 han de seguir unos pasos comunes cuando proceden al cálculo del derecho reconocido en el marco de su sistema. No obstante, debe señalarse que el procedimiento comunitario necesariamente se superpone al establecido en la legislación nacional para el cálculo de las pensiones, que es modificado por las normas comunitarias con el objetivo básico de favorecer la colaboración e intercambio de información entre instituciones.

Junto al procedimiento comunitario de cálculo general existen, en el Anexo VI del R. 1408, normas que inciden específicamente sobre el procedimiento de cálculo de un Estado miembro al que van dirigidos. Estas normas ponen en entredicho el carácter neutro de la coordinación respecto de las legislaciones nacionales al incidir sobre ellas de forma directa. El efecto directo del R.1408 obliga a reinterpretar las legislaciones nacionales a la luz de la norma derivada, pudiendo, incluso ser inaplicadas o sustituidas por las disposiciones del Anexo. En este sentido, resulta paradigmático el Anexo VI.D.4º del R. 1408, destinado al cálculo de las pensiones de vejez e invalidez españolas, el cual incide sobre alguno de los elementos básicos del procedimiento establecido con carácter general en el procedimiento español de cálculo. Efectivamente, la norma comunitaria mencionada produce una traslación del período de referencia en el cálculo de la base reguladora de la denominada cuantía teórica, estableciendo simultáneamente un sistema ad-hoc de actualización de la pensión resultante. Los cambios que genera el Anexo en la Ley española resultan muy controvertidos al no haber quedado demostrada su finalidad tuitiva respecto de los intereses de los trabajadores migrantes, como puso de manifiesto el TS al plantear la cuestión prejudicial sobre el Asunto Grajera Rodríguez (C-153/97).

TRIGESIMOSEGUNDA.- La totalización que se lleva a cabo para el cálculo de la cuantía teórica de las pensiones tipo B se debe realizar, a tenor del artículo 47.1.a), en la medida necesaria para adquirir una pensión completa en el marco de la legislación nacional que se está aplicando. Esta totalización limitada tendrá efectos beneficiosos sobre la prorrata temporis que se aplique sobre dicha cuantía teórica, pues ancla el denominador de la fracción con la que se calcula tal porcentaje, incrementando este último. Debe señalarse que el legislador comunitario excluye del beneficio de tal totalización limitada a las pensiones reguladas en las denominadas legislaciones tipo A cuyo cálculo se hubiera remitido al capítulo III del Título III del R. 1408. Tal exclusión no resulta discriminatoria, pues sólo repercute peyorativamente sobre los intereses del migrante cuando la pensión reconocida fuese calificada de <comunitaria>, esto es, adquirida mediante la aplicación del R.1408 y calculada en el marco del procedimiento establecido en el artículo 46.2. Ya que sólo en estos casos la cuantía teórica, equivalente en estos casos a la pensión completa, deberá prorratearse; mientras que si el migrante tuviera derecho a una pensión <nacional> autónoma siempre será acreedor de la pensión completa calculada en el estricto Derecho nacional. Efectivamente, en este último supuesto, el procedimiento de doble cálculo siempre culmina con la elección por parte de la institución competente de esta pensión, que poseerá necesariamente un monto superior a la pensión calculada en el marco del artículo 46.2, esto es, la cuantía teórica o pensión completa, pero prorrateada.

TRIGESIMOTERCERA.- En el marco del R. 1408 existen graves problemas respecto a la determinación de la cuantía de los derechos a pensiones ya reconocidos en su seno. En efecto, la mera remisión a las normas nacionales de cálculo, diseñadas para trabajadores sedentarios, no permite considerar las peculiaridades de la carrera del trabajador migrante, pudiendo suceder que en su marco se liquiden pensiones de monto insuficiente, vaciando de facto el contenido tales derechos adquiridos.

Las cuestiones prejudiciales “españolas” atinentes al R. 1408 han planteado mayoritariamente tal problemática en el marco del cálculo de pensiones nacionales. Cuestiones prejudiciales que, simultáneamente, ponen de manifiesto las tensiones interpretativas existentes entre los tribunales nacionales <inferiores> que las plantearon y la doctrina mantenida vía de recurso por el TS sobre la correcta aplicación de la norma comunitaria de coordinación. Efectivamente, el TS normalmente reticente a plantear

cuestiones prejudiciales, considerando que no existen problemas de validez ni dudas objetivas sobre la norma comunitaria, ha visto cuestionada su propia doctrina a través de los pronunciamientos del TJCE impulsados por órganos jurisdiccionales <inferiores>. En estos casos el TJCE parece actuar como mediador en el marco de la polémica nacional a la que intentará poner fin desde la indudable preeminencia de su jurisprudencia.

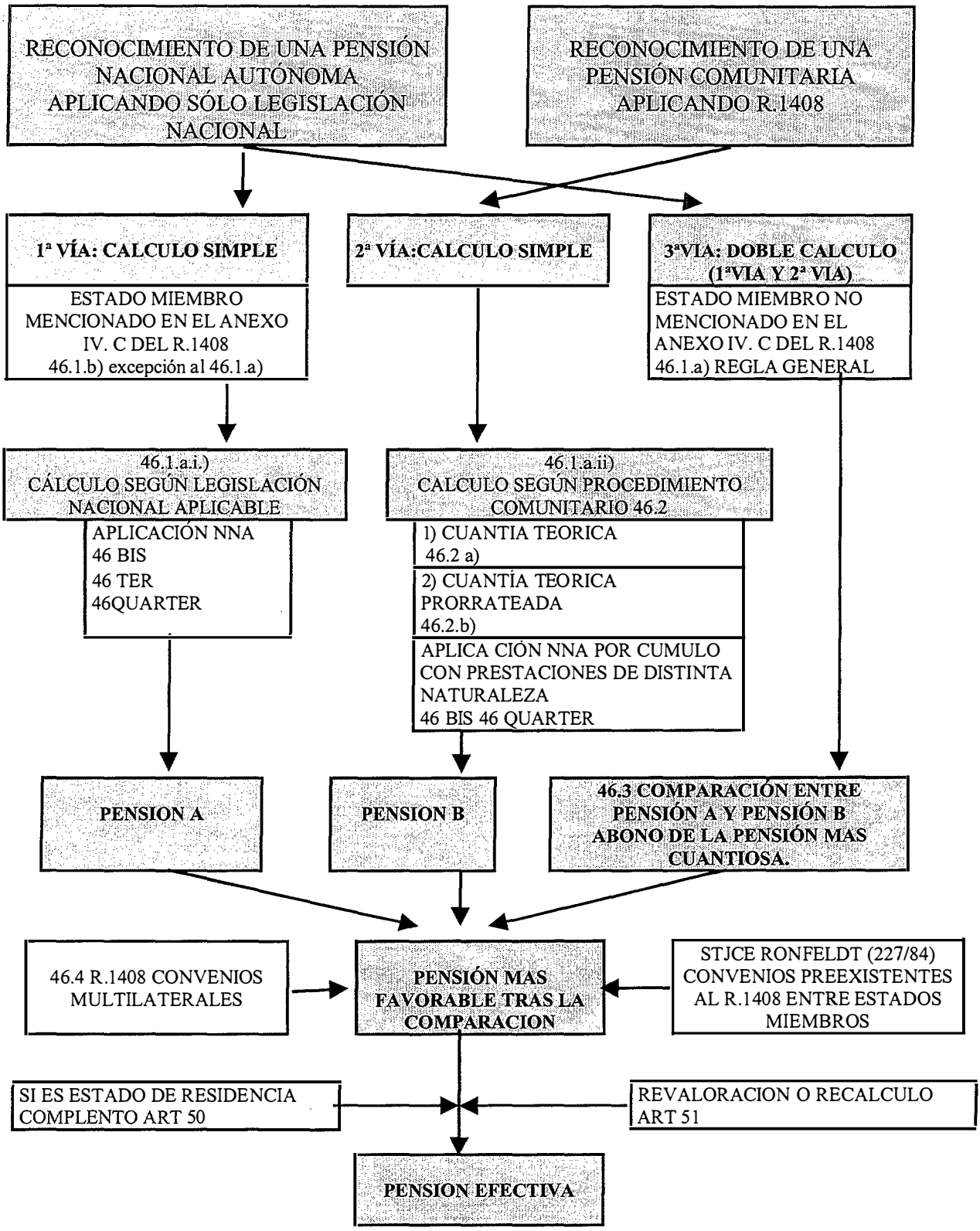
TRIGESIMOCUARTA.- El Anexo VI.D.4° del R. 1408 produce una traslación temporal del período de referencia empleado para el cálculo de la pensión de jubilación española, cuyo cómputo habrá de terminar con la última cotización real española y empezado 15 años antes. Tal reubicación del período de referencia, aunque garantiza la existencia de alguna cotización española en su seno, no soluciona el problema de las lagunas en dicho período, pues resulta altamente improbable que dicho período de 15 años sea colmado mediante cotizaciones reales. La necesidad de acudir a una ficción jurídica para cubrir tales lagunas resulta ser contrario al tenor literal del mencionado Anexo y devuelve el problema a su origen sin solventarlo. Por otro lado, la mera traslación plantea el problema de la falta de actualización de las cotizaciones consideradas, circunstancia en absoluto compensada con la revalorización de la pensión, estipulada en la letra b) del Anexo VI.D.4°.b). En este sentido, la invitación del TS a presentar otros sistemas alternativos de actualización no puede ser desoída, ante lo que parece constituir un claro incumplimiento del Derecho Comunitario, pues se está penalizando al trabajador migrante por el mero hecho de haber ejercitado su derecho a la libre circulación. Se requeriría una intervención normativa que modificando la norma comunitaria, esto es, el propio Anexo VI del R.1408, o la misma legislación nacional permitiese obtener pensiones de jubilación contributiva de cuantía teórica acorde a la que recibiría un trabajador sedentario que acreditase una carrera de seguro nacional semejante. En este contexto, se debería considerar la posibilidad, apuntada en este trabajo y sustentada en una reciente jurisprudencia comunitaria, de establecer una cuantía teórica mínima. No debe olvidarse que esta cuantía teórica no es sino una pensión ficticia que constituye el primer paso del procedimiento de cálculo comunitario, es decir, no es la pensión que efectivamente recibirá el migrante, pues su monto será reducido mediante la técnica prorrata temporis adecuándolo al concreto esfuerzo contributivo realizado a favor del sistema de SS español.

La intervención normativa es necesaria, pues resulta inadmisibles que la única vía para dotar de un contenido económico razonable a las pensiones de jubilación de los migrantes que cotizaron por última vez en España en épocas <remotas>, sea acudir a Convenios bilaterales preexistentes a la norma de coordinación comunitaria. La subsistencia mayoritaria, en el marco de tales normas internacionales, de la técnica integradora de las bases medias para la cobertura de lagunas, sin traslación del período de referencia no puede ocultar los resultados paupérrimos que arroja, en esos casos, la aplicación del Anexo VI.D.4 del R. 1408. Resultando, asimismo, destacable que la cobertura que procuran estas normas internacionales irá declinando, pues es requisito para su aplicación que el migrante posea una expectativa de derecho en su seno, generada antes de la entrada en vigor de la normativa comunitaria en España. Resulta incomprensible para los trabajadores migrantes afectados, conocedores de la existencia de la normativa comunitaria de coordinación, que sus derechos reales de SS dimanen finalmente de Convenios bilaterales de contenido diverso, en lugar del R. 1408 como norma comunitaria uniforme.

TRIGESIMOQUINTA.- En el cálculo de la cuantía teórica y en el del porcentaje de la prorrata temporis se han de computar los períodos de seguro acreditados por los sistemas nacionales con independencia de su carácter real o ficticio. No obstante, para el cálculo de la prorrata temporis se estipula que sólo se tendrán en cuenta aquéllos períodos que se hayan cumplido en un momento previo al hecho causante. Cuando se trata de períodos ficticios, el cumplimiento de este último requisito resulta de difícil constatación, pues su ubicación temporal no siempre es sencilla. A tenor de la jurisprudencia comunitaria, tal operación habrá de realizarse atendiendo a la situación temporal de los elementos que considera el legislador nacional para otorgar dichos períodos ficticios. De manera que serán anteriores al hecho causante aquéllos períodos que hayan sido concedidos en atención a la concurrencia de determinados parámetros situados temporalmente en un momento anterior al hecho causante, como de hecho ocurre con los <períodos ficticios de bonificación por edad>, concedidos por el legislador español a los denominados mutualistas.



**ANEXO I: PROCEDIMIENTO DE CALCULO DE UNA PENSIÓN DE VEJEZ  
EN EL MARCO DEL R.1408**





**ANEXO II**

**JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS  
TRABAJADORES MIGRANTES  
(10-3-1964/1-9-2002)**

**REGLAMENTO 1408/71**

ARTICULO	APARTADO	ASUNTO	NUMERO DE ASUNTO	FECHA
<b>ARTICULO 1</b>				
1		SWADDLING	C-90/97	25/02/99
1		MOUTHAN	39/76	15/12/76
1 A		KITS VAN HEIJNINGEN	C-2/89	03/05/90
1 A		SABATO	82 Y 103/86	09/07/87
1 A		GALINSKY	99/80	31/03/81
1 A		WALSH	143/79	22/05/80
1 A		COONAN	110/79	24/04/80
1 A		PIERIK II	182/78	31/05/79
1 A.ii)		STÖBER Y PIOSA	C-4 Y C-5/95	30/01/97
1 A.ii)		MIDDLEBURGH	C-15/90	04/10/91
1 A.ii)		TESSIER	84/77	19/01/78
1 A.ii)		BRACK	17/76	29/09/76
1 A.iv)		VAN ROOSMALEN	300/84	23/10/86
1 B		BERGEMANN	236/87	22/09/88
1 B		MIETHE	1/85	12/06/86
1 F		INZIRILLO	63/76	16/12/76
1 f)		STALLONE	C-212/00	16/10/01
1 J		GRANA-NOVOA	C-23/92	02/08/93
1 J		COMISION/BELGICA	C-253/90	06/02/92
1 J		COMISSION/FRANCIA	C-57/90	16/01/92
1 J		SABATO	82 Y 103/86	09/07/87
1 J		VAN ROOSMALEN	300/84	23/10/86
1 J		TIEL UTRECHT	313/82	15/03/84
1 J		DERKS	285/82	02/02/84
1 J		VIGIER	70/80	27/01/81
1 J		COMISION/BELGICA	150/79	11/07/80
1 J		LOHMANN	129/78	08/03/79
1 J		BLOTTNER	109/76	09/06/77
1 J		BOZZONE	87/76	31/03/77
1 N		TIEL UTRECHT	313/82	15/03/84
1 R		FAUX	C-302/90	15/10/91
1 R		VELLA	324/88	07/02/90
1 R		WARMERDAM-STEGGERDA	388/87	12/05/89
1 R		FRANGIAMORE	126/77	15/03/78
1 S		WARMERDAM-STEGGERDA	388/87	12/05/89
1 S		D'AMICO	20/75	09/07/75

1 t)	MOVRIN	C-73/99	06/07/00
1 u	LECLERE/DEACONESCU	C-43/99	31/05/01
1 U.i)	BRONZINO	228/88	22/02/90
1 U.i)	GATTO	C-12/89	22/02/90
1 U.ii)	DELBAR	114/88	05/12/89
1 U.ii)	LENOIR	313/86	27/09/88
1 U.ii)	LAUMANN	115/77	16/03/78
1 V	VANDEWEGHE	130/73	27/11/73
<b>ARTICULO 2</b>			
2	CABANIS-ISSARTE	C-308/93	30/04/96
2	SCHMID	C-310/91	27/05/93
2	TAGHAVI	C-243/91	08/07/92
2	BALDI	1/88	14/03/89
2	ZAOUI	147/87	17/12/87
2	LAUMANN	115/77	16/03/78
2	FRACAS	7/75	17/06/75
2 1	RUHR	C-189/00	25/10/01
2 1	KHALIL	C-95/99	11/10/01
2 1	BUHARI HAJI	C-105/89	14/11/90
2 1	KITS VAN HEIJNINGEN	C-2/89	03/05/90
2 1	SABATO	82 Y 103/86	09/07/87
2 1	DEAK	94/84	20/06/85
2 1	FRASCOGNA I	157/84	06/06/85
2 1	GALINSKY	99/80	31/03/81
2 1	COMISION/BELGICA	150/79	11/07/80
2 1	TOIA/PALERMO	237/78	12/07/79
2 1	BELBOUAB	10/78	12/10/78
2 1	INZIRILLO	63/76	16/12/76
2 3	VAN POUCKE	C-71/93	24/03/94
<b>ARTICULO 3</b>			
3	HUMER	C-255/99	05/02/02
3	KASKE	C-277/99	05/02/02
3	FAHMI	C-33/99	20/03/01
3	COMISION/GRECIA	C-185/96	29/10/98
3	CABANIS-ISSARTE	C-308/93	30/04/96
3	LEGUAYE	C-28/92	16/12/93
3	SCHMID	C-310/91	27/05/93
3	COMISION/BELGICA	C-326/90	10/11/92
3	PETIT	C-153/91	22/09/92
3	TAGHAVI	C-243/91	08/07/92
3	ALLUE Y COONAN	33/88	30/05/89
3	COONAN	110/79	24/04/80
3 1	BORAWITZ	C-124/99	21/09/00
3 1	MORA ROMERO	C-131/96	25/06/97
3 1	MCLACHLAN	C-146/93	07/07/94
3 1	COMISION/FRANCIA	C-307/89	11/06/91
3 1	MASGIO	C-10/90	07/03/91
3 1	BUHARI HAJI	C-105/89	14/11/90

3	1	SABATO	82 Y 103/86	09/07/87
3	1	DEAK	94/84	20/06/85
3	1	COMISION BELGICA	150/79	11/07/80
3	1	TOIA/PALERMO	237/78	12/07/79
3	1	KENNY	1/78	28/06/78
3	1	FRACAS	7/75	17/06/75
<b>ARTICULO 4</b>				
4		ACCIARDI	C-66/92	02/08/93
4		COMISION/LUXEMBURGO	C-111/91	10/03/93
4		COMISION/BELGICA	C-253/90	06/02/92
4		ZAOUI	147/87	17/12/87
4		PISCITELLO	139/82	05/05/83
4		EVEN	207/78	31/05/79
4		LOHMANN	129/78	08/03/79
4		GILLARD	9/78	06/07/78
4		JANSEN	104/76	05/05/77
4	1	MOLENAAR	C-160/96	05/03/98
4	1	MARTINEZ LOSADA	C-88,102 Y 103/95	20/02/97
4	1	OTTE	C-25/95	11/07/96
4	1	DE PAEP	C-196/90	04/10/91
4	1	COMISION/FRANCIA	236/88	12/07/90
4	1	SCRIVNER	122/84	27/03/85
4	1	HOECKX	249/83	27/03/85
4	1	TOIA/PALERMO	237/78	12/07/79
4	1.a)	JORDENS-VOSTERS	69/79	10/01/80
4	1.b)	MARTINEZ SALA	C-85/96	12/05/98
4	1.b)	STANTON NEWTON	C-356/89	20/06/91
4	1.b)	CALLEMEYN	187/73	28/05/74
4	1.c)	VALENTINI	171/82	05/07/83
4	1.g)	CAMPANA	375/85	04/06/87
4	1.g)	MOUTHAN	39/76	15/12/76
4	1.h)	HUMER	C-255/99	05/02/02
4	1.h)	OFFERMANN	C-85/99	15/03/01
4	1.h)	HOEVER Y ZACHOW	C-245 YC-312/94	10/10/96
4	1.h)	HUGHES	C-78/91	16/07/92
4	2 bis	PARTRIDGE	C-297/96	11/06/98
4	2 bis	SNARES	C-20/96	04/11/97
4	4	VOUGIOUKAS	C-443/93	22/11/95
4	4	GILETTI	379, 380 Y 381/85; 93/86	24/02/87
4	4	VIGIER	70/80	27/01/81
4	4	FOSSI	79/76	31/03/77
<b>ARTICULO 5</b>				
5		ATHANASOPOULOS	C-251/89	11/06/91
5		VIGIER	70/80	27/01/81
5		TOIA/PALERMO	237/78	12/07/79
5		BEERENS	35/77	29/11/77

<b>ARTICULO 6</b>				
6		KASKE	C-277/99	05/02/02
6		THELEN	C-75/99	09/11/00
6		THEVENON	C-475/93	09/11/95
6		RÖNFELDT	C-227/89	07/02/91
6		WALDER	82/72	07/06/73
<b>ARTICULO 7</b>				
7	1.b)	FRASCOGNA I	157/84	07/02/91
7	1.b)	CALLEMEYN	187/73	28/05/74
7	2.c)	HOORN	C-305/92	28/04/94
<b>ARTICULO 9</b>				
9		LEGUAYE-NEELSEN	C-28/92	16/12/93
9		HARTMANN-TROIANI	368/87	18/05/898
9	2	BAGLIERI	C-297/92	20/10/93
9	2	VIGIER	70/80	27/01/81
9	2	LIEGEOIS	93/76	16/03/77
<b>ARTICULO 9 BIS</b>				
9	BIS	DUCHON	C-290/00	18/04/02
9	BIS	IURLARO	C-322/95	17/09/97
<b>ARTICULO 10</b>				
10		BUHARI HAJI	C-105/89	14/11/90
10		GIULIANI	32/77	20/10/77
10	1	MOVRIN	C-73/99	06/07/00
10	1	STANTON NEWTON	C-356/89	20/06/91
10	1	COMISION/FRANCIA	236/88	12/07/90
10	1	WINTER-LUTZINS	293/88	02/05/90
10	1	GILETTI	379/85	24/02/87
10	1	PISCITELLO	139/82	05/05/83
10	1	COMISION/BELGICA	150/79	11/07/80
10	1	BOZZONE	87/76	31/03/77
10	1	SMIEJA	51/73	07/11/73
10	2	LEGUAYE-NEELSEN	C-28/92	16/12/93
10	2	JANSEN	104/76	05/05/77
<b>ARTICULO 10 BIS</b>				
10	BIS	LECLERE/DEACONESCU	C-43/99	31/05/01
10	BIS	SWADDLING	C-90/97	25/02/99
10	BIS	PARTRIDGE	C-297/96	11/06/98
10	BIS	SNARES	C-20/96	04/11/97
10	BIS.1	JAUCH	C-215/99	08/03/01
<b>ARTICULO 12</b>				
12		KNOCH	C-102/91	08/07/92
12		DAMMER	168/88	14/12/89
12	2	CONTI	C-143/97	22/10/98
12	2	CORDELLE	C-366/96	12/02/98
12	2	SCHMIDT	C-98/94	11/08/95
12	2	DEL GROSSO	C-325/93	06/04/95
12	2	FABRIZII	C-113, C-114 Y C-156/92	15/12/93

12 2	LARSY	C-31/92	02/08/93
12 2	DI CRESCENZO Y CASAGRANDE	C-90 Y C-91/91	11/06/92
12 2	DI PRINZIO	C-5/91	18/02/92
12 2	SPITS	342/88	06/06/90
12 2	BIANCHIN	C-109/89	05/04/90
12 2	PIAN	C-108/89	05/04/90
12 2	DI FELICE	128/88	18/04/89
12 2	BAKKER	151/87	20/04/88
12 2	STEFANUTTI	197/85	06/10/87
12 2	VAN GASTEL/COENEN	37/86	24/09/87
12 2	SINATRA I	296/84	13/03/86
12 2	ROMANO	58/84	04/06/85
12 2	RUZZU	117/84	04/06/85
12 2	JERZAK	279/82	15/09/83
12 2	VALENTINI	171/82	05/07/83
12 2	VAN DER BUNT-CRAIG	238/81	05/05/83
12 2	BACCINI I	79/81	23/03/82
12 2	STREHL/CELESTRE	116,117,119,120,121/80	02/07/81
12 2	D'AMICO	4/80	15/10/80
12 2	BOERBOOM-KERSJES	105/77	14/03/78
12 2	SCHAAP I	98/77	14/03/78
<b>ARTICULO 13</b>			
13	COMISION/ALEMANIA	C-68/99	08/03/01
13	COMISION/FRANCIA	C-169/98	15/02/00
13	HUIJBRECHTS	C-131/95	13/03/97
13	ALDERWERELD	C-60/93	29/06/94
13	NOIJ	C-140/88	21/02/91
13	PEREMBOOM	102/76	05/05/77
13 1	VOGLER <sup>1</sup>	C-242/99	20/10/00
13 2	COMISION/BELGICA	C-253/90	06/02/92
13 2	COMISION/FRANCIA	C-57/90	16/01/92
13 2.a)	PLUM	C-404/98	09/11/00
13 2.a)	VAN GESTEL	C-454/93	29/06/95
13 2.a)	COMISION/PAISES BAJOS	C-198/90	28/11/91
13 2.a)	KITS VAN HELJNINGEN	C-2/89	03/05/90
13 2.a)	REBMANN	58/87	29/06/88
13 2.a)	TEN HOLDER	302/84	12/06/86
13 2.a)	COPPOLA	150/82	12/01/83
13 2.a)	BECK	104/80	19/02/81
13 2.b)	LUIJTEN	60/85	10/07/86
13 2.d)	NARUSCHAWICUS	C-308/94	01/02/96
13 2.d)	LEGUAYE-NEELSEN	C-28/92	16/12/93
13 2.d)	DAALMEIJER	C-245/88	21/02/91
13 2.f)	COMISION/BELGICA	C-347/98	03/05/01
13 2.f)	KUUSIJÄRVI	C-275/96	11/06/98

<sup>1</sup> Se trata de un Auto del TJCE.

<b>ARTICULO 14</b>				
14		COMISION/BELGICA	C-253/90	06/02/92
14		COMISION/FRANCIA	C-57/90	16/01/92
14	1.a)	PLUM	C-404/98	09/11/00
14	1.a)	FTS	C-202/97	10/02/00
14	1.c)	KUIJPERS	276/81	23/09/82
14	2.b)i)	ANDRESEN	C-425/93	16/02/95
14	2.c)	DE PAEP	C-196/90	04/10/91
<b>ARTICULO 14 BIS</b>				
14	BIS	ZINNECKER	C-121/92	13/10/93
14	BIS.1.a)	BANKS	C-178/97	30/03/00
14	BIS.2	COMISION/ALEMANIA	C-68/99	08/03/01
14	BIS.2	VOGLER <sup>2</sup>	C-242/99	20/10/00
<b>ARTICULO 14 QUATER</b>				
14	QUATER	HERVEIN I	C-221/95	30/01/97
14	QUATER	DE JAECK	C-340/94	30/01/97
14	QUATER	VAN POUCKE	C-71/93	24/03/94
14	QUATER.b)	HERVEIN/LORTHOIS	C-393, C-394/99	19/03/02
<b>ARTICULO 16</b>				
16	2	GOMEZ RIVERO	C-211/97	03/06/99
<b>ARTICULO 17</b>				
17		VAN GESTEL	C-454/93	29/06/95
17		BRUSSE	101/83	17/05/84
<b>ARTICULO 18</b>				
18		COMISION/LUXEMBURGO	C-111/91	10/03/93
18		COPPOLA	150/82	12/01/83
18		TESSIER	84/77	19/01/78
18	1	KLAUS	C-482/93	26/10/95
<b>ARTICULO 19</b>				
19		TWOMEY	C-215/90	10/03/92
19		JORDENS-VOSTERS	69/79	10/01/80
19	1	JAUCH	C-215/99	08/03/01
19	1	MOLENAAR	C-160/96	05/03/98
19	1.b)	KENNY	1/78	28/06/78
19	2	DELAVANT	C-451/93	08/06/95
<b>ARTICULO 22</b>				
22		VANBRAEKEL	C-368/98	12/07/01
22		KENNY	1/78	28/06/79
22	1	PIERIK I	117/77	16/03/78
22	1.a)	PALETTA	C-206/94	02/05/96
22	1.c)	DECKER	C-120/95	28/04/98
22	1.c)	KOHL	C-158/96	28/04/98
22	1.c)	PIERIK II	182/78	31/05/79
22	1.ii)	BRACK	17/76	29/09/76
<b>ARTICULO 25</b>				
25	1	MOLENAAR	C-160/96	05/03/98

<sup>2</sup> Se trata de un Auto del TJCE



25	1	PERROTTA	C-391/93	13/07/95
<b>ARTICULO 27</b>				
27		AULICH	103/75	26/05/76
<b>ARTICULO 28</b>				
28	1	MOLENAAR	C-160/96	05/03/98
28	1	JORDENS-VOSTERS	69/79	10/01/80
<b>ARTICULO 28 BIS</b>				
28	BIS	RUNDGREN	C-389/99	10/05/01
<b>ARTICULO 33</b>				
33		RUNDGREN	C-389/99	10/05/01
33		COMISION/BELGICA	C-253/90	06/02/92
33		COMISION/FRANCIA	C-57/90	16/01/92
33		COMISION/BELGICA	275/83	28/03/85
<b>ARTICULO 35</b>				
35	3	KLAUS	C-482/93	26/10/95
<b>ARTICULO 36</b>				
36		VANBRAEKEL	C-368/98	12/07/01
36		PIERIK I	117/77	16/03/78
36	3	RUNDGREN	C-389/99	10/05/01
<b>ARTICULO 39</b>				
39		TOOSEY	C-287/92	27/01/94
39		FAUX	C-302/90	15/10/91
39	1	MOSCATO	C-481/93	26/10/95
<b>ARTICULO 40</b>				
40		IACOBELLI	C-275/91	03/02/93
40		BLOTTNER	109/76	09/06/77
40	1	BROUWER-KAUNE	180/78	19/06/79
40	3	COPPOLA	150/82	12/01/83
40	4	BACCINI II	232/82	10/03/83
<b>ARTICULO 44</b>				
44	2	IACOBELLI	C-275/91	03/02/93
44	3	VENTURA	269/87	14/12/88
<b>ARTICULO 45</b>				
45		LUSTIG	C-244/97	17/12/98
45		DURIGHELLO	C-186/90	28/11/91
45		BRUNORI	266/78	12/07/79
45		WARRY	41/77	09/11/77
45	1	D'AMICO	20/75	09/07/75
45	2	SINATRA II	296/84	13/03/86
45	3	BLOTTNER	109/76	09/06/77
<b>ARTICULO 46</b>				
46		CIROTTI	C-144/96	02/10/97
46		BETTACCINNI	C-301/93	22/09/94
46		FABRIZII	C-113,C-114 Y C-156/92	15/12/93
46		LARSY	C-31/92	02/08/93
46		BOGANA	C-193/92	18/02/93
46		IACOBELLI	C-275/91	03/02/93

46		DI CRESCENZO Y CASAGRANDE	C-90 Y C-91/91	11/06/92
46		DI PRINZIO	C-5/91	18/02/92
46		BLANCHIN	C-109/89	05/04/90
46		PIAN	C-108/89	05/04/90
46		CABRAS	199/88	21/03/90
46		DI FELICE	128/88	18/04/89
46		COLLINI	323/86	17/12/87
46		STEFANUTTI	197/85	06/10/87
46		VAN GASTEL/COENEN	37/86	24/09/87
46		SINATRA	296/84	13/03/86
46		CINCIULO	104/83	01/03/84
46		DERKS	285/82	02/02/84
46		VALENTINI	171/82	05/07/83
46		STREHL/CELESTRE	116,117,119,120,121/80	02/07/81
46		MURA II	236/78	16/05/79
46		BOERBOOM-KERSJES	105/77	14/03/78
46		SCHAAP I	98/77	14/03/78
46		VAN DER BUNT-CRAIG	238/81	01/05/83
46 1		DEL GROSSO	C-325/93	06/04/95
46 1		LEPORE Y SCAMUFFA	C-45 Y C-46/92	09/12/93
46 1		SPITS	342/88	06/06/90
46 1		BOROWITZ	21/87	05/07/88
46 1		RUZZU	117/84	04/06/85
46 1		ROMANO	58/84	04/06/85
46 1		MURA	22/77	13/10/77
46 1		GRECO	37/77	13/10/77
46 2		BESEM	274/81	23/09/82
46 2.a)		STINCO	C-132/96	24/09/98
46 2.a)		REICHLING	C-406/93	09/08/94
46 2.a)		MENZIES	793/79	26/06/80
46 3		CONTI	C-143/97	22/10/98
46 3		COPPOLA	150/82	12/01/83
46 3		SCHAAP II	176/78	05/04/79
46 3		GIULIANI	32/77	20/10/77
46 3		MANZONI	112/76	13/10/77
46 3		STREHL	62/76	03/02/77
46 3		PETRONI	24/75	21/10/75
<b>ARTICULO 46 BIS</b>				
46 BIS		INSALACA	C-107/00	07/03/02
<b>ARTICULO 46 TER</b>				
46 TER		INSALACA	C-107/00	07/03/02
46 TER		VAN COILE	C-442/97	18/11/99
46 TER		PLATBROOD	C-161/98	18/11/99
<b>ARTICULO 47</b>				
47		GRAJERA	C-153/97	17/12/98
47 1		LAFUENTE NIETO	C-251/94	12/09/96
47 1		WEBER	181/83	29/11/84

47	1.e)	NARANJO ARJONA	C-31,C-32 Y C-33/96	09/10/97
<b>ARTICULO 48</b>				
48		MARTINEZ LOSADA	C-88, C-102 Y C-103/95	20/02/97
48		BORELLA	49/75	20/11/75
48	1	VENTURA	269/87	14/12/88
48	1	MALFITANO	76/82	09/12/82
48	2	VERMAUT	55/81	18/02/82
<b>ARTICULO 49</b>				
49		LUSTIG	C-244/97	17/12/98
49		MC LACHLAN	C-146/93	07/07/94
49		BALSAMO	108/75	09/03/76
<b>ARTICULO 50</b>				
50		BROWNING	22/81	17/12/81
50		TORRI	64/77	30/11/77
<b>ARTICULO 51</b>				
51		BETTACCINNI	C-301/93	22/09/94
51		LEVATINO	C-65/92	22/04/93
51		BOGANA	C-193/92	18/02/93
51		RAVIDA	C-85/89	21/03/90
51		CINCIULO	104/83	01/03/84
51		VAN DER BUNT-CRAIG	238/81	05/05/83
51		SINATRA I	7/81	02/02/82
51	1	CIROTTI	C-144/96	02/10/97
51	1	CASSAMALI	C-93/90	20/03/91
51	2	CABRAS	199/88	21/03/90
51	2	JORDAN	141/88	12/07/89
<b>ARTICULO 57</b>				
57		DEGHILLAGE	28/85	11/03/86
57		JERZAK	279/82	15/09/83
<b>ARTICULO 61</b>				
61	5	VILANO/BARION	173 Y 174/78	29/05/79
<b>ARTICULO 67</b>				
67		KASKE	C-277/99	05/02/02
67		THELEN	C-75/99	09/11/01
67		FERREIRO ALVITE	C-320/95	25/02/99
67		KNOCH	C-102/91	08/07/92
67		KERMASCHEK	40/76	23/11/76
67	1	WARMERDAM-STEGGERDA	388/87	12/05/89
67	1	FRANGIAMORE	126/77	15/03/78
67	3	VERWAYEN <sup>3</sup>	C-175/00	04/03/02
67	3	MARTINEZ LOSADA	C-88, C-102 Y C-103/95	20/02/97
67	3	GRAY	C-62/91	08/04/92
67	3	VAN NOORDEN	C-272/90	16/05/91

<sup>3</sup> Se trata de un Auto del TJCE.

<b>ARTICULO 68</b>				
68	1	GRISVARD-KREITZ	C-201/91	01/10/92
68	1	FELLINGER	67/79	28/02/80
68	2	STALLONE	C-212/00	16/10/01
68	2	ACCIARDI	C-66/92	02/08/93
<b>ARTICULO 69</b>				
69		KNOCH	C-102/91	08/07/92
69		VAN NOORDEN	C-272/90	16/05/91
69		VANHAEREN	192/87	28/04/88
69		COCHET	145/84	07/03/85
69		TESTA/MAGGIO/VITALE	41,121,796/79	19/06/80
69		BONAFFINI	27/75	10/07/75
69		D'AMICO	20/75	09/07/75
69	1	GRAY	C-62/91	08/04/92
69	1.a)	RYDERGARD	C-215/00	21/02/02
69	1.c)	DI CONTI	C-163/89	10/05/90
69	2	COCCIOLI	139/78	20/03/79
69	4	SPATARO	C-170/95	13/06/96
<b>ARTICULO 70</b>				
70		VAN NOORDEN	C-272/90	16/05/91
<b>ARTICULO 71</b>				
71		KASKE	C-277/99	05/02/02
71		TOOSEY	C-287/92	27/01/94
71		KUYKEN	66/77	01/12/77
71	1	MIETHE	1/85	12/06/86
71	1.a)	LAAT	C-444/98	15/03/01
71	1.a)	GRISVARD-KREITZ	C-201/91	01/10/92
71	1.a)	BERGEMANN	236/87	22/09/88
71	1.a)	REBMANN	58/87	29/06/88
71	1.a).ii)	HUIJBRECHTS	C-131/95	13/03/97
71	1.b)	AUBIN	227/81	27/05/82
71	1.b).i)	NARUSCHAWICUS	C-308/94	01/02/96
71	1.b).ii)	MOUTHAN	39/76	15/12/76
71	1.b).ii)	VAN GESTEL	C-454/93	29/06/95
71	1.b).ii)	KNOCH	C-102/91	08/07/92
71	1.b).ii)	REIBOLD	C-216/89	13/11/90
71	1.b).ii)	BERGEMANN	236/87	22/09/88
71	1.b).ii)	DI PAOLO	76/76	17/02/77
<b>ARTICULO 73</b>				
73		HUMER	C-255/99	05/02/02
73		LECLERE/DEACONESCU	C-43/99	31/05/01
73		KULZER	C-194/96	05/03/98
73		STÖBER Y PIOSA	C-4 Y C-5/95	30/01/97
73		HOEVER Y ZACHOW	C-245 Y C-312/94	10/10/96
73		ALONSO PEREZ	C-394/93	23/11/95
73		IMBERNON MARTINEZ	C-321/93	05/10/95
73		MCMENAMIN	C-119/91	09/12/92
73		HUGHES	C-78/91	16/07/92

73		COMISION/PAISES BAJOS	C-198/90	28/11/91
73		YAÑEZ-CAMPOY	C-99/89	13/11/90
73		KRACHT	C-117/89	04/07/90
73		BRONZINO	228/88	22/02/90
73		DAMMER	168/88	14/12/89
73		DELBAR	114/88	05/12/89
73		GEORGES	24/88	27/06/89
73		BALDI	1/88	14/03/89
73		BURCHELL	377/85	09/07/87
73		FERRAIOLI	153/84	23/04/86
73		SALZANO	191/83	13/11/84
73		MEADE	238/83	05/07/84
73		ROBARDS	149/82	03/02/83
73		RAGAZZONI	134/77	20/04/78
73	1	MIDDLEBURGH	C-15/90	04/10/91
73	1	BRUSSE	101/83	17/05/84
73	1	BECK	104/80	19/02/81
73	2	PINNA II	359/87	02/03/89
<b>ARTICULO 74</b>				
74		HUMER	C-255/99	05/02/02
74		RINCON	C-243/94	28/03/96
74		GATTO	C-12/89	22/02/90
<b>ARTICULO 76</b>				
76		KRACHT	C-117/89	04/07/90
76		GEORGES	24/88	27/06/89
76		FERRAIOLI	153/84	23/04/86
76		SALZANO	191/83	13/11/84
76		ROBARDS	149/82	03/02/83
76		REGAZZONI	134/77	20/04/78
<b>ARTICULO 77</b>				
77		LECLERE/DEACONESCU	C-43/99	31/05/01
77		DURIGHELLO	C-186/90	28/11/91
77		ATHANASOPOULOS	C-251/89	11/06/91
77		LENOIR	313/86	27/09/88
77		D'AMARIO	320/82	24/11/83
77		GALINSKY	99/80	31/03/81
77	2.a)	KULZER	C-194/96	05/03/98
77	2.a)	BALDI	1/88	14/03/89
77	2.a)	WORSDORFER/KOSCHNISKE	9/79	12/07/79
77	2.a)	LOHMANN	129/78	09/03/79
77	2.b)	PATTERI	242/83	12/07/84
77	2.b)	LATERZA	733/79	12/06/80
77	2.b.i)	BASTOS MORIANA	C-59/95	27/02/97
<b>ARTICULO 78</b>				
78		GOBBIS	C-218/91	18/02/93
78		DORIGUZZI-ZORDANIN	C-188/90	19/03/92
78		ATHANASOPOULOS	C-251/89	11/06/91
78		VENTURA	269/87	14/12/88

78		D'AMARIO	320/82	24/11/83
78		LAUMANN	115/77	16/03/78
78	2	BALDI	1/88	14/03/88
78	2.b).i)	GRAVINA	807/79	09/07/80
78	2.ii)	GOMEZ RODRIGUEZ	C-113/96	07/05/98
<b>ARTICULO 79</b>				
79		GOMEZ RODRIGUEZ	C-113/96	07/05/98
79		VENTURA	269/87	14/12/88
79	3	ROSSI	100/78	06/03/79
79	3	LAUMANN	115/77	16/03/78
<b>ARTICULO 81</b>				
81		ROMANO	98/80	14/05/81
81	a)	ATHANASOPOULOS	C-251/89	11/06/91
81	d)	COMISION/FRANCIA	236/88	12/07/90
<b>ARTICULO 84</b>				
84	4	PETIT	C-153/91	22/09/92
84	4	MARIS	55/77	06/12/77
<b>ARTICULO 86</b>				
86		MAITLAND TOOSEY	C-287/92	27/01/94
86		WALSH	143/79	22/05/80
<b>ARTICULO 93</b>				
93		TIEL UTRECHT	313/82	15/03/84
93	1	DAK	C-428/92	02/06/94
93	1.a)	KORDEL	C-397/96	21/09/99
<b>ARTICULO 94</b>				
94		DUCHON	C-290/00	18/04/02
94		KAUER	C-28/00	07/02/02
94	3	DUCHON	C-290/00	18/04/02
94	4	BELBOUAB	10/78	12/10/78
94	5	VIVA	83/87	04/05/88
94	5	SAIEVA	32/76	13/10/76
<b>ARTICULO 95 BIS</b>				
95	BIS	LARSY	C-118/00	28/06/01
95	BIS	CAMAROTTO/VIGNONE	C-52, 53/99	22/02/01
95	BIS	BALDONE	C-307/96	25/09/97
<b>ARTICULO 96</b>				
96		TOIA/PALERMO	237/78	12/07/79
<b>ARTICULO 99</b>				
99		YANEZ-CAMPOY	C-99/89	13/11/90
<b>ARTICULO 100</b>				
100		VIVA	83/87	04/05/88

**ANEXOS DEL REGLAMENTO 1408/71**

ANEXO	APARTADO	ASUNTO	NUMERO ASUNTO	FECHA
<b>ANEXO I</b>				
1	1	ZINNECKER	C-121/92	13-10-93
1	1.C.b)	STÖBER Y PIOSA	C-4 y C-5/95	30-1-97
<b>ANEXO II</b>				
2		LECLERE/DEACONESCU	C-43/99	31-5-01
<b>ANEXO II BIS</b>				
2 BIS		LECLERE/DEACONESCU	C-43/99	31-5-01
2 BIS	O	PARTRIDGE	C-297/96	11-6-98
<b>ANEXO V</b>				
5		TESSIER/RECQ	84/77	19-1-78
5		OLIVIERI-COENEN	C-227/94	17-10-95
5		COMISION/BELGICA	150/79	11-7-80
5	H.4	DERKS	285/82	2-2-84
<b>ANEXO VI</b>				
6	C.15	ROVIELLO	20/85	7-6-88
6	D.4	GRAJERA RODRIGUEZ	C-153/97	17-12-98
6	I.2	SPRUYT	284/84	25-2-86
6	I.2.c)	DE JONG	254/84	25-2-86
6	I.2.c)	DE RIJKE	43/86	24-9-87
6	J.4.a)	NIJHUIS	C-360/97	20-4-99
6	J.4.a)	HOLLANDERS	C-248/96	13-11-97
<b>ANEXO VII</b>				
7		HERVEIN/LORTHIOIS	C-393, 394/99	19-3-02

**REGLAMENTO 574/72:**

ARTICULO	APARTADO	ASUNTO	NUMERO DE ASUNTO	FECHA
<b>ARTICULO 7</b>				
7	1.b)	STEFANUTTI	197/85	06/10/87
<b>ARTICULO 8</b>				
8		WALSH	143/79	22/05/80
<b>ARTICULO 10</b>				
10		MCMENAMIN	C-119/91	09/02/92
10	1.a)	BURCHELL	377/85	09/07/87
10	1.a)	KROMHOUT	104/84	04/07/84
10	1.a)	ROBARDS	149/82	03/02/83
10	1.a)	BEECK	104/80	19/02/81
10	1.b)	WORSDORFER/KOSCHNISKE	9/79	12/07/79
<b>ARTICULO 11</b>				
11	1.a)	FTS	C-202/97	10/02/00
<b>ARTICULO 11 BIS</b>				
11	BIS	BANKS	C-178/97	30/03/00
<b>ARTICULO 15</b>				
15		DERKS	285/82	02/02/84
15		STREHL/CELESTRE	117,119,120 Y 121/80	02/07/81
15	1	LEPORE Y SCAMUFFA	C-45 Y C-46/92	09/12/93
15	1.f.ii)	IURLARO	C-322/95	17/09/97
15	3	GALATI	33/75	30/10/75
<b>ARTICULO 18</b>				
18		PALETTA II	C-206/94	02/05/96
18		PALETTA I	45/90	03/06/92
18		RINDONE	22/86	12/03/87
<b>ARTICULO 35</b>				
35		TOOSEY	C-287/92	27/01/94
<b>ARTICULO 36</b>				
36		PICARD	C-335/95	24/10/96
36	1	BALSAMO	108/75	09/03/76
36	4	IACOBELLI	C-275/91	03/02/93
<b>ARTICULO 40</b>				
40		VOETEN Y BECKERS	C-279/97	10/12/98
<b>ARTICULO 45</b>				
45	1	FANARA	111/80	14/05/81
45	4	DAMIANI	53/79	14/02/80
<b>ARTICULO 46</b>				
46		CELESTRE/STREHL	116,117,119, 120 y 121/80	02/07/81
46	2	SCHAAP II	176/78	14/03/79
46	2	SCHAAP I	98/77	14/03/78



<b>ARTICULO 51</b>				
51		VOETEN Y BECKERS	C-279/97	10/12/98
51	1	MARTINEZ-VIDAL	C-344/89	27/06/91
<b>ARTICULO 59</b>				
59		SCALETTA	261/84	11/07/85
<b>ARTICULO 84</b>				
84	2	KNOCH	C-102/91	08/07/92
<b>ARTICULO 107</b>				
107		GRISVARD-KREITZ	C-201/91	01/10/92
107		VAN DER BUNT-CRAIG	238/81	05/05/83
<b>ARTICULO 111</b>				
111		FANARA	111/80	14/05/81
<b>ARTICULO 112</b>				
112		CABRAS	199/80	21/03/90
<b>ARTICULO 114</b>				
114		TOOSEY	C-287/92	27/01/94

**REGLAMENTO N°3 /1958**

ARTICULO	APARTADO	ASUNTO	NUMERO DE ASUNTO	FECHA
<b>ARTICULO 1</b>				
	1	MURRU	2/72	06/06/72
	1	JANSSEN	23/71	27/10/71
	1	DE CICCO	19/68	19/12/68
	1	VAASEN-GÖBBELS	61/65	30/06/66
	1	DINGEMANS	24/64	02/12/64
	1	VAN DER VEEN	100/63	15/07/64
<b>ARTICULO 2</b>				
	2	LAND NIEDERSACHSEN	15/72	16/11/72
	2	HEINZE	14/72	16/11/72
	2	LÜBECK	16/72	16/11/72
	2	FRILLI	1/72	22/06/72
	2	MERLUZZI	80/71	22/03/72
	2	DINGEMANS	24/64	02/12/64
	2	VAN DER VEEN	100/63	15/07/64
<b>ARTICULO 4</b>				
	4	VAASEN-GÖBBELS	61/65	30/06/66
<b>ARTICULO 11</b>				
	11	DUFFY	34/69	10/12/69
<b>ARTICULO 12</b>				
	12	VAN DER VECHT	19/67	05/12/67
	12	NONNONNENMACHER	92/63	09/06/64
<b>ARTICULO 13</b>				
	13	HAKENBERG	13/73	12/07/73
	13	BENTZINGER	73/72	01/03/73
	13	MANPOWER	35/70	17/12/70
	13	VAN DER VECHT	19/67	05/12/67
<b>ARTICULO 16</b>				
	16	LA MARCA	32/70	01/12/70
<b>ARTICULO 19</b>				
	19	UNGER	75/63	19/03/64
<b>ARTICULO 22</b>				
	22	VAASEN-GÖBBELS	61/65	30/06/66
	22	DEKKER	33/65	01/12/65
<b>ARTICULO 27</b>				
	27	MURRU	2/72	06/06/72
	27	KELLER	27/71	10/11/71
	27	HÖHN	28/71	10/11/71
	27	GROSS	26/71	10/11/71
	27	TORREKENS	28/68	07/05/69
	27	GUISSART	12/67	13/12/67
	27	COUTURE	11/67	12/12/67
	27	CIECHELSKI	1/67	05/07/67

27		HAGENBEEK	4/66	13/07/66
27		VAN DER VEEN	100/63	15/07/64
<b>ARTICULO 28</b>				
28		GUISSART	12/67	13/12/67
28		COUTURE	11/67	12/12/67
28		WELCHNER	14/67	05/12/67
28		GOFFART	22/67	30/11/67
28		DE MOOR	2/67	05/07/67
28		COLDITZ	9/67	05/07/67
28		CIECHELSKI	1/67	05/07/67
28		VAN DER VEEN	100/63	15/07/64
28	1.b)	COSSUTTA	18/67	05/07/67
<b>ARTICULO 42</b>				
42		DI BELLA	3/70	17/06/70
<b>ARTICULO 43</b>				
43		VAN DER VECHT	19/67	05/12/67
<b>ARTICULO 45</b>				
45		MEROLA	45/72	13/12/72
45		GUERRA	6/67	05/07/67
<b>ARTICULO 52</b>				
52		DE WAAL	78/72	16/05/73
52		CFL	27/69	12/11/69
52		SINGER	44/65	09/12/65
52		VAN DIJK	33/64	11/03/65
52		BERTHOLET	31/64	11/03/65
<b>ARTICULO 53</b>				
53		BROCK	68/69	14/04/70

## TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

ARTICULO NUEVO	ARTICULO ANTIGUO	ASUNTO	NUMERO DE ASUNTO	FECHA
<b>ARTICULO 3</b>				
	3 3	ALBANY	C-67/96	21/09/99
	3 3	BOKKEN	C-219/97	21/09/99
	3 3	BRETJENS	C-115,C-117/97	21/09/99
<b>ARTICULO 6</b>				
	6 12	FERLINI	C-411/98	03/10/00
<b>ARTICULO 10</b>				
	10 5	PAVLOV	C-180 a 184/98	12/09/00
	10 5	COMISION/ESPAÑA	C-52/96	17/07/96
	10 5	ATHANASOPOULOS	C-251/89	11/06/91
<b>ARTICULO 12</b>				
	12 6	GZRELCZYK	C-184/99	20/09/01
	12 6	MOLENAAR	C-160/96	05/03/98
	12 7	MASGIO	C-10/90	07/03/91
	12 7	BUHARI HAJI	C-105/89	14/11/90
	12 7	LENOIR	313/86	27/09/88
	12 7	KENNY	1/78	28/06/78
<b>ARTICULO 14</b>				
	14 7A	WIJSENBEEK	C-378/97	21/09/99
<b>ARTICULO 17</b>				
	17 8	GZRELCZYK	C-184/99	20/09/01
<b>ARTICULO 18</b>				
	18 8A	GZRELCZYK	C-184/99	20/09/01
	18 8A	ELSEN	C-135/99	23/11/00
	18 8A	WIJSENBEEK	C-378/97	21/09/99
	18 8A	BAGLIERI	C-297/92	20/10/93
<b>ARTICULO 28</b>				
	28 30	DECKER	C-120/95	28/04/98
<b>ARTICULO 39</b>				
	39 48	DUCHON	C-290/00	18/04/02
	39 48	GOTTARDO	C-55/00	15/01/02
	39 48	ELSEN	C-135/99	23/11/00
	39 48	ENGELBRECHT	C-262/97	26/09/00
	39 48	SEHRER	C-302/98	15/06/00
	39 48	ZURSTRASSEN	C-87/99	16/05/00
	39 48	COMISION/FRANCIA	C-169/98	15/02/00
	39 48	GSCHWIND	C-391/97	14/09/99
	39 48	MEEUSEN	C-337/97	08/06/99
	39 48	TERHOEVE	C-18/95	26/01/99
	39 48	COMISION/GRECIA	C-185/96	29/10/98
	39 48	COMISION/FRANCIA	C-35/97	24/09/98
	39 48	MARTINEZ SALA	C-85/96	12/05/98
	39 48	GOMEZ RODRIGUEZ	C-113/96	07/05/98

39 48	MOLENAAR	C-160/96	05/03/98
39 48	DAFEKI	C-336/94	02/12/97
39 48	IURLARO	C-322/95	17/09/97
39 48	MARTINEZ LOSADA	C-88,102 y 103/95	20/02/97
39 48	COMISION/BELGICA	C344/95	20/02/97
39 48	UNIDAD SANITARIA DE ITALIA	C-134/95	16/01/97
39 48	COMISION/BELGICA	C-278/94	12/09/96
39 48	BOUKHALFA	C-214/94	30/04/96
39 48	VOUGIOUKAS	C-443/93	22/11/95
39 48	THEVENON	C-475/93	09/11/95
39 48	VAN MUSTER	C-165/91	05/10/94
39 48	VAN POUCKE	C-71/93	24/03/94
39 48	FABRIZII/NERI/GROSSO	C-113,C-114 y C-156/92	15/12/93
39 48	LEPORE y SCAMUFFA	C-45, 46/92	09/12/93
39 48	PETIT	C-153/91	22/09/92
39 48	DURIGHELLO	C-186/90	28/11/91
39 48	FAUX	C-302/90	15/10/91
39 48	PARASCHI	349/87	04/10/91
39 48	MASGIO	C-10/90	07/03/91
39 48	DESIDERIUS	C-292/89	26/02/91
39 48	RÖNFELDT	C-227/89	07/02/91
39 48	VELLA	324/88	07/02/90
39 48	ALLUE y COONAN	33/88	30/05/89
39 48	HARTMANN-TROIANI	368/87	18/05/89
39 48	PINNA II	359/87	02/03/89
39 48	LENOIR	313/86	27/09/88
39 48	STANTON	143/87	07/07/88
39 48	WOLF	154 y 155/87	07/07/88
39 48	ROVIELLO	20/85	07/06/88
39 48	SPRUYT	284/84	25/02/86
39 48	PINNA I	41/84	15/01/86
39 48	MEADE	238/83	05/07/84
39 48	JERZAK	279/82	15/09/83
39 48	VALENTINI	171/82	05/07/83
39 48	BACCINNI II	232/82	10/03/83
39 48	BACCINI I	79/81	23/03/82
39 48	KENNY	1/78	28/06/78
<b>ARTICULO 42</b>			
42 51	DUCHON	C-290/00	18/04/02
42 51	KHALIL	C-95/99	11/10/01
42 51	COMISION/ALEMANIA	C-68/99	08/03/01
42 51	ELSEN	C-153/99	23/11/00
42 51	FERREIRO ALVITE	C-320/95	25/02/99
42 51	GOMEZ RODRIGUEZ	C-113/96	07/05/98
42 51	DAFEKI	C-336/94	02/12/97
42 51	IURLARO	C-322/95	17/09/97
42 51	MARTINEZ LOSADA	C-88,102 Y 103/95	20/02/97

42	51	VOUGIOUKAS	C-443/93	22/11/95
42	51	THEVENON	C-475/93	09/11/95
42	51	FABRIZII/NERI/ GROSSO	C-113,114 y 156/92	15/12/93
42	51	LEPORE y SCAMUFFA	C-45, 46/92	09/12/93
42	51	LEVATINO	C-65/92	22/04/93
42	51	PETIT	C-153/91	22/09/92
42	51	GRAY	C-62/91	08/04/92
42	51	DURIGHELLO	C-186/90	28/11/91
42	51	FAUX	C-302/90	15/10/91
42	51	PARASCHI	349/87	04/10/91
42	51	MASGIO	C-10/90	07/03/91
42	51	RÖNFELDT	C-227/89	07/02/91
42	51	BUHARI HAJI	C-105/89	14/11/90
42	51	YAÑEZ-CAMPOY	C-99/89	13/11/90
42	51	CABRAS	199/88	21/03/90
42	51	VELLA	324/88	07/02/90
42	51	DAMMER	168/88	14/12/89
42	51	DELBAR	114/88	05/12/89
42	51	HARTMANN-TROIANI	368/87	18/05/89
42	51	PINNA II	359/87	02/03/89
42	51	SCHMITT	29/88	28/02/89
42	51	LENOIR	313/86	27/09/88
42	51	ROVIELLO	20/85	07/06/88
42	51	DE RIJKE	43/86	24/09/87
42	51	DE JONG	254/84	25/02/86
42	51	SPRUYT	284/84	25/02/86
42	51	PINNA I	41/84	15/01/86
42	51	PATTERI	242/83	12/07/84
42	51	MEADE	238/83	05/07/84
42	51	D'AMARIO	320/82	24/11/83
42	51	JERZAK	279/82	15/09/83
42	51	VALENTINI	171/82	05/07/83
42	51	PISCITELLO	139/82	05/05/83
42	51	BACCINI II	232/82	10/03/83
42	51	BACCINI I	79/81	23/03/82
42	51	ROMANO	98/80	14/05/81
42	51	TESTA/MASGIO/VITALE	41,121 y 796/79	19/06/80
42	51	JORDENS-VOSTERS	69/79	10/01/80
42	51	TINELLI	144/78	22/02/79
42	51	GIULIANI	32/77	20/10/77
42	51	MANZONI	112/76	13/10/77
42	51	FOSSI	79/76	31/03/77
42	51	STREHL	62/76	03/02/77
<b>ARTICULO 43</b>				
43	52	COMISION/ALEMANIA	C-68/99	08/03/01
43	52	COMISION/FRANCIA	C-169/98	15/02/00
43	52	CENTROS LTD	C-212/97	09/03/99
43	52	COMISIÓN/GRECIA	C-185/96	29/10/98

43	52	COMISION/ALEMANIA	C-24/97	30/04/98
43	52	STÖBER Y PIOSA	C-4, 5/95	30/01/97
43	52	ASSCHER	C-107/94	27/06/96
43	52	KEMMLER	C-53/95	15/02/96
43	52	WILOCKX	C-80/94	11/08/95
43	52	COMISION/LUXEMBUR	C-111/91	10/03/93
43	52	MIDDLEBURGH	C-15/90	04/10/91
43	52	WOLF	154 y 155/87	07/07/88
43	52	STANTON	143/87	07/07/88
43	52	SEGERS	79/85	10/07/86
<b>ARTICULO 48</b>				
48	58	SEGERS	79/85	10/07/86
<b>ARTICULO 49</b>				
49	59	SMITS/PEERBOOMS	C-157/99	12/07/01
49	59	VANBRAEKEL	C-368/98	12/07/01
49	59	ARBLADE Y LELOUP	C-369, C-376//96	23/11/99
49	59	KOHL	C-158/96	28/04/98
49	59	VAN DER ELST	C-43/93	09/08/94
<b>ARTICULO 50</b>				
50	60	SMITS/PEERBOOMS	C-157/99	12/07/01
50	60	ARBLADE Y LELOUP	C-369, C-376/96	23/11/99
50	60	KOHL	C-158/96	28/04/98
<b>ARTICULO 81</b>				
81	85	PAVLOV	C-180 a 184/98	12/09/00
81	85	BOKKEN	C-219/97	21/09/99
81	85	BRETJENS	C-115, C117/97	21/09/99
81	85	ALBANY	C-67/96	21/09/99
81	85	COREVA	C-244/94	16/11/95
<b>ARTICULO 82</b>				
82	86	PAVLOV	C-180 a 184/98	12/09/00
82	86	BRETJENS	C-115.C-117/97	21/09/99
82	86	BOKKEN	C-219/97	21/09/99
82	86	ALBANY	C-67/97	21/09/99
82	86	JOB CENTRE	C-55/96	11/12/97
<b>ARTICULO 86</b>				
86	90	PAVLOV	C-180 a 184/98	12/09/00
86	90	BRETJENS	C-115, C-117/97	21/09/99
86	90	BOKKEN	C-219/97	21/09/99
86	90	ALBANY	C-67/97	21/09/99
<b>ARTICULO 87</b>				
87	92	COMISION/BELGICA	C-75/97	17/06/99
<b>ARTICULO 226</b>				
226	169	COMISION/P.BAJOS	C-198/90	28/11/91
226	169	COMISION/BELGICA	275/83	28/03/85
<b>ARTICULO 231</b>				
231	174	PINNA I	41/84	15/01/86
<b>ARTICULO 234</b>				
234	177	DURIGHELLO	C-186/90	28/11/91

234	177	PINNA I	41/84	15/01/86
234	177	BACCINI II	232/82	10/03/83
234	177	ROBARDS	149/82	03/02/83
234	177	VLAEMINCK	132/81	16/09/82
234	177	ROMANO	98/80	14/05/81
234	177	DAMIANI	53/79	14/02/80
234	177	PIERIK I	117/77	16/03/78
234	177	KUYKEN	66/77	01/12/77
234	177	INZIRILLO	63/76	16/12/76
234	177	SAIEVA	32/76	13/10/76
234	177	FRACAS	7/75	17/06/75
234	177	VANDEWEGHE	130/73	27/11/73



**ACUERDOS DE COOPERACIÓN****MARRUECOS**

ARTICULO	APARTADO	ASUNTO	NUMERO DE ASUNTO	FECHA
<b>ARTICULO 40</b>				
40		EL-YASSINI	C-416/96	02/03/99
<b>ARTICULO 41</b>				
41		FAHMI	C-33/99	20/03/01
41	1	MESBAH	C-179/98	11/11/99
41	1	HALLOUZI-CHOHO	C-126/95	03/10/96
41	1	YOUSFI	C-58/93	20/04/94
41	1	KZIBER	C-18/90	31/01/91

**ARGELIA**

ARTICULO	APARTADO	ASUNTO	NUMERO DE ASUNTO	FECHA
<b>ARTICULO 39</b>				
39	1	BABAHENINI	C-113/97	15/01/98
39	1	KRID	C-103/94	05/04/95

**ACUERDO DE ASOCIACIÓN CON TURQUIA**

ARTICULO	APARTADO	ASUNTO	NUMERO DE ASUNTO	FECHA
<b>ARTICULO 3</b>				
	3	KOCAK	C-102, C-211/98	14/03/00
	3	SÜRÜL	C-262/96	04/05/99
<b>ARTICULO 12</b>				
	12	TAFLAN-MET	C-277/94	10/09/96



ANEXO III

**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL  
R.1408 (1991-2002)**

**1991**

**SENTENCIA de 18-9-1991. RJ 1991/8247**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm 816/91  
SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. Cumplimiento del período de carencia de 6 años

**SENTENCIA de 8-10-1991. RJ 1991/7741**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm 515/91  
SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. Cumplimiento del período de carencia de 6 años.

**1992**

**SENTENCIA de 25-2-1992. RJ 1992\1376**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1252/1991  
PRESTACIONES POR INVALIDEZ PERMANENTE; base reguladora: cotizaciones en España y Alemania. BASES MEDIAS. Se rechaza planteamiento de CUESTION PREJUDICIAL.

**1993**

**SENTENCIA de 23-6-93. RJ 1993\4779**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 1711/1992  
SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS.

**SENTENCIA de 15-10-1993. RJ 1993\9216**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 963/1993  
PENSION DE JUBILACION; base reguladora: cotizaciones en España y Alemania. BASES MEDIAS: en el marco de artículo 47.1.e) del R. 1408 y del Convenio Hispano-Alemán. Se rechaza planteamiento de CUESTION PREJUDICIAL. VOTO PARTICULAR: favorable al planteamiento de la cuestión.

**SENTENCIA de 15-10-93. RJ 1993\7604**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3076/1992  
SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. Se considera cumplido el requisito de la jubilación expectante en el sistema de SS de cualquier Estado miembro.

**SENTENCIA de 25-10-1993. RJ 1994\863**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 663/1993  
PENSION DE JUBILACION; base reguladora: cotizaciones en España y Alemania. BASES MEDIAS.

**1994**

**SENTENCIA de 4-1-94. RJ 1994\3226**

Recurso de casación para la unificación de doctrina  
PENSION DE JUBILACION; base reguladora: cotizaciones en España y Alemania.

**SENTENCIA de 28-2-94. RJ 1529/1994**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 763/1993

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. Se rechaza la acreditación de derecho a jubilación expectante en el sistema de SS español. Se exige el cumplimiento de los requisitos exigidos por y en el sistema de SS española. Aplicación del artículo 48.1 del R. 1408 exigencia de un año de cotización mínima en España. No se permite la totalización en virtud del artículo 67 del R. 1408.

**SENTENCIA de 3-5-94. RJ 1994\3990**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2988/1993

PENSION DE JUBILACION; base reguladora: cotizaciones en España y Alemania. Rechazo de las bases mínimas y máximas, ratificación de la doctrina de las BASES MEDIAS.

**SENTENCIA de 18-5-94. RJ 1994\4216**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3673/1993

PENSION DE JUBILACION; base reguladora: cotizaciones en España y Alemania. BASES MEDIAS.

**1995**

**SENTENCIA de 30-1-1995. RJ 1995\529**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1910/1994

PENSION DE JUBILACION; CALCULO de la base reguladora: cotizaciones en España y Francia. BASES MEDIAS

**SENTENCIA de 3-3-1995. RJ 1995\1743**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1772/1994

PENSION DE INVALIDEZ; CALCULO de la base reguladora: cotizaciones en España y Alemania. BASES MEDIAS.

**SENTENCIA de 27-3-1995. RJ 1995\2560**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 658/1994

PENSION DE JUBILACION; base reguladora: cotizaciones en España y Francia. BASES MEDIAS. CON POSTERIORIDAD A LA REFORMA DEL R. 1408 por el R. 1248/92 y aplicación del Anexo VI.D.4°. Se rechaza planteamiento de CUESTION PREJUDICIAL. VOTOS PARTICULARES.

**SENTENCIA de 19-6-1995. RJ 1995\5202**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 747/1994

PENSION DE JUBILACION; CALCULO de la base reguladora: cotizaciones en España y Alemania. BASES MEDIAS.

**SENTENCIA de 7-10-1995. RJ 1995\7586**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3646/1994

PENSION DE JUBILACION; base reguladora: cotizaciones en España y Alemania. BASES MEDIAS.

**SENTENCIA de 17-11-1995. RJ 1995\9302**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 831/1995

PENSION DE INVALIDEZ; base reguladora: cotizaciones en España y Alemania. BASES MEDIAS. CON POSTERIORIDAD A LA REFORMA DEL R. 1408 por el R. 1248/92 y aplicación del Anexo VI.D.4°. Se rechaza planteamiento de CUESTION PREJUDICIAL

**1996**

**SENTENCIA DEL TC DE 25-3-96 RTC 1996/45**

Recurso de Amparo núm. 2024/1993

TRADUCCIÓN DE DOCUMENTOS: Aplicación directa del artículo 84.4 del R. 1408, traducción de oficio, y artículo 601 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, traducción por la parte. Derecho de configuración legal. Interpretación correcta desde el punto de vista constitucional. VOTO PARTICULAR.

**SENTENCIA de 30-5-96. RJ 1996\4707**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3300/1995

BASE REGULADORA. BASES MEDIAS.

*\*\*\* 12-9-1996 STJCE Asunto Lafuente Nieto (C-251/94)*

**SENTENCIA de 5-12-96. RJ 1996\9060**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1879/1995

PENSION DE INVALIDEZ. BASE REGULADORA. BASES MEDIAS. FºJº 2º Resumen de doctrina del TS. CONSIDERANDO EL ANEXO VI.D.4º del R. 1408 y la STSJ sobre el Asunto LAFUENTE

**1997**

**SENTENCIA de 17-1-1997. RJ 1997\558**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3288/1995

PENSION DE JUBILACION; BASE REGULADORA. BASES MEDIAS. FºJº 3º Resumen de doctrina del TS.

*\*\*\* 20-2-1997 STJCE sobre el Asunto Martínez Losada y otros (C-88, C-102, C-103/95)*

**SENTENCIA de 12-2-1997. RJ 1997\1259**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1876/1995

PENSION DE JUBILACION; BASE REGULADORA. FºJº 2º rechaza planteamiento de CUESTION PREJUDICIAL. FºJº 3º Resumen de doctrina del TS, reitera la STS de 17-1-97 (RJ 1997/558) y RECHAZA BASES MAXIMAS.

**SENTENCIA de 21-2-1997. RJ 1997\1574**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2699/1996

PENSION DE JUBILACION; COMPUTO A EFECTOS DEL PERIODO DE CARENCIA DE LAS COTIZACIONES DELEGADAS REALIZADAS POR EL INEM DURANTE LA PERCEPCIÓN DE UN SUBSIDIO POR DESEMPLEO.

*\*\*\* 17-3-97 Auto (RJ 1997/2566) del TS planteando Cuestión prejudicial ante el TJCE en el marco del Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2062/1996, que dio lugar al Asunto Grajera Rodríguez (C-153/97)*

**SENTENCIA de 5-5-1997. RJ 1997\3650**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3254/1996

PENSION DE JUBILACION; CONVENIO BILATERAL HISPANO-MARROQUI. Límite a la responsabilidad de anticipo de la Entidad Gestora española, obligación de abonar tan sólo el porcentaje correspondiente.

**SENTENCIA de 23-6-1997. RJ 1997\6131**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2878/1996

ACCESO A PENSION DE JUBILACION; CONVENIO BILATERAL HISPANO-SUIZO: necesidad de haber trabajado en ambos países para totalizar. INAPLICACION DEL R. 1408. Inexistencia de contradicción.

**SENTENCIA de 15-7-1997. RJ 1997\6348**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 171/1997

PENSION DE INVALIDEZ; BASE REGULADORA. BASES MEDIAS. CONSIDERANDO EL ANEXO VI.D.4º del R. 1408 y la STSJ sobre el Asunto LAFUENTE. FºJº 2º Resumen doctrina del TS.

*\*\*\* 9-10-97 STJCE sobre el Asunto Naranjo Arjona (C-31, C-32 y C-33/96)*

**SENTENCIA de 17-12-1997. RJ 1997\9841**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4130/1996

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. ASUME LA PREVALENCIA DE LA DOCTRINA DE LA STJCE sobre el Asunto Martínez Losada de 20-2-97. Inaplicación del artículo 48.1 del R. 1408 a una prestación por desempleo, imposibilidad de exigir un año de cotización española. Permite la totalización en el marco del artículo 67.3 del R.1408.

**1998**

**SENTENCIA de 7-5-1998. RJ 1998/4584**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4630/1996

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. ASUME LA PREVALENCIA DE LA DOCTRINA DE LA STJCE sobre el Asunto Martínez Losada de 20-2-97. Inaplicación del artículo 48.1 del R. 1408 a una prestación por desempleo, imposibilidad de exigir un año de cotización española. Cumplimiento del artículo 67.3 del R. 1408 con los períodos de cotización delegada realizados por el INEM durante la percepción de un subsidio para emigrantes retornados. Requisito de acceso al Subsidio para mayores de 52 años. Acredita derecho expectante a pensión de jubilación francesa salvo la edad.

**SENTENCIA de 18-6-1998. RJ 1998/5409**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2989/1997

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. ASUME LA PREVALENCIA DE LA DOCTRINA DE LA STJCE sobre el Asunto Martínez Losada de 20-2-97. Inaplicación del artículo 48.1 del R. 1408 a una prestación por desempleo, imposibilidad de exigir un año de cotización española. TOTALIZACION: Cumplimiento del artículo 67.3 del R. 1408 con los períodos de cotización delegada realizados por el INEM durante la percepción de un subsidio para emigrantes retornados. Requisito de acceso al Subsidio para mayores de 52 años, aprecia el derecho expectante a una pensión de jubilación alemana, salvo requisito de la edad.

**SENTENCIA de 21-9-1998. RJ 1998/8546**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 5049/1997

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. ASUME LA PREVALENCIA DE LA DOCTRINA DE LA STJCE sobre el Asunto Martínez Losada de 20-2-97. Inaplicación del artículo 48.1 del R. 1408 a una prestación por desempleo, imposibilidad de exigir un año de cotización española. TOTALIZACION Cumplimiento del artículo 67.3 del R. 1408 con los períodos de cotización delegada realizados por el INEM durante la percepción de un subsidio para emigrantes retornados. Requisito de acceso al Subsidio para mayores de 52 años: cumplimiento de 15 años de cotización <comunitaria> siendo irrelevante el derecho expectante a una pensión de jubilación holandesa, salvo requisito de la edad.

**SENTENCIA de 13-10-1998. RJ 1998\7810**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 507/1998

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. Inaplicación del artículo 48 del R. 1408. Se asume doctrina de STS de 17-12-1997 (RJ 1997/9481 y STJCE Martínez Losada de 20-2-1997

**SENTENCIA de 19-10-1998. RJ 1998/7869**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 41/1998

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. Asume la doctrina sentada en la STS de 21-9-98 (RJ 1998/8546). VOTO PARTICULAR: defendiendo la aplicación indirecta del artículo 48 del R. 1408, al totalizar los 15 años.

**SENTENCIA de 13-11-1998. RJ 1998\9745**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 8/1998

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. Inaplicación del artículo 48 del R. 1408. Se asume doctrina de STS de 17-12-1997 (RJ 1997/9481 y STJCE Martínez Losada de 20-2-1997.

**SENTENCIA de 19-11-1998. RJ 1998\10007**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 141/1998

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. Se exige cotizaciones <comunitarias> durante 15 años asume doctrina de STS de 21-9-98 (RJ 1998/8546).

**SENTENCIA de 3-12-1998. RJ 1998\10194**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 958/1998

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. Se exige cotizaciones <comunitarias> durante 15 años asume doctrina de STS de 21-9-98 (RJ 1998/8546) y STS de 19-10-1998 (RJ 1998/4584).

\*\*\* 17-12-1998 STJCE sobre el Asunto Grajera Rodriguez (C-153/97)

**1999**

**SENTENCIA de 8-2-1999. RJ 1999\1589**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 1055/1998

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS: innecesario el requisito de un año mínimo de cotización a la SS española: cuotas abonadas en Estados miembros de la UE y en España. JURISPRUDENCIA: prevalencia de la del TJCE sobre la del TS.

**SENTENCIA de 9-2-1999. RJ 1999\1685**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 2051/1998

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS: innecesario el requisito de un año mínimo de cotización a la SS española: cuotas abonadas en Estados miembros de la UE y en España. JURISPRUDENCIA: prevalencia de la del TJCE sobre la del TS.

\*\*\* 25-2-1999 STJCE sobre el Asunto Ferreiro Alvite (C-320/95)

**SENTENCIA de 8-3-1999. RJ 1999\6731**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 959/1998

PENSION DE JUBILACION: cuantía, cotizaciones en distintos Estados miembros. Inexistencia de contradicción.

**SENTENCIA de 9-3-1999. RJ 1999\2755 (PLENO)**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 2062/1996

PENSION DE JUBILACION: base reguladora: trabajadores emigrantes españoles en la UE: cotizaciones Previas en España y posteriores en Alemania: normativa aplicable. VOTOS PARTICULARES. **RESUELVE ASUNTO ARISTOTELES GRAJERA**

**SENTENCIA de 10-3-1999. RJ 1999\2910**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3796/1997

PENSION DE INVALIDEZ: base reguladora: trabajadores emigrantes españoles en la UE: cotizaciones previas en España y posteriores en Alemania: normativa aplicable.

**SENTENCIA de 12-3-1999. RJ 1999\3750**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3792/1996

PENSION DE INVALIDEZ: base reguladora: trabajadores emigrantes españoles en la UE: cotizaciones previas en España y posteriores en Alemania: normativa aplicable.

**SENTENCIA de 15-3-1999. RJ 1999\3226**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3377/1997

PENSION DE JUBILACION: cuantía: servicios prestados en Estados miembros de la UE. Inexistencia de contradicción: sentencias amparadas en distinta normativa;

**SENTENCIA de 15-3-1999. RJ 1999\3227**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 309/1997

PENSION DE JUBILACION: base reguladora: trabajadores emigrantes españoles en la UE. Inexistencia de contradicción: sentencias amparadas en distinta normativa.

**SENTENCIA de 15-3-1999. RJ 1999\3751**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3016/1996

PENSION DE JUBILACION: base reguladora: trabajadores emigrantes españoles en la UE: cotizaciones previas en España y posteriores en Alemania: normativa aplicable.

**SENTENCIA de 16-3-1999. RJ 1999\3753**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 2921/1996

PENSION DE JUBILACION: base reguladora: trabajadores emigrantes españoles en la UE: cotizaciones previas en España y posteriores en Alemania: normativa aplicable.

**SENTENCIA de 25-3-1999. RJ 1999\3517**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 1003/1998

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS:: innecesario el requisito de un año mínimo de cotización a la SS española: cuotas abonadas en Estados miembros de la UE y en España.

**SENTENCIA de 30-3-1999. RJ 1999\3773**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 2410/1998

PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE LA SS A SUBDITOS MARROQUIES: concesión: supuestos y requisitos: normativa aplicable.

**SENTENCIA de 7-4-1999. RJ 1999\4398**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 2050/1998

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS: innecesario el requisito de un año mínimo de cotización a la SS española: cuotas abonadas en Estados miembros de la UE y en España.

**SENTENCIA de 15-4-1999. RJ 1999\4406**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 982/1998

PENSION DE JUBILACION: base reguladora: trabajadores emigrantes españoles en la UE: cotizaciones previas en España y posteriores en Alemania: normativa aplicable

**SENTENCIA de 4-5-1999. RJ 1999\4701**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 557/1997

PENSION DE JUBILACIÓN. Cotizaciones en España y Bélgica. Inexistencia de contradicción.



**SENTENCIA de 7-5-1999. RJ 1999\4712**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3071/1997

PENSION DE INVALIDEZ: base reguladora: trabajadores emigrantes españoles en la UE: cotizaciones previas en España y posteriores en Alemania: normativa aplicable.

**SENTENCIA de 11-5-1999. RJ 1999\4716**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3889/1997

PENSION DE INVALIDEZ. BASE REGULADORA. TRABAJADOR MIGRANTE EN ALEMANIA. Inexistencia de contradicción; cuestión nueva: no planteada en suplicación.

**SENTENCIA de 11-5-1999. RJ 1999\4720**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 4392/1997

PENSION DE INVALIDEZ: base reguladora: trabajadores emigrantes españoles en la UE: cotizaciones en España y en otro país comunitario

**SENTENCIA de 11-5-1999. RJ 1999\4724**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 4659/1997

UNIFICACION DE DOCTRINA: inexistencia de contradicción; trabajadores emigrantes en Alemania: base reguladora de la pensión de invalidez.

**SENTENCIA de 11-5-1999. RJ 1999\5782**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 669/1997

BASE REGULADORA: trabajadores migrantes españoles en la UE: cotizaciones en España y Alemania: normativa aplicable.

**SENTENCIA de 17-5-1999. RJ 1999\4828**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 799/1998

Carácter y finalidad del Recurso de Casación para la UNIFICACION DE DOCTRINA: motivos no denunciados en suplicación; inexistencia de contradicción; trabajadores españoles migrantes en la UE: base reguladora de la pensión de jubilación.

**SENTENCIA de 1-6-1999. RJ 1999\5061**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 1328/1998

PRESTACIONES DE SS MUERTE Y SUPERVIVENCIA: base reguladora: trabajadores migrantes españoles en la UE: cotizaciones previas en España y posteriores en Alemania: normativa aplicable.

**SENTENCIA de 7-6-1999. RJ 1999\5203**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 4246/1997

PENSION DE JUBILACION: base reguladora: trabajadores emigrantes españoles en la UE: cotizaciones previas en España y posteriores en Alemania: normativa aplicable.

**SENTENCIA de 7-6-1999. RJ 1999\5205**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3713/1997

PENSION DE JUBILACION: base reguladora: trabajadores emigrantes españoles en la UE: cotizaciones previas en España y posteriores en Alemania: normativa aplicable.

**SENTENCIA de 21-6-1999. RJ 1999\5226**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3772/1998

PENSION DE JUBILACION: base reguladora: trabajadores emigrantes españoles en la UE: cotizaciones previas en España y posteriores en Alemania: normativa aplicable. SOBRE PERVIVENCIA DE ACUERDOS BILATERALES PREEXISTENTES AL R.1408.

**SENTENCIA de 27-9-1999. RJ 1999\9408**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3643/1998

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS: innecesario el requisito de un año mínimo de cotización a la SS española. Exigencia de <cotización comunitaria>de quince años para acceder a subsidio para mayores de 52 años.

**SENTENCIA de 29-9-1999. RJ 1999\9099**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3644/1998

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS:: innecesario el requisito de un año mínimo de cotización a la SS española. Cuotas abonadas en Estados miembros de la UE y en España. Incomprensible: no existe vinculación del migrante con la SS española

**SENTENCIA de 30-9-1999. RJ 1999\7869**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 4300/1998

PENSION DE JUBILACION: base reguladora: trabajadores emigrantes españoles en la UE: cotizaciones en España y en otro país comunitario.

**SENTENCIA de 15-10-1999. RJ 1999\7494**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 2876/1998

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS: Innecesario el requisito de un año mínimo de cotización a la SS española: cuotas abonadas en Estados miembros de la UE y en España. Incomprensible: no existe vinculación del migrante con la SS española.

**SENTENCIA de 28-10-1999. RJ 1999\9106**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 4601/1998

SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS: resume, aclara y precisa la doctrina de la Sala a partir de la STS 17-12-97 a STS de 7-4-97.

**SENTENCIA de 28-10-1999. RJ 1999\8413**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 4458/1998

PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE LA SS A SUBDITOS MARROQUIES: concesión: supuestos y requisitos: normativa aplicable.

**SENTENCIA de 7-12-1999. RJ 1999\9693**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 1202/1999

PENSION DE JUBILACION A TRABAJADORES MIGRANTES: porcentaje: determinación: exclusión de cotizaciones ficticias o reducidas por razón de edad; trabajadores del mar. Incongruencia: se pronuncia sobre incompatibilidad en las pensiones. Cita preceptos comunitarios derogados como vigentes.

**2000**

**SENTENCIA de 20-1-2000. RJ 2000\984**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 2516/1997

PENSION DE JUBILACION: base reguladora: trabajadores emigrantes españoles en la UE: cotizaciones en España y posteriores en Alemania: normativa aplicable. RESUMEN DOCTRINA del TS tras STJCE sobre el Asunto Grajera Rodríguez.

**SENTENCIA de 25-2--2000. RJ 2000\2238**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 1474/1999

INVALIDEZ PERMANENTE: Integración de lagunas para una persona encuadrada en el Régimen Especial de empleados del hogar.

**SENTENCIA de 28-2-2000 RJ 2000\2241.**

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm. 519/1999

PENSION DE JUBILACION: porcentaje aplicable: cotizaciones ficticias: inaplicación a funcionarios públicos interinos.

**SENTENCIA de 30-5-2000 RJ 2000/5895**

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm. 2816/1999

PENSION DE JUBILACION: cálculo base reguladora. RESUMEN DOCTRINA del TS previa a la STJCE sobre el Asunto Grajera Rodríguez.

**SENTENCIA de 13-6-2000 RJ 2000/7170**

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm. 3238/1999

PENSION DE JUBILACION. Inexistencia de contradicción. Porcentaje: exclusión de cotizaciones ficticias por razón de edad.

**2001**

**SENTENCIA de 15-01-2001. RJ 2001/768**

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm. 381/2000

EMPRESA/EMPRESARIO trabajadores españoles en un buque que enarbola pabellón de un Estado miembro

**SENTENCIA de 30-04-2001. RJ 2001/5131**

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm.2686/2000

PENSION DE JUBILACION. BASE REGULADORA.

**SENTENCIA de 26-06-2001 (PLENO). RJ 2001/6834**

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm.1156/2000

PENSION DE JUBILACION. REGIMEN ESPECIAL DEL MAR. CALCULO DE LA PRORRATA TEMPORIS: computo de los períodos de cotización concedidos en función de la edad a 1-8-1970. DOCTRINA QUE SE REITERA EN LOS PRONUNCIAMIENTOS POSTERIORES.

**SENTENCIA de 5-07-2001. RJ 2001/7309**

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm.4812/2000

PENSION DE JUBILACION. REGIMEN ESPECIAL DEL MAR. CALCULO DE LA PRORRATA TEMPORIS: computo de los períodos de cotización concedidos en función de la edad a 1-8-1970.

**SENTENCIA de 18-09-01. RJ**

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm. 3978/2000

PENSION DE JUBILACION. COMPUTO DE PERIODOS FICTICIOS DE LA D.T. 2 de la OM de 18-1-67. Falta de contradicción.

**SENTENCIA de 9-10-2001. RJ 2001/1475**

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm. 3629/2000

PENSION DE JUBILACION. REGIMEN ESPECIAL DEL MAR. CALCULO DE LA PRORRATA TEMPORIS: computo de los períodos ficticios <por edad a 1-8-1970>; negativa de que se computen los períodos ficticios <por bonificación>. Error: Efectos en la prorrata del límite a la totalización en la cuantía teórica (F°J° 3°.4)

**SENTENCIA de 11-10-01. RJ 2002/1501**

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm. 1115/2001

PENSION DE JUBILACION. BASE REGULADORA. Cotizaciones en España e Italia.

Cálculo de la PRORRATA, cómputo de períodos ficticios: reitera doctrina STS de 26-6-01

**SENTENCIA de 15-11-2001. RJ 2001/9760**

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm. 2466/2000

PENSION DE JUBILACION. Cotizaciones en España y Alemania. BASE REGULADORA. PORCENTAJE APLICABLE.

**2002**

**SENTENCIA de 25-02-2002. RJ**

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm. 1342/2001

PENSION DE INVALIDEZ. Cotizaciones en España y Francia. No existe contradicción.

Distinción entre legislaciones Tipo A y Tipo B en el marco del R. 1408

**SENTENCIA de 16-05-2002. RJ**

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm. 3627/2001

PENSION DE JUBILACION. Cotizaciones en España y Alemania. BASE REGULADORA.

APLICACIÓN DE CONVENIO BILATERAL: BASES MEDIAS

**SENTENCIA de 28-05-2002**

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm. 8/2838/2001

PENSION DE JUBILACION. REGIMEN ESPECIAL DEL MAR. BASE REGULADORA:

cotizaciones en España, Holanda y Alemania. CALCULO DE LA PRORRATA COMPUTO DE PERIODOS FICTICIOS: reitera doctrina, la sentada en la STS de 26-6-01 respecto del cómputo de las <cotizaciones ficticias por edad> y la sentada en la STS de 9-10-01 respecto del no cómputo de las <cotizaciones ficticias por bonificación>.

## BIBLIOGRAFIA

## MONOGRAFIAS

**AGUSTI JULIA, Jordi.** “Vejez, muerte y supervivencia. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” /en/ VVAA. *La Seguridad Social de Internacional: Convenios bilaterales y derecho Comunitario*. CGPJ. Madrid. 1994.

**ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón.** “La financiación de la Seguridad Social”/en/ VV.AA. *La Reforma de las pensiones de 1997*. Marcial Pons. Madrid. 1999.

**ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón** “La Carta comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores y el Protocolo 14 de Maastricht” /en/ VV.AA (**MORENO, Luis; compilador**) *Unión Europea y Estado del Bienestar*. Consejo de Investigaciones Científicas. Instituto de Estudios Sociales Avanzados. Madrid 1997.

**ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón.** “Hacia el Derecho de la Protección Social” /en/ VV.AA. **LOPEZ LOPEZ, Julia (coord)**. *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*. Marcial Pons. Madrid. 1996.

**ALONSO GARCIA, R.** *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*. Cívitas. Madrid. 1989.

**ALVAREZ CORTES, J.C.** *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*. Técno. ACARL. Madrid. 2001.

**APARICIO TOVAR, Joaquín.** “Sobre la jubilación forzosa impuesta por Ley”. /en/ VV.AA. *La Reforma de las pensiones de 1997*. Marcial Pons. Madrid. 1999.

**APROBERTS Lucy; REYNAUD Emmanuel.** *Les systèmes de retraite à l'étranger: Etats-Unis, Allemagne, Royaume-Uni*. IRES. Paris.

**ARCE GOMEZ, Francisca** “Libre circulación de trabajadores. Año 1993. Países de la EFTA” (Comunicación) /en/ VV.AA. *Derecho Social Comunitario*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid 1992.

**BALDWIN, Peter.** *The Politics of Social Solidarity.(Class Bases of the European Welfare State 1875-1975)*. Cambridge University Press. Cambridge. 1990.

**BEDEE, Hen et alii.** *The International guide to Social Security: a country by country overview*. Kluwer (Etudes comparatives). The Hague, The Netherlands. 1995.

**BERCUSSON, Brian.** *European labour law*. Butterworths. London. Charlottesville. 1996.

**BERCUSSON, Brian.** *Fundamental social and economic rights in the European Community*. European Institute. Florence. 1989.

**BERGHMAN, J. et alii.** *Social Security Taxation and Europe*. Maklu. Antwerpen. 1993.

**BLANPAIN, Roger; JAVILLIER, Jean-Claude.** *Droit du travail communautaire*. 2ª ed. LGDJ. Paris 1995.

**BLANPAIN, Roger, ENGELS, Chris.** *European Labour Law*. 3ª ed. Kluwer. The Netherlands. 1995.

- BONNET, René.** *La Protection sociale des personnes à l'étranger.* Litec. France. Paris. 1991.
- BOSSCHER, Annette.** “Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la perspectiva del establecimiento del Mercado Interior” /en/ **VV.AA.** *Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Unico Europeo.* Col. Seguridad Social. MTSS. Madrid. 1993.
- BOTANA LOPEZ, José María.** “La libertad de circulación de los trabajadores comunitarios y de los países con Tratados de asociación”. /en/ **VV.AA.** *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho Comunitario.* CGPJ. Madrid. 1997
- BROCAS, Anne Marie.** *L'évolution des systemes de protection sociale: etat de la recherche en France et en RFA.* Cirac. Paris. 1992.
- CACHON VILLAR, Pablo.** “Recepción del Derecho social comunitario por los órganos jurisdiccionales españoles”. /en/ **VV.AA.** *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho Comunitario.* CGPJ. Madrid. 1997
- CAMMILLERI, Anne-Françoise.** *La protection social en Europe: étude de Droit Public Comparé.* GLN-Joly. Paris. 1993.
- CAMOS VICTORIA, Ignacio.** *La configuración de la prestación de jubilación en el Régimen Contributivo de la Seguridad Social.* Tesis inédita leída en el año 2000 en la Universidad de Girona. Dirigida por el Dr. Rojo Torrecilla, Eduardo. Ejemplar fotocopiado. (Texto completo en <http://www.tdcat.cesca.es/TDCat-0307102-132025/>.)
- CAMOS VICTORIA, Ignacio.** “Determinación de la base reguladora y cálculo de la nueva prestación de jubilación con cotizaciones en distintos Estados de la Unión Europea.” /en/ **VV.AA.** *La Reforma de las pensiones de 1997.* Marcial Pons. Madrid. 1999.
- CARRASCOSA BERMEJO, Dolores.** “Cálculo de la pensión de jubilación contributiva española en el marco de la coordinación comunitaria: determinación de la base reguladora.” /en/ **VV. AA.** *Pensiones Sociales. Problemas y Alternativas.* IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Parte I. MTAS. Madrid. 1999.
- CARRASCOSA BERMEJO, Dolores.** “El sistema de cálculo contributivo en el marco de la nueva pensión de jubilación italiana” /en/ **VV.AA.** *La Reforma de las pensiones de 1997.* Marcial Pons. Madrid. 1999.
- CASAS ALVAREZ, Francisco Javier.** “Ambito personal del Reglamento 1408/71 de las Comunidades Europeas y de la Seguridad Social española” /en/ **VVAA.** *La Seguridad Social española y la adhesión a las Comunidades europeas. Problemas de armonización y coordinación.* IESS. Madrid 1981.
- CEBRIAN BADIA, Francisco Javier.** “Campo de aplicación de la seguridad social en el ordenamiento comunitario. Pensiones y otras prestaciones.” /en/ **VV.AA.** *Derecho Social Comunitario.* Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid 1992.

- CES (CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL)** *El futuro de la protección social en Europa*. Reunión de los Presidentes y Secretarios Generales de los Consejos Económicos y Sociales de la Unión Europea, 16 y 17 de noviembre de 1994. CES. Madrid 1994.
- CHASSARD, Ives.** “El mercado único y el desarrollo de los sistemas de Seguridad Social”. /en/ *Los sistemas de Seguridad y el mercado único europeo*. (Seminario Santander 5-9 Agosto de 1991.) MTSS. Madrid. 1992.
- CHAUCHARD, J.P.** *Droit de la Sécurité Sociale*. LGDJ. Paris. 1994.
- CHOLEWINSKI, Ryszard.** *Migrant Workers in International Human Rights Law*. Clarendon Press. Oxford. 1997.
- COLINA ROBLEDO, Miguel; RAMIREZ MARTINEZ, Juan M.; SALA FRANCO, Tomas.** *Derecho Social Comunitario*. 2ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995.
- COLINA ROBLEDO, Miguel.** “Desempleo y prestaciones familiares” /en/ **VVAA.** *La Seguridad Social de Internacional: Convenios bilaterales y derecho Comunitario*. CGPJ. Madrid. 1994.
- COMISION EUROPEA.** *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre: “Resultados de la tercera fase de SLIM y seguimiento de la aplicación de las recomendaciones de las fases primera y segunda”*. COM (1999) 88 final.
- COMISIÓN EUROPEA (MISSOC-INFO) Direction Générale de l’emploi & affaires sociales.** *Evolution de la protection sociale dans les Etats membres*. OPOCE. Brussels. 2001
- COMISIÓN EUROPEA (MISSOC-INFO).** *Le financement de la sécurité sociale*. OPOCE. Brussels. 2001
- COMISION EUROPEA.** *Informe sobre la protección social en Europa 1999*. COM (2000) 163 final de 21-3-2000.
- COMISIÓN EUROPEA (MISSOC-INFO)** *Evolution of social protection in the Member States of the European Union 2/99*. Brussels. 2000
- COMISIÓN EUROPEA (MISSOC-INFO).** *Long-Term Care*. Brussels. 2000.
- COMISION EUROPEA** *Una estrategia concertada para modernizar la protección social*. COM (1999) 347 final de 14-7-1999.
- COMISIÓN EUROPEA (MISSOC)** *La protection sociale dans les États membres. Situation au janvier 1998 et évolution*. OPOCE. Luxemburgo. 1999.
- COMISION EUROPEA (DG V).** *Normativa comunitaria en materia de Seguridad Social. Sus derechos cuando se desplaza en la Unión Europea*. OPOCE. Luxemburgo. 1999.
- COMISIÓN EUROPEA (Informe)** *La protección social en Europa en 1997. Resumen*. COM (1998) 243 final.
- COMISIÓN EUROPEA (Comunicación)** *Modernización y mejora de la protección social en la Unión Europea*. COM (1997) 102 final.
- COMISIÓN EUROPEA (MISSOC).** *La protección social en Europa*. Luxemburgo. OPOCE. Luxemburgo 1996

**COMISIÓN EUROPEA (MISSOC).** *Social Protection in the member States of the Union.* ECSC-EC-EAEC. Brussels. 1995.

**COMISION EUROPEA (Empleo&Asuntos Sociales. Seguridad Social e Integración Social).** *Normativa comunitaria en materia de seguridad social: Sus derechos cuando se desplaza en la Unión Europea.* Comisión Europea (Unidad E-3). OPOCE. Luxemburgo. 2000.

**COMISION EUROPEA.** *Guia Práctica: Sus derechos de seguridad social cuando se desplaza en la Unión Europea.* OPOCE. Luxemburgo 1997. (Traducción de la versión en inglés de 1995.)

**COMISION EUROPEA (DG V).** *Recopilación de disposiciones comunitarias sobre seguridad social. 1994. 4ª ed.* OPOCE. Bruselas-Luxemburgo. 1995.

**COMISION EUROPEA (DG V) TESS Programme:** *Development of telematic services for the co-ordination of European Social Security pilot projects.* OPOCE. Luxemburgo. 1995.

**COMISION EUROPEA (Informe).** “Papel de la Seguridad Social en la perspectiva de la creación del mercado interior en 1992”. /en/ VV.AA. *Convergencia de políticas sociales.* MTSS. Col. Seguridad Social. Madrid. 1993. p. 45-97: 2ª parte.

**COMISION EUROPEA** *Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con la seguridad social de los trabajadores migrantes. Un estudio sistemático.* 1ª ed. MTAS. Madrid. 1997.

**CRISTOFANELLI BROGLIO RAINALDI, Luigi; GRILLI, Caterina.** *Libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea.* ECA Italia Editore. Roma 1995.

**CRUZ ROCHE, Ignacio.** “La protección social en España” /en/ VV.AA. *Los sistemas de Seguridad y el mercado único europeo.* Seminario Santander 5-9 Agosto de 1991. MTSS. Madrid. 1992.

**CRUZ VILLALON, J.; PEREZ DEL RIO, T. (et alii)** *Una aproximación al Derecho Social Comunitario.* Tecnos. Madrid. 2000.

**DAVIES, Paul. et alii.** *European Community Labour law: principles and perspectives. (Liber Admicorum Bill Wedderburn of Charlton).* Clarendon Press. Oxford. 1996.

**DEBUNNE, Georges.** “La vejez y las pensiones” /en/ VV.AA. *Convergencia de políticas sociales.* (Seminario europeo sobre convergencia de políticas sociales: Granada del 13 al 15 de marzo de 1991.) MTSS. Col. Seguridad Social. Madrid. 1993.

**DELEECK, Hermann (coord)** *L'Avenir de la Sécurité Sociale en Europe.* Economica Paris, 1987.

**DESDENTADO BONETE, Aurelio y NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena.** *La Seguridad Social en la Unificación de Doctrina. Una síntesis de jurisprudencia (1991-1996).* Tirant lo Blanch. Valencia 1997.

**DONDERS, P.; PIETERS, D.; SCHOUKENS, P.** *Prospects of Social Security Co-ordination.* Paul Schouken (Ed), Acco. Leuven. 1997.



**DÖRING, Diether.** “Tipos de pensiones de vejez en la Unión Europea” /en/ **VV.AA (MORENO, Luis; compilador)** *Unión Europea y Estado del Bienestar*. Consejo de Investigaciones Científicas. Instituto de Estudios Sociales Avanzados. Madrid 1997

**DUMONT, Jean-Pierre.** *La protection sociale en Europe*. 3 Ed. Economica. Paris. 1995.

**DURAND, Paul.** *La politica contemporanea de Seguridad Social*. MTSS. Madrid 1991. 740 p. (Traducción al español por **VIDA SORIA, José**, de **DURAND, P.** *Politique contemporaine de Sécurité Sociale*. Dalloz. Paris. 1953.)

**EICHENHOFER, E. (ed).** *Social Security of Migrants in the European Union of Tomorrow*, IMIS-Schriften 4. Osnabrück: Universitätsverlag Rach. 1997.

**ESPING ANDERSEN, Gösta.** *The Three worlds of welfare capitalism*. Princeton University Press. 1990.

**ESTEBANEZ ALVAREZ, José.** “Movimientos migratorios en los años sesenta”. /en/ **VV.AA.** *La España del Desarrollo. Años de <boom> económico*. Col Siglo XX Historia Universal. Vol 29. Historia 16. (Col. Temas de Hoy.) Madrid. 1998

**EUROPEAN COMMISSION** *Judgments of the Court of Justice of the European Communities related to social security for migrant workers: a systematic survey*. OPOCE. Luxemburgo. 1995.

**EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS (EFILWC).** “The effects of the new forms of work on social security law” /en/ **EFILWC** *New Forms of Work. Labour Law and Social Security Aspects in the European Community*. OPOCE. Luxemburgo 1988.

**FERNANDEZ de la MATA, Emilio.** “Las prestaciones por desempleo y los trabajadores emigrantes” /en/ **VV.AA.** *Derecho Social Comunitario*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid 1998.

**FERNANDEZ de la MATA, Emilio.** “Cálculo de la base reguladora de las prestaciones de vejez en España, cuando sea preciso totalizar períodos cotizados en dos o más países comunitarios. Sistema previo y posterior a la integración de España en la CEE” /en/ **VV.AA.** *Derecho Social Comunitario*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid 1992

**FERRERAS ALONSO, Fidel.** “Las prestaciones por enfermedad, maternidad e invalidez según el Reglamento comunitario 1408/71” /en/ **VVAA.** *La Seguridad Social de Internacional: Convenios bilaterales y derecho Comunitario*. CGPJ. Madrid. 1994. p. 91-124.

**FERRERAS ALONSO, Fidel.** “Problemas de coordinación comunitaria de la legislación española sobre prestación de incapacidad temporal e invalidez” /en/ **VVAA.** *La Seguridad Social española y la adhesión a las Comunidades europeas. problemas de armonización y coordinación*. IESS. Madrid 1981.

**FIORENZA, Antonino.** *La Giurisprudenza Nazionale e Comunitari di fronte ai problemi d'applicazione dei regolamenti N° 3 e N° 4 sulla sicurezza sociale dei lavoratori migranti*. Roma 1970

**FLORA, Peter; HEIDENHEIMER, Arnold J.** *The Development of Welfare States in Europe and America*. Transaction Books. London. 1981.

**FUNCK, Henri.** “Le minimex et l’aide sociale ordinaire alloués aux étrangers: vers un lien plus étroit avec le droit de séjour? /en/ **JADOUL, Pierre et MIGNON, Eric. (coord)** *Le droit des étrangers, status, évolution européenne, droits économiques et sociaux.* Facultés Universitaires. Saint-Louis. Bruxelles. 1993.

**FUNDACION HISPANIA EUROPA.** *Reflexiones sobre el futuro de la Unión Europea. Jornadas sobre la Conferencia intergubernamental 1996 y el Tratado de Amsterdam. Ponencias y Documentos.* Fundación Hispania-Europa. Octubre-Noviembre 1997.

**GALIANA MORENO, Jesús María.** “Instrumentación jurídica de los objetivos sociales en el marco comunitario” /en/ **VV.AA.** *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho Comunitario.* CGPJ. Madrid. 1997.

**GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, Carlos.** “El Derecho Europeo y la Seguridad Social de las personas de edad”. /en/ **VV.AA. MARIÑO MENENDEZ, Fernando M. (coord.)** *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo.* MTAS. Madrid. 2001.

**GARCIA RODRIGUEZ, Isabel.** *Aspectos internacionales de la Seguridad Social.* Centro Publicaciones MTSS. Madrid. 1991.

**GARCIA ROMERO, M<sup>a</sup> Belen.** *El régimen de invalidez de los emigrantes comunitarios.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2001.

**GARRIDO PEREZ, Eva.** “La noción de trabajador beneficiario de la protección social comunitaria”/en/ **VV.AA.** *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad.* (VII Jornadas Catalanas. 23-24 noviembre 1995). Marcial Pons. Madrid. 1996.

**GIL MEANA, María Luisa.** “Consideraciones sobre los conceptos de “nacionalidad” y “territorialidad” respecto de la libertad de circulación de los trabajadores por cuenta ajena” (comunicación) /en/ **VV.AA.** *Derecho Social Comunitario.* Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid 1992. p. 365-378.

**GOLLOT, Annie-Paule.** *Droit Social et protection sociale des expatriés dans la CEE.* Dalloz (Col Gestion pratique-social). 1993.

**GOMEZ MUÑOZ, J.M.** *Libre circulación de trabajadores en el empleo público: adecuación comunitaria del ordenamiento jurídico español.* CES. Madrid. 1996.

**GOMEZ MUÑOZ, J.M; RODRIGUEZ RAMOS, P.** “Bases del sistema de Seguridad Social en la Unión Europea” /en/ **VV.AA. (CRUZ VILLALON, J.; PEREZ DEL RIO, T. <coordinadores>)** *Una aproximación al Derecho Social Comunitario.* Tecnos. Madrid. 2000.

**GOMIS DIAZ, Pedro.** “La libre circulación de trabajadores” /en/ *Aspectos sociales de la integración de España en las Comunidades Europeas.* Instituto de Estudios del Ministerio de Trabajo. Madrid 1979.

**GONZALEZ ORTEGA, Santiago.** “La libertad de circulación de trabajadores” (capítulo tercero) /en/ **VV.AA. ILLESCAS ORTIZ, Rafael. (director).** *Derecho Comunitario Económico (Vol I). Las libertades Fundamentales.* Colex. Madrid. 2001

**GONZALEZ ORTEGA, Santiago.** “El establecimiento del Mercado Unico y el sistema español de pensiones de Seguridad Social” /en/ **AA.VV.** *Los Sistemas de Seguridad Social y el Mercado Unico Europeo.* MTSS. Madrid 1993.

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** *Introducción al Derecho Internacional español de la Seguridad Social.* CES. Madrid. 1995.

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “Las pensiones no contributivas en Europa” /en/ VV.AA. *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales.* MTSS. Madrid 1992.

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo y GONZALEZ-SANCHO LOPEZ, E.** *Consideraciones en torno a la interpretación y aplicación de los Convenios Internacionales de Seguridad Social. (Prólogo de VIDA SORIA, José)* Mutualismo Laboral. Madrid 1975.

**GOSSERIES, Philippe.** “L’influence de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de sécurité sociale des migrants sur un droit interne de la sécurité sociale au sens large: le cas de la Belgique”. /en/ VVAA *Cents ans de droit social belge offerts a Louis Duchatelet.* Université libre de Bruxelles. Institut d’études européennes. Bruxelles 1987.

**GRUBER, Jonathan; WISE, David A.** *Social Security and Retirement around the world.* University of Chicago Press. Chicago. 1999.

**GUGGENBUHL, Alain, LECLERC, Stéphane.** *Droit Social Europeen des travailleurs salariés et indépendants. Recueil de la Legislation et de la jurisprudence de l’Union Europeenne.* Bruylant. Bruxelles. 1995.

**GUY, Isaac.** *Manual de Derecho comunitario general.* Ariel Derecho. 4ª ed. Barcelona. 2000.

**GUY, Isaac.** *Manual de Derecho comunitario general.* Ariel Derecho. 3ª ed. Barcelona. 1995.

**HANOTIAU, Bernard.** *Les problèmes de sécurité sociale des travailleurs migrants.* Maison Ferdinand Larcier. Bruxelles. 1973.

**HANSEN, Hans.** *Elements of Social Security in 6 European Countries. A comparison covering: Denmark, Sweden, Finland, Germany, Great Britain and The Netherlands.* The Danish National Institute of Social Research. Copenhagen 1997.

**HEIKKILÄ, Matti; KESKITALO, Elsa (eds).** *Social Assistance in Europe: A comparative study on minimum income in seven European countries. Synthesis Report.* STAKES (National Research and Development Centre for Welfare and Health). Helsinki. 2001.

**HERCE, J. A.,** “Las pensiones complementarias y la libre circulación de los trabajadores en la CEE” /en/ VV.AA. *Los Sistemas de Seguridad Social y el Mercado Unico Europeo.* MTSS. Madrid 1993.

**HINE, David; KASSIM, Hussein. (et alii)** *Beyond the Market: the European Union and National Social Policy.* Routledge. London. 1998.

**IGLESIA CABERO, Manuel** “La cuestión prejudicial y la técnica de su planteamiento” /en/ VV.AA. *Derecho Social Comunitario.* Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid 1992.

**JACOB, Ralf.** “La evolución de los gastos sociales en Europa: ¿existen límites?” /en/ *Los sistemas de Seguridad y el Mercado Unico Europeo.* (Seminario Santander 5-9 Agosto de 1991). MTSS. Madrid. 1992.

- JIMENEZ FERNANDEZ, Adolfo.** “El sistema de pensiones de seguridad social” /en/ **VV.AA.** *Europa en el movimiento demográfico. Los sistemas de pensiones y la evolución demográfica.* MTSS. (Col SS. Nº 9). Madrid. 1993.
- KAZEPOV, Yuri; SABATINELLI, Stefania.** *How Generous Social Assistance Schemes are? A Comparative Analysis of Benefit Levels.* STAKES. National Research and Development Centre for Welfare and Health. Helsinki. 2001
- LANFRANCHI, Marie-Pierre.** *Droit Communautaire et travailleurs migrants des Etats Tiers. Entrée et Circulation dans la Communauté Européenne.* Centre d’Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires. Université d’Aix-Marseille III. Economica. Paris. 1994.
- LANGENDOCK, P.** “El papel de los sistemas de Seguridad Social en la creación del mercado europeo” /en/ **AA.VV.** *Los Sistemas de Seguridad Social y el Mercado Unico Europeo.* MTSS. Madrid 1993.
- LAROQUE, Michel.** “Coordination et convergence des systèmes de sécurité sociale des Etats membres de la CE”. /en/ **VV.AA. (RODIERE, Pierre. Editor)** *La citoyenneté européenne face au droit social et droit du travail.* ERA. Bundesanzeiger. 1997.
- LEVI SANDRI, L.** “La sicurezza sociale dei lavoratori migranti nella Comunità Economica Europea” /en/ *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro.* 1971. Vol III. p.944 y ss.
- LHERNOULD, Jean-Philippe.** *La notion de prestation de Sécurité Sociale en droit communautaire.* Thèse Orleans. 1997.
- LLORENTE ALVAREZ, Alberto.** *Las pensiones de invalidez en los Reglamentos Comunitarios de coordinación.* Tesis inédita, ejemplar fotocopiado. Dirigida por **TORTUERO PLAZA, Jose Luis.** Universidad Complutense. Madrid. 1997.
- LOPEZ CUMBRE, Lourdes.** *La prejubilación.* Universidad Autónoma de Madrid. Cívitas. Madrid.1998.
- LOPEZ LOPEZ, Julia.** “La coordinación de sistemas como modelo comunitario de Seguridad Social.” /en/ **VV.AA.** *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad.* (VII Jornadas Catalanas. 23-24 noviembre 1995). Marcial Pons. Madrid. 1996.
- LOPEZ LOPEZ, Julia.** *Seguridad Social Comunitaria y Jurisprudencia Española.* Civitas. Madrid 1996.
- LOUIS, Jean Victor.** “L’accès des ressortissants communautaires aux emplois publics” /en/ **VVAA** *Cents ans de droit social belge offerts a Louis Duchatelet.* Université libree de Bruxelles. Institut d’études européennes. Bruxelles 1987
- LYON-CAEN, Gerard et LYON-CAEN, Antoine.** *Droit Social international et européen,* 8ªed. Dalloz. Paris, 1993.
- LYON-CAEN, Gerard.** *Les Relations de travail internationales.* Ed. Liaisons. Paris, 1991.
- LYON-CAEN, Antoine.** “Droit Social et Droit de la Concurrence, observations sur une rencontre”. /en/ **VV.AA.** *Les orientations du Droit Contemporain. Ecrits en l’honneur de Jean Savatier.* (Mélanges Jean Savatier). PUF. Paris. 1992.
- MAGNO, Pietro.** *Il lavoro all’estero.* Cedam. Padova. 1990.

**MARIN CORREA, José María.** “Perspectiva General de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes” /en/ *II Jornadas sobre Comunidades Europeas. La cohesión económica y social.* Universidad de Sevilla y Junta de Andalucía. Sevilla 1994.

**MARTIN MENDIZABAL, María Eugenia.** “Prestaciones por enfermedad y maternidad exportación de prestaciones. Vinculación a los reconocimientos médicos realizados en otro país. Perspectiva comunitaria e internacional.” /en/ **VV.AA.** *La Seguridad Social Internacional.* Cuadernos de Derecho Judicial (XII/1997). Madrid. 1998.

**MARTIN VALVERDE, Antonio.** “La estructura del ordenamiento de la Seguridad Social”/en/ **VV.AA.** *Pensiones sociales. Problemas y Alternativas. (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (Parte II).* MTAS. Madrid. 1999

**MARTIN VALVERDE, Antonio** “Estudio preliminar: La aplicación jurisdiccional del Derecho Social de la Comunidad Europea”. /en/ **TORRES CIA, José María (coord)** . *Política Social de la Comunidad Europea, Vol 3, Jurisprudencia Social 1964-1972 (Tomo I).* Centro de Publicaciones del MTSS, Madrid 1992.

**MARTIN VALVERDE, Antonio** “Estudio preliminar: La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en materia social (1973-1976)”. /en/ **TORRES CIA, José María (coord)** . *Política Social de la Comunidad Europea, Vol 3, Jurisprudencia Social 1973-1976 (Tomo II).* Centro de Publicaciones del MTSS, Madrid 1995. P. VII-XXXVI

**MARTIN VALVERDE, Antonio** “Estudio preliminar: La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1977-1979)”. /en/ **TORRES CIA, José María (coord)** . *Política Social de la Comunidad Europea, Vol 3, Jurisprudencia Social 1977-1979 (Tomo III).* Centro de Publicaciones del MTSS, Madrid 1995. P. VII-XXXI

**MARTINEZ GIRON, Jesús y CARRIL VAZQUEZ, Manuel.** “Seguridad Social Internacional del mar” /en/ **VV.AA.** *La Seguridad Social Internacional.* Cuadernos de Derecho Judicial (XII/1997). Madrid. 1998.

**MAYER, Pierre.** *Droit International privé.* 5ª ed. Montchrestren. Paris. 1994.

**MCGLONE, F.; CRONIN N.** “The future of family and state care for older people in the European Union”. Occasional Paper 19. Family Policy Studies Centre.

**MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. Y SEMPERE NAVARRO, A.V.** *Derecho Social Europeo.* Tecnos. Madrid 1994.

**MORTENSEN, Jorgen (ed).** *The Future of Pensions in the European Community.* Brassey's. London. 1992.

**MOTTA, Antonio.** *I diritti previdenziali dei Lavoratori migranti nei paesi della CEE. Guida pratica dei Regolamenti Comunitari*”. Inca/CGIL. Roma. 1976.

**MUÑOZ ALVAREZ, Guadalupe.** *La Seguridad Social de las Comunidades Europeas, legislación, comentarios y jurisprudencia.* Aranzadi. Madrid. 1992

**NACIONES UNIDAS (Centro por los Derechos humanos).** *Le droits des travailleurs migrants.* Genève. 1996.

**NAGEL et THALAMY.** *Le Droit International de la Sécurité Sociale.* Colección Que sais-je?. Presses Universitaires de France. Paris 1994.

**OGUS, A. Y.; BARENDT, WIKELEY, Nicholas.** *The law of Social Security.* Butterworths. Londres. 4 th ed.1995.

**OLARTE ENCABO, Sofía.** *El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social.* CES. Madrid.1997.

**OJEDA AVILES, Antonio.** *El Sistema Común Europeo de Seguridad Social. Un enfoque integrado.* Tirant lo Blanch. Valencia 1997.

**OJEDA AVILES, Antonio.** *Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea.* Trotta. Madrid 1994.

**OJEDA AVILES, Antonio** “La revisión de pensiones de invalidez en la seguridad social comunitaria” /en/ **VV.AA.** *Derecho Social Comunitario.* Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid 1992.

**ORDEIG FOS, José María.** *El sistema español de Seguridad Social (y el de la Comunidad Europea)* .5ª ed act. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1993.

**PALM, Willy; NICKLESS, Jason; LEWALLE, Henri; COHEUR, Alain.** *Implications of recent jurisprudence on the co-ordination of health care protection systems. (General report produced for the Directorate-Generale for Employment and Social Affairs of the European Commission).* AIM Association Internationale de la Mutualité. Bruxelles. May 2000. (VT/1999/033-Final Report-May 2000).

**PANAYOTOPOULOS** *La Sécurité Sociale des travailleurs migrants.* Ginebra. 1973

**PALSTERMAN, Paul.** “L'étranger et l'assurance chômage” /en/ **JADOUL, Pierre et MIGNON, Eric.** (coord) *Le droit des étrangers, status, évolution européenne, droits économiques et sociaux.* Facultés universitaires Saint-Louis. Bruxelles. 1993

**PARDELL VEÀ, Agnès.** “La normativa comunitaria en materia de Seguridad Social. Especial consideración a la prestación por desempleo”. /en/ **VV. AA.** *La Reforma de las pensiones de 1997.* Marcial Pons. Madrid. 1999.

**PEACOCK,Alan.** “Welfare Philosophies and Welfare Finance” /en/ **VVAA.** *The State and Social Welfare. The objectives of Policy.* Ed. Thomas and Dorothy Wilson.

**PENNINGS Frans. (ed)** *Introduction to European Social Security Law.* 2º ed. Kluwer Law International. Deventer.1998.

**PENNINGS Frans. (ed)** *Introduction to European Social Security Law.* Kluwer Sovac. Series on Social Security. Deventer. 1994

**PERRIN, Guy.** “La sécurité sociale au passé et au présent” /en/ **VVAA.** *The retirement age in Europe. Retrospections and perspectives of social security.* European Institute for Social Security. Kluwer. Deventer. 1980.

**PEREZ DEL RIO, Teresa.** “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario” /en/ **VV.AA.** *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho Comunitario.* CGPJ. Madrid. 1997

**PESSI, Roberto.** *Il Sistema previdenziale europeo.* Cedam. Padova. 1993.

**PIETERS, Danny. NICKLESS, Jason Alan.** *Pathways for Social Protection in Europe.* Ministry of Social Affairs and Health. Helsinki. 1998.

**PIETERS, Danny (ed. coord)** *Social Security Law in the Fifteen Members State of the European Union.* Maklu. 1997

**PIETERS, D.** *Introduction into the Basic Principles of Social Security.* Kluwer Law. Deventer, The Netherlands. 1993.

**PIETERS, Danny.** *Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los países miembros de la CEE.* Civitas. Madrid, 1992.

**PIETERS, Danny.** “La legislación de Seguridad Social europea y nacional: el horizonte de 1992”. /en/ **VVAA.** *Los Sistemas de Seguridad Social y el Mercado Unico Europeo.* MTSS. Madrid. 1993.

**PIETERS, D.** “Consecuencias del Mercado Unico Europeo para los sistemas nacionales de Seguridad Social: ¿vamos hacia una armonización con vistas a 1993?”. /en/ **VVAA.** *Los Sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales.* MTSS. Madrid. 1992.

**PLOUG, Niels; KVIST, Jon.** *Social Security in Europe: development or dismantlement?.* Kluwer Law International. The Hague. 1996.

**POCAR, Fausto.** *Derecho Comunitario del Trabajo.* Civitas. Madrid. 1988.

**PRETOT, Xavier.** *Le Droit Social Européen.* Presses Universitaires de France. Paris. 1990.

**PRETOT, Xavier.** *Les grands arrêts du droit de la sécurité sociale.* (Preface Jean Rivero.) Sirey. Paris 1988.

**PRETOT, Xavier.** *Les grands arrêts du droit de la sécurité sociale.* Preface Jean Rivero. Dalloz. Paris. 2 ed. 1998.

**RAMIREZ, Juan Manuel.** “La Seguridad Social en la CEE” /en/ **VV.AA.** *El Espacio Social Europeo.* Lex Nova. Valladolid. 1991.

**RECIO LAZA, Antonio M<sup>a</sup>.** *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria.* La Ley-Actualidad. Madrid 1997.

**REGENMORTEL, Anne Van. ; JORENS, Yves.** *Le detachement international.* la Charte. Bruges, Bruxelles. 1995.

**RIBAS, J.J.; JONCZY, M.J.; SECHE, J.C.** *Derecho Social Europeo.* MTSS. 1988.

**RIBAS, J.J.** *Social Security in the European Community.* European Community Information Service. London 1965.

**RIBAS, J.J.** *La politique sociale des Communautés Europeennes .* Dalloz et Sirey. Paris. 1969.

**ROCELLA, Massimo; CIVALLE; IZZI.** *Diritto Comunitario del lavoro casi e materiali.* Giappichelli. Torino 1995.

**ROCELLA, Massimo, TREU, Tiziano.** *Diritto del Lavoro della Comunità Europea.* 2<sup>a</sup> ed. CEDAM. Padova. 1995.

**RODIERE, Pierre.** *Droit Social de l'Union Européenne*. LGDJ. Paris, 1998.

**RODIERE, Pierre (ed) VV.AA.** *La Citoyenneté européenne face au droit social et droit du travail*. Academie de Droit Européen de Trèves. ERA. Bundesanzeiger. 1997 (Vol 14. Série de Publications de l'Académie de Droit Européen de Trèves.)

**RODRIGUEZ GUTIERREZ, F.J.** *La Seguridad Social a nivel comunitario las pensiones de invalidez, vejez y muerte*. Tesis Doctoral Inédita (ejemplar fotocopiado). Leída en la Universidad de Deusto el 29.4.1996. Dirigida por el Dr. Fernando Manrique López.

**RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel.**, “La incidencia del establecimiento del Mercado Unico Europeo en el Sistema de Seguridad Social español” /en/ **AA.VV.** *Los Sistemas de Seguridad Social y el Mercado Unico Europeo*. MTSS. Madrid 1993.

**RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel.** *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*. MTSS. IELSS. Col. monografías de Seguridad Social N° 3. Madrid 1982.

**ROFES I PUJOL, M<sup>a</sup> Isabel.** “La libre circulación de trabajadores y normativa comunitaria en materia de Seguridad Social” /en/ **VVAA. (PALACIO GONZALEZ, José. coord)** *Derecho Comunitario*. CGPJ-Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz, 1993.

**ROJAS CASTRO, Manuel** “Prestaciones familiares. Prestaciones por muerte y supervivencia en el Reglamento” /en/ **VV.AA.** *La Seguridad Social Internacional*. Cuadernos de Derecho Judicial (XII/1997). Madrid. 1998.

**ROJAS CASTRO, Manuel.** *Derecho Comunitario Social. Guia de trabajadores migrantes*. Comares. Granada. 1993.

**ROSSI, F.** *I diritti della famiglia europea nell'ordinamento comunitario di sicurezza sociale*. (prefazione di Francesco Paolo Casavola). Franco Angeli. Collana di Diritto e Società. 1<sup>a</sup> ed. Milano 1996.

**RULAND, Franz.** “El mercado Unico Europeo y los sistemas de pensiones: problemas y propuestas”. /en/ *Los Sistemas de Seguridad Social y el Mercado Unico Europeo*. MTSS. Madrid 1993.

**SANCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina.** *La aplicación del Derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*. Comares. Granada. 1997.

**SCHNEIDER, Jacques-André.** *les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation*. Helbing&Liechtenhahn. Bâle et Francfort-sur-le-Main. 1994

**SCHOUKENS et alii** . *Social Protection of the Self-Employed in the European Union*. Kluwer. The Hague. 1994.

**SCHULTE, Bernd.** “ Convergencia de las políticas de protección social de los Estados miembros de las Comunidades Europeas en base a objetivos establecidos en común. Protección a la vejez”. /en/ **VV.AA.** *Convergencia de políticas sociales*. (Seminario europeo sobre convergencia de políticas sociales. Granada, marzo de 1991.) MTSS. Col Seguridad Social. Madrid. 1993.

**SCHULTE, Bernd.** “Garantía de los Derechos Comunitarios de Seguridad Social: la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades”. /en/ **VV.AA.** *La Seguridad Social española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*. Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social. Madrid. 1981.



**SECHE, Jean-Claude; VAN RAEPENBUSCH, Sean; LOUIS, Jean-Victor.** *Libre circulation des personnes, des services et des capitaux*. 2ª ed. Université de Bruxelles, Bruxelles. Institut d'études européennes. 1990.

**SEGURA SANCHEZ, Julio.** "El mercado Unico europeo y la financiación de los Sistemas de Seguridad Social" /en/ *Los Sistemas de Seguridad Social y el Mercado Unico Europeo*. MTSS. Madrid 1993.

**SEMPERE NAVARRO, Antonio; RIOS SALMERON, Bartolomé** "Ambito aplicativo de los Reglamentos" /en/ *La Seguridad social internacional: convenios bilaterales y Derecho comunitario*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Año XII. Madrid. 1994

**SEMPERE NAVARRO, Antonio.** "Principios generales de la Seguridad Social comunitaria" /en/ *La Seguridad social internacional: convenios bilaterales y Derecho comunitario*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Año XII. Madrid. 1994.

**SEMPERE NAVARRO, Antonio.** "Problemas aplicativos de los Reglamentos comunitarios: perspectiva doctrinal" /en/ *VV.AA. La Seguridad Social Internacional*. CGPJ. Madrid. 1998.

**SINTES, Gilles.** *La politique sociale de l'Union Européenne*. Presses Interuniversitaires Européennes. Bruselas 1996.

**STALKER, Peter.** *Les travailleurs immigrés: étude des migrations internationales de main d'oeuvre*. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. 1995

**TANTAROUDAS, Charilaos.** *La protection juridique des travailleurs migrants de la C.E. E. en matière de sécurité sociale et la jurisprudence de la Cour des Communautés*. Economica. Collection études juridiques. (Serie: Droit Social). Paris 1976.

**TORTUERO PLAZA, J.L.** "Técnicas de aplicación de los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España con los Países de la CEE" /en/ *VVAA Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón y Del Peso*. Madrid 1980.

**TOUFFAIT, Adolphe** "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés euroéennes en matière de sécurité sociale des travailleurs européens que se déplacent" /en/ *Etudes de droit des Communautés Européennes. Melanges offerts à Pierre-Henri Teigten*. Ed. A. Pedone. Paris 1984.

**VANSTEENKISTE, Steven.** "El futuro de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes a nivel europeo." /en/ *VV.AA La Seguridad Social de los migrantes y el papel de las organizaciones sindicales en los estados miembros de la Unión Europea*. Col. Movimientos Sociales. Unión (Comisión Ejecutiva Confederal de UGT). Madrid 1997.

**VAN RAEPENBUSCH, Sean.** *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo*. MTSS. Madrid 1992.

**VAN RAEPENBUSCH, Sean.** *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*. De Boeck Université. Bruxelles 1996.

**VAN REGENMORTEL, A.; JORENS, Yves.** *Le détachement international*. La Charte. Brugge. 1995.

**VAN STEENBERGE, Josse; JORENS, Yves; KESSLER, Francis; TAHRI, Ouardia.** *Travailler au-delà des frontières: 112 questions sur le droit de la sécurité sociale européenne*. La Charte. Bruges-Bruxelles. 1996.

**VENTURI, Augusto.** *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social.* MTSS. Madrid 1994. (Traducción de *I fondamenti scientifici della Sicurezza Sociale.* 1954, Dott. A. Giuffrè-Editore. Milán)

**VENTURINI, Patrick.** *Un espacio social europeo para 1992.* OPOCE. Luxemburgo. 1988.

**VERSCHUEREN, Herwing.** “La libre circulation des personnes en droit communautaire européen” /en/ **JADOUL, Pierre et MIGNON, Eric. (coord)** *Le droit des étrangers, status, évolution européenne, droits économiques et sociaux.* Facultés universitaires Saint-Louis. Bruxelles. 1993.

**VIANES, André.** “Perspectivas para la financiación de la Seguridad Social y el Gran mercado Europeo”. /en/ **VV.AA.** *Los Sistemas de Seguridad y el Mercado Unico Europeo* (Seminario Santander 5-9 Agosto de 1991). MTSS. Madrid 1993.

**VICENTE MERINO, Ana.** “La financiación de la Seguridad Social desde la óptica del Mercado Unico”. /en/ **VV.AA.** *Los sistemas de Seguridad y el mercado único europeo.* (Seminario Santander 5-9 Agosto de 1991.) MTSS. Madrid. 1992.

**VICENTE MERINO, Ana.** “ El factor edad en el tránsito de la vida activa a la jubilación”. /en/ **VV.AA.** *Europa en el movimiento demográfico. Los sistemas de pensiones y la evolución demográfica .* Seminario sobre “Los sistemas de pensiones y la evolución demográfica”. MTSS. Madrid. 1993.

**VOGEL-POLSKY, Eliane et VOGEL, Jean.** *L'Europe sociale 1993: illusion alibi ou réalité?.* Université. Bruxelles 1991.

**VON MAYDELL, Bernd.** “Los sistemas sociales de seguro de vejez en el mercado único europeo: el problema demográfico”. /en/ *Los sistemas de Seguridad y el mercado único europeo* . (Seminario Santander 5-9 Agosto de 1991.) MTSS. Madrid. 1993.

**VV.AA. JORENS, Yves; SCHULTE, Bernd. (editors)** *Coordination of Social Security Schemes in Connection with the accession of Central and Eastern European States. “The Riga Conference.”* Die Keure, La Chartre. Bruxelles. 1999

**VV.AA.** “Problemática española de la Seguridad Social Europea” Instituto Europeo de Relaciones Industriales. Comares. Granada 1999.

**VVAA.** *25 années de Règlement (CEE) N° 1408/71 sur la sécurité sociale des travailleurs migrants. Rapport de conference.* Office National de la Sécurité Sociale de Suede. Commission Européenne. Estocolmo. 1997.

**VV.AA. LOPEZ LOPEZ, Julia (coordinadora)** *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad.* Marcial Pons. Madrid. 1996

**VV.AA. MORENO, Luis. (compilador)** *Unión Europea y Estado del Bienestar.* CSIC. Instituto de Estudios Sociales Avanzados. Madrid. 1997.

**VV.AA. VAN LANGENDONCK (Ed.)** *The New Social Risks.* Kluwer Law International. July 1997. (European Intitute of Social Security. Yearbook 1996)

**VV.AA** *La Seguridad Social de los migrantes y el papel de las organizaciones sindicales en los estados miembros de la Unión Europea.* Col. Movimientos Sociales. Unión (Comisión Ejecutiva Confederal de UGT). Madrid 1997.

**VV.AA (ANDRE, M.H.; BOLAFFI, G.; OKEEFFE, D.)** *Rapport du Groupe de Haut Niveau sur la libre circulation des personnes présidé par Simone Veil*". Présenté à la Commission le 18 mars 1997.

**VV.AA (DAVIES, Paul; LYON-CAEN, Gerard et alii)** *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*. Clarendon Press. (Liber Amicorum Lord Wedderburn of Charlton). Oxford. 1996.

**VVAA.** *La Sécurité Sociale en Europe égalité entre nationaux et non nationaux: Colloque européen, Porto Novembre 1994*. Departamento de Relações Internacionais e Convenções de Segurança Social. Lisboa 1995.

**VVAA.** *La libre circulation des travailleurs dans l'Union Européenne: le détachement et les perspectives de la coordination communautaire dans le cadre du Règlement 1408/71*. Colloque Européen Octobre-1995, Creta. IKA-Grece y Commission Européenne. Creta. 1996.

**VV AA.** *Migration et Sécurité Sociale: un défi à l'échelle mondiale*. Col. Etudes et Recherches N° 35. Association Internationale de la Sécurité Sociale. Genève. 1994

**VVAA. (PALACIO GONZALEZ, José. coord)** *Derecho Comunitario*. CGPJ. CGPJ-Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz, 1993.

**VVAA.** *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*. MTSS. Centro de Publicaciones. Madrid. 1992.

**VVAA.** *Travail sans frontières*. CED-Samsom, 1992. Bruxelles. 2 vol à feuilles mobiles. (Vol 1). *Détachement à l'étranger. Fractionnement de l'activité sur plusieurs pays* (fotocopiado esquema). *Travailleurs frontaliers en Belgique*. (Vol 2) *Le droit social en Allemagne*.

**VVAA** *Social Security in Europe. Miscellanea of the Erasmus programme Social Security in the E.C.* Bruylant. Bruselas 1991.

**VVAA** *La Seguridad Social Española y la adhesión a las Comunidades Europeas: Problemas de armonización y coordinación*. IEES. Madrid 1981.

**VVAA.** *The retirement age in Europe. Retrospections and perspectives of social security. L'âge de la retraite en Europe. Les rétrospectives et perspectives de la sécurité sociale*. European Institute for Social Security. Kluwer. Deventer. The Netherlands. 1980.

**WATSON, Philippa.** *Social Security Law of the European Communities*. Mansell. (Studies in labour and social law 5) London. 1980.

**WHITEFORD, Elaine A.** *Adapting to change: occupational pensions schemes, women and migrant workers: an examination of the extent to which occupational pensions schemes in the UK, The Netherlands and Germany enable women and migrants workers to accrue adequate pensions*. Kluwer Law International. The Hague. 1996.

## PUBLICACIONES PERIÓDICAS.

**ABRAMOVICI, G.; SAUNIER, J.M. y VOLOVITSCH, Pierre.** “La protection sociale: dans l’Union Européenne”. Solidarité-Santé. N° 1/1998. (N° monográfico sobre: <Les retraites et la protection Sociale en Europe)

**ACHURRA APARICIO, José Luis; QUILEZ FELEZ, Mª Teresa.** “Estudios y propuestas sobre los problemas demográficos y su reflejo en la Seguridad Social”. Noticias CEE. N° 36. Enero de 1988. (número monográfico Seguridad Social).

**AGUADO, A.** “La sauvegarde des droits à pension complémentaire” Revue du Marché Unique Européen. N° 4/1998.

**AGUT GARCIA, Carmen.** “Crónica comunitaria”. RMTAS. N° 17/1999.

**ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón.** “La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social”. Temas Laborales. N° 7/1986.

**ALFONSO RIESCO, José Luis.** “Recomendaciones sobre el empleo de los minusvalidos”. Noticias CEE. N° 36. (Enero)/1988. (número monográfico Seguridad Social).

**ALBOUY, François-Xavier; KESSLER, Denis.** “Un système de retraite européen: une utopie réalisable?”. Revue Française des Affaires Sociales. Paris. N° hors-serie: “Europe. La Dimension Sociale”. Novembre/1989.

**ALTMAIER, P.** “Unemployment benefits”. Social Europe 3/92. N° monográfico: Social security for persons moving within the Community.

**ALVAREZ CORTES, Juan Carlos.** “Las relaciones exteriores comunitarias y sus efectos respecto de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes”. RMTAS. N° 27/00.

**ALVAREZ CORTES, Juan Carlos.** “Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea”. Actualidad Laboral. N° 22. 31-5-1999 al 6-6-1999.

**AMPHOUX, Jean.** “Jurisprudence: Chronique. Cour de Justice des Communautés Européennes et Tribunal de première instance” (Agosto 86-Julio 87) Cahiers de Droit Européen. N° 1-2/1988

**AMPHOUX, Jean.** “Jurisprudence: Chronique. Cour de Justice des Communautés Européennes et Tribunal de première instance” (Agosto 87-Julio 88) Cahiers de Droit Européen. N° 5-6/1988

**AMPHOUX, Jean.** “Jurisprudence: Chronique. Cour de Justice des Communautés Européennes et Tribunal de première instance” (Agosto 88-Julio 89) Cahiers de Droit Européen. N° 1-2/1990

**AMPHOUX, Jean.** “Jurisprudence: Chronique. Cour de Justice des Communautés Européennes et Tribunal de première instance” (Agosto 89-Julio 90) Cahiers de Droit Européen. N° 1-2/1991

**AMPHOUX, Jean.** “Jurisprudence: Chronique. Cour de Justice des Communautés Européennes et Tribunal de première instance” (Agosto 90-Julio 91) Cahiers de Droit Européen. N° 1-2/1992

- ANDRIETTI, V.** “Portability of supplementary pensions rights in the European Union” *International Social Security Review*. Nº 54/2002.
- APROBERTS, Lucy.** “Las jubilaciones complementarias: hacia una definición de los Términos”. *Revista Internacional de Seguridad Social*. Vol 46 Nº4/1993.
- ARCE GOMEZ, Juan Carlos.** “Comentario a las normas sobre armonización legislativa en materia de descansos parentales y descansos por razones familiares. Aspectos de Seguridad Social” *Noticias CEE*. Nº 36. Enero de 1988. (número monográfico Seguridad Social).
- ARTUS, Patrick.** “Financiamiento de las jubilaciones, ahorro y crecimiento”. *Revista Internacional de la Seguridad Social*. Vol 47. Nº 2/1994.
- BALANDI, G.G.** “lavoro e diritto alla protezione sociale”. *Lavoro e Diritto*. Año XI. Nº2/1997.
- BALANDI, G.G.,** “ Tendencias de la Seguridad Social en los países de la Unión Europea”. *Relaciones Laborales*. Marzo/1996
- BALANDI, G.G.** “La previdenza integrativa in alcuni paesi europei: spunti per la comparazione” *Lavoro e Diritto*, Nº1/1993.
- BALANDI, G.G.** “Verso l’Europa sociale? Una riflessione a partire dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali”. *Lavoro e Diritto*. Nº 4 octubre/91. Anno V.
- BALANDI, G.G.** “Attualità e problemi delle assicurazioni sociali”. *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*. Nº 31/1986.
- BALANDI, G.G.** “Che cosa resta della Fraternità”. *Lavoro e Diritto*. Año IV, Nº 1 (Gennaio)/1990.
- BALANDI, G.G.** “Per una definizione del Diritto della sicurezza sociale”. *Politica del Diritto*. Anno XV, Nº 4 (Dicembre)/ 1984.
- BALANDI, G.G.** “ Vecchi termini per questioni nuove: rischio e bisogno”. *Politica del Diritto*. Anno XV, Nº 3 (Settembre)/ 1984.
- BALZE, Wolfgang.** “Derecho Social Comunitario” *Relaciones Laborales Tomo I/1995*.
- BANO, Fabrizio.** “Problema di costi e scelte di valori. Come sta cambiando l’idea di sicurezza sociale”. *Lavoro e Diritto*. Año. XI. Nº 4/1997.
- BARRADA, Alfonso.** “Las tasas de sustitución de las pensiones de jubilación en el momento del abandono de la vida activa en España y en otros seis países de las Comunidades Europeas”. *En Economía y Sociología del Trabajo*. 15-16/1992.
- BARRADA, Alfonso.** “Armonización estadística en materia de Seguridad Social; su aplicación por España.” *Noticias CEE*. Nº 36. Enero de 1988. (número monográfico Seguridad Social).
- BARRIOS BAUDOR, G.L.; SEMPERE NAVARRO, A.V.** *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*. Aranzadi. Col. Cuadernos de Aranzadi Social Nº 4. Navarra. 2000.
- BELORGEY, Jean-Michel.** “La protection sociale dans une union de citoyens”. *Droit Social*. Nº 2/1998.

**BERGHMAN, Jos.** “El resurgimiento de la pobreza y la lucha contra la exclusión: ¿un nuevo desafío para la seguridad social en Europa?”. *Revista Internacional de la SS.* vol. 50 N° 1/1997.

**BERGHMAN, Jos.** “Basic concepts of Social Security”. Material fotocopiado. Erasmus-Programme 1997: “Social Security in Europe”. Paris 1997.

**BERROCAL SEBASTIAN, Juan Francisco.** “Derecho comunitario en materia de Seguridad Social (Reglamentos comunitarios 1408/71 y 574/72)”. *Tribuna Social* N°72/1996.

**BLANDIN, Marie-Chantal,** “Panorama de l’assurance contre les accidents dans les pays de l’Union européenne.” *Droit Social* N° 7/8 Juillet/août 1998.

**BLAZQUEZ PEINADO, M<sup>a</sup> Dolores.** “La ciudadanía de la Unión”. *RMTAS.* N° 22/2000.

**BOEKRAAD B.K.M.** “Un modele de polder en pleine évolution: histoire récente en réorganisation de la sécurité sociale aux Pays Bas”. *RBSS.* N°4/1998.

**BOGAERT, H.** “Les défis de la sécurité sociale pour les années a venir” *RBSS.* N°1/1998.

**BOLZMANN, Claudio; FIBBI, Rosita; VIAL, Marie. (et alii).** Dossier: Migration internationale et marché du travail. *SCHWEIZERISCHE ZEITSCHRIFT FÜR VOLKSWIRTSCHAFT UND STATISTIK,* Zurich. Jahrg, 129. N° 3 (September)/1993.

**BONNECHÈRE, Michèle; PEROTTI, Antonio; BREVETTO, Gianfranco (et alii).** “Dossier: les frontaliers en Europe”. *Migrations Societe.* Paris Vol 8. N° 43. (Janvier-Fevrier) 1996.

**BONNET, René.** “L’ affaire Pinna: vers une remise en ordre des règles d’attribution des prestations familiales au sein de la Communauté économique européenne”. *Semaine Juridique. Cahiers del’Entreprise.* Paris. N° 6. (11-février-1988.)

**BONNET, René.** “Conflits entre les droits nationaux et les instruments internationaux dans le domain de la sécurité sociale” *Jurisclasseur. Droits International,* (fascic.578), N° 3/1980.

**BONNET, René.** “L’assurance vieillesse, invalidité et décès (pensions) dans le cadre des règlements européens de sécurité sociale”. *Droit Social* N° 4. (Abril)/1965.

**BORELLI, Silvia.** “Tra libera circolazione e sicurezza sociale: chi sono i soggetti tutelati?” *Lavoro e Diritto.* N° 4/2001

**BORRAJO DACRUZ, É.** “La conservación de los derechos en curso de adquisición en el Seguro de Vejez, según los Convenios Internacionaes de Seguridad Social ratificados por España”. *Revista de Derecho del Trabajo.* 1959/ N° 35.

**BROCAS Anne-Marie; HADOLPH, Paul.** “Monopole ou concurrence en matière de protection sociale”. *Droit Social.* (Septembre-Octobre)/ 1995.

**BURGOS GINER, M<sup>a</sup> Angeles.** “Bibliografía sobre la libertad de circulación de trabajadores asalariados en la Unión Europea”. *RMTAS.* N° 22/2000.

**BUTARE, Théopiste.** “Necesidades sociales y papel de los gobiernos y mercados: el caso de las pensiones de jubilación”. *Revista Internacional de Seguridad Social,* Vol. 51. N° 3/98.

**CABEZA PEREIRO, Jaime.** “Cuestión Social en el Derecho originario de la Unión Europea” Documentación Laboral. Nº 63/2000.

**CACHON VILLAR, Pablo.** “La coexistencia de los Convenios bilaterales con los Reglamentos 1408/71 y 574/72 . Los asuntos Rönfeldt y Thevenon”. Noticias de la Unión Europea. Nº2/Febrero 1998. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (I).

**CAISSE NATIONALE D’ASSURANCE VIEILLESSE (CNAV)** “La réglementation communautaire en matière de retraite”. Liaisons Sociales. Nº especial. (agosto)/1994.

**CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis.** “La ley aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980”. Derecho de los Negocios. Año 5. Nº 43. Abril 1994.

**CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis.** “Las fuentes del Derecho Internacional Privado” Revista General del Derecho 1986 Nº XLIII.

**CAMOS VICTORIA, Ignacio.** “La protección de la vejez en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo.” Nº 18/Tomo II/ Relaciones Laborales.

**CANOR, Iris.** “Can two walk together, except they be agreed?”. The Relationship between International Law and European Law: the incorporation of United Nations Sanctions against Yugoslavia into European Community Law through the perspective of the European Court of Justice”. Common Market Law Review. 1998. Nº 35. 137-187.

**CARDIN, Jean.** “La protection sociale des travailleurs français à l’étranger” Droit Social Nº 7-8 juillet- Août. 1962

**CARNELLUTTI, A.** “Jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes.” Gazette du Palais. Paris. Année 112. Nº 78-79, 18 Mars 1992.

**CARRASCOSA BERMEJO, María Dolores.** “La determinación de la base reguladora de la pensión teórica y la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario sobre el asunto Grájera Rodríguez”. Revista de Dererecho Social. Nº 5/1999.

**CARRASCOSA GONZALEZ, Javier y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel.** “Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo”. Relaciones laborales. 1993.

**CASADO RAIGON, José María.** “El lento progreso de la ciudadanía europea: las libertades de circulación de personas y trabajadores en el mercado único”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Enero-Marzo. 1993

**CASAS BAAMONDE, María Emilia.** “Normas laborales internacionales, Derecho social europeo y derechos fundamentales” Relaciones laborales, (editorial), Tomo I. Nº 9 (mayo)/ 1996.

**CASAS BAAMONDE, María Emilia.** “El sistema normativo de la Organización Internacional de Trabajo y la Unión Europea” Relaciones laborales, (editorial), Tomo I. Nº 8 (abril)/ 1996.

**CASAS BAAMONDE, María Emilia.** “Desplazamientos temporales de trabajadores e interpretación judicial del Convenio de Roma” Relaciones Laborales (editorial). Tomo II/1994.

**CASCINO, Paolo.** “La politica sociale dell’Unione europea: dalla Carta dei diritti dei lavoratori alle prospettive indicate nel Trattato sull’Unione” *Affari Sociali Internazionali*. Anno XXII. N° 4/1994.

**CASTRO OLIVEIRA, A.** “Workers and other persons step-by-step from movement to citizenship. Case Law 1995-2001.” *CMLReview* VOL. XXXIX/2002.

**CEBRIÁN BADÍA, Francisco Javier.** “El derecho comunitario y los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social”. *Actualidad Laboral*. N° 2/1988.

**CHARRO BAENA, P.** “Subsidio de desempleo de mayores de 52 años. Trabajador que sólo comenzó en España como emigrante retornado durante el período de percepción del subsidio por tal motivo, y que acredita más de quince años cotizados en un régimen de jubilación en Alemania. (Comentario a la STS 4ª de 19 de octubre de 1998”. *Relaciones Laborales*. Tomo I/1999.

**CHASSARD, Yves.** “Emploi après cinquante-cinq ans et retraite: quelques leçons d’une observations a l’étranger”. *Droit Social*. N° 12 (décembre)/2000.

**CHASSARD, Yves.** “La construction européenne et la protection sociale à la veille de l’élargissement de l’Union”. *Droit Social*. N° 3 (mars)/1999.

**CHASSARD, Yves.** “Assistance sociale et emploi: les leçons de l’expérience britannique” *Droit Social*. N° 3 (mars)/1998.

**CHASSARD, Yves.** “L’avenir de la protection sociale en Europe”. *Droit social*. N°6 (juin)/1997.

**CHASSARD, Yves; VENTURINI, Patrick.** “La dimension européenne de la protection sociale”. *Droit Social*. N° 9. (Septembre-Octobre)/1995.

**CHASSARD, Y; QUINTIN, O.** “La protection sociale dans la Communauté européenne, vers la convergence des politiques”. *Revue internationale de Sécurité Sociale*. N°1-2/1992 (nombre especial sobre Beveridge)

**CHAUCHARD, Jean-Pierre.** “La Sécurité sociale et les droits de l’Homme”. *Droit Social* N°1. (Janvier)/1997.

**CHAVEAU, Thierry; LOUFIR, Rahim.** “L’avenir des regimes publics de retraite dans les pays du G7”. *Observations et Diagnostiques Economiques*. *Revue de l’OFCE*. Paris N° 52. (Janvier)/1995.

**CHEVALIER, Bernard.** “Le problème du cumul emploi-retraite. Bref aperçu des situations étrangères”. *Journal Officiel de la République Française*. *Avis et Rapports du Conseil Economique et Social*. Paris. N° 26. (24-Décembre-1991).

**CHICHARRO LAZARO, Alicia.** “Política Social y principio de subsidiariedad en la UE” *Relaciones Laborales*. N° 18/2001.

**CHRISTENSEN, Anna; MALMSTEDT, Mattias.** “*Lex Loci Laboris* versus *Lex Loci Domicilii*- an Inquiry into the Normative Foundations of European Social Security Law.” *European Journal of Social Security*. Voume 2/1.2000.

**CINELLI, Maurizio.** “Profili di diritto comunitario della sicurezza sociale”. *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*. 1992.



**CINELLI, Maurizio.** “Mercato unico europeo e sicurezza sociale”. Rivista Italiana di Diritto del Lavoro. Tomo I/1990.

**CINELLI, Maurizio.** “Sicurezza sociale e principio di parità di trattamento nel diritto comunitario”. Rivista Italiana di Diritto del Lavoro. Tomo II/1987.

**CLASEN, Jochen; VAN OORSCHOT, Wim.** “Changing principles in European Social Security”. European Journal of Social Security. Vol 4 (2)/2002.

**COEFFARD, A.; LEE, K.F.; JACOBY, L.; CHAPMAN, A.** “Social policy: Measures and guidelines I”. Social Europe N° 2/1985.

**COMISION EUROPEA. DIRECCIÓN GENERAL V.** “La convergence des objectifs et des politiques de protection sociale” Europe Sociale N° 5/1992.

**COLINA ROBLEDO, Miguel.** “La Seguridad Social y la protección social en el proceso de configuración de la política social comunitaria: de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y el Protocolo sobre Política Social del Tratado de la Unión Europea de Maastricht, al Tratado Europeo de Amsterdam” Noticias de la Unión Europea. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (y II). N° 158. Año XIV. 1998.

**COLINA ROBLEDO, Miguel.** “Reseña de la jurisprudencia dle Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el año 1996.” RMTAS. (Derecho Social Internacional y Comunitario). N°2/1997.

**COLINA ROBLEDO, Miguel.** “Reseña de la jurisprudencia dle Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el primer semestre de 1997”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. (Derecho social Internacional y Comunitario). N°7/1998.

**CORAL, P.** “L’Europe se suicide-t-elle? (ou les arrêts Pinna)” Droit Social. Juin N°6/89.

**COPPINI, M. A.** “L’armonizzazione dei sistemi di sicurezza sociale dei paesi della Comunità Economica Europea: un obiettivo di difficile realizzazione”. Rivista Italiana di Previdenza Sociale. 1969.

**CORDEN, Anne.** “Los trabajadores independientes en el Reino Unido: ¿incluidos o excluidos?”. Revista Internacional de Seguridad Social. Vol. 52. N° 1/99.

**CORNELISSEN, Rob.** “Un debate europeo sobre el futuro de la protección social”. Noticias de la Unión Europea. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (y II). N° 158. Año XIV. 1998.

**CORNELISSEN Rob.** “The four principles of coordination”. Social Europe. 3/92. N° monográfico sobre la SS comunitaria.

**CORNELISSEN Rob.** “The principle of territoriality and the Community Regulations on Social Security (Regualtions 1408/71 and 574/72)” Common Market Law Review. N° 33/1996.

**CORNELISSEN, Rob.** “La Commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants” Europe Sociale N° 2/1986.

**COURSIER, Ph.; SERIZAY, B.; PETREL, P.** “Le Statut social du travailleur migrant dans la communauté économique européenne”. La Semaine Juridique, N° 27 (Cahier de Droit Social. N° 265) Julio/1993.

**COUTANCEAU, Marie-Pierre; RAPAUD, Sylvaine.** “Le recouvrement des cotisations de Sécurité sociale dans la Communauté européenne”. Droit Social. Paris. N° 6 (Junio)/1993.

**CRISTOFANELLI, Luigi.** “Il sistema comunitario delle pensioni alla vigilia della revisione del Regolamento sulla sicurezza sociale” Affari Sociali internazionali N° 2/1988.

**CURTIN, Deirdre.** “Scalping the community legislator: occupational pensions and “Barber”. Common Market Law Review N° 27/1990.

**CUZZOCREA, Emanuela.** “Rilevanza della cittadinanza dei lavoratori in materia previdenziale”. Affari sociali internazionali. N° 3/1994

**CUZZOCREA, Leonardo.** “Le regole comunitarie per la determinazione dei diritti a pensioni” Affari sociali internazionali. N° 3/1995.

**CUZZOCREA, Leonardo.** “Attività lavorativa svolta contemporaneamente in stati diversi. Legislazioni applicabile nell’ambito comunitario”. Affari sociali internazionali. N°3/1995.

**CUZZOCREA, Leonardo.** “Aspetti e problemi del riscatto ai fini pensionistici dei periodi di lavoro compiuti all’estero”. Affari sociali internazionali. N°1/1994.

**CUZZOCREA, Leonardo.** “Normativa internazionale di sicurezza sociale: soggetti protetti”. Affari sociali internazionali. N°1/1994.

**CUZZOCREA, Leonardo.** “Trattamento minimo sulle pensioni in regime internazionale e dei residenti all’estero. Inesportabilità in ambito CEE”. Affari sociali internazionali N° 4/1994

**CUZZOCREA, Leonardo.** “Totalizzazione dei periodi assicurativi ai fini pensionistici nella normativa internazionale di sicurezza sociale. Tendenze evolutive.” Affari sociali internazionali. N°1/1985.

**CUZZOCREA, Leonardo.** “Ricostruzione ai fini pensionistici della carriera assicurativa dei lavoratori migranti. Utili accorgimenti”. Affari Sociali internazionali. N° 2/1985.

**CUZZOCREA, Leonardo.** “Normativa interna e internazionale di Sicurezza sociale: Ricongiunzione, totalizzazione e trasferimento di contributi ai fini pensionistici”. Affari sociali internazionali. N° 2/ 1985.

**DALY, Mary.** “Welfare states under pressure: cash benefits in European welfare states over the last ten years” Journal of European Social Policy. Volume 7, N° 2.(May)/1997.

**DANIELS, A. H. M.; M.J.G.A. M. WEEREPAS.** “Travailleurs frontaliers: les pionniers du marché intérieur une étude sur la problématique du travailleur frontalier entre la Belgique et les Pays-Bas” RBSS. N° 1. (Marzo)/1997.

**DASTIS, Alfonso.** “Los beneficiarios de la libre circulación de trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. Noticias de la CEE, Año V/1989. N° 55/56.

**DEKKERS, G.** “Le régime des pensions néerlandais dans une perspective belge”. RBSS. N°1/1998.

**DELABRE, François.** “la protection sociale des salariés français envoyés au Royaume-Uni”. Cahiers Juridiques et Fiscaux de l’Esportation. Paris. N°1/1995.

**DE LA PORTE, Caroline; POCHE, Philippe.** “Une strategie concertée en matière de Sécurité Sociale au Plan Européen”. RBSS. N°2,(junio)/2000. (année 42°)

**DE LA VILLA GIL, Luis Enrique.** “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. RMTAS (Derecho Social Internacional y Comunitario.) N° 32/2001.

**DE LA VILLA GIL, L.E.** “La promoción y defensa del principio de libre circulación en la Unión Europea” RMTAS. 1998/N° 12.

**DELEECK, Herman.** “L’avenir de la politique de sécurité sociale dans la Communauté européenne” RBSS. Année 28. N° 07-08/1986.

**DELEECK, Henry.** “La sécurité social face à l’Europe 1992” Diritto del Lavoro. Roma. Anno 65. N° 5. (Settembre-ottobre)/1991. (También en Droit Social/1991)

**DELPÉRE, N.** “Notes documentaires: L’intervention des systèmes de sécurité sociale des Etats membres du Conseil de l’Europe en faveur des services médico-sociaux pour personnes âgées”. RBSS. (Julio-Agosto-Sept.)/1992.

**DELPÉRE, Albert.** “Remarques sur les dispositions du règlement N°3 de la Communauté économique européenne relatives aux allocations familiales”. Droit Social. N°4 (Avril)/1966.

**DELPRAT, M.** “Familiy benefits”. Social Europe 3/92. (N° monográfico: *Social Security for persons moving within the Community*).

**DEL VALLE GALVEZ, Alejandro; FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa.** “La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España en 1997”. Revista de Derecho Comunitario Europeo. N° 5. (Enero-junio)/1999.

**DENAYER, J.** “Approche historique de la structure et des modalités de financement des pensions des travailleurs salariés”. RBSS. Année 28. N° 1-3 (Janvier-mars)/1986.

**DE PAUW, Bruno.** “Le détachement des travailleurs salariés de Belgique: formalités administratives”. RBSS. N° 4/1998.

**DE PAUW, Bruno.** “La legislation de sécurité sociale applicable lors d’une occupation internationale au sein de l’EEE”. RBSS. N° 3/ Septembre 1999.

**DE VICENTE PACHES, F.** “El desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (en relación con la Directiva 96/71)”. Tribuna Social N° 110. (Febrero)/2000.

**DESDENTADO BONETE, Aurelio.** “Los conceptos fundamentales de la acción protectora de la Seguridad Social”. Ejemplar fotocopiado. (Febrero de 2001).

**DESDENTADO BONETE, Aurelio.** “En el laberinto: desempleo asistencial y jubilación de los trabajadores migrantes entre el derecho comunitario y <las leyes de acompañamiento>”. La Ley (de lo Social) 22-2-1999.

**DESDENTADO BONETE, Aurelio.** “La Seguridad Social de los trabajadores migrantes de la Unión Europea en la unificación de doctrina” Noticias de la Unión Europea. N°157 (Febrero)/1998. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (I).

**DESDENTADO BONETE, Aurelio.** “Cuestiones prejudiciales comunitarias planteadas por organos judiciales españoles en materia de Seguridad Social”. RMTAS. Nº 12/1998 p. 57 y ss. También en Cuadernos de Derecho Judicial Nº 12/1997. (Nº especial sobre Seguridad Social Internacional)

**DESDENTADO BONETE, Aurelio.** “La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del <Código de la Protección Social>“ Relaciones laborales. Nº 7. Año XII/1996.

**DIEZ RODRIGUEZ, Bernardo.** “El papel de la comisión administrativa en el desarrollo de la Seguridad Social comunitaria” Noticias de la Unión Europea. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (y II). Nº 158. Año XIV/1998.

**DIEZ RODRIGUEZ, Bernardo.** “Significado y valoración de las normas bilaterales concertadas previamente con otros Estados miembros y recogidas en el Tratado de Adhesión”. Noticias CEE. Nº 36. (Enero)/1988. (Nº monográfico Seguridad Social)

**DIREZIONE GENERALE DELL’EMIGRAZIONE E AFFARI SOCIALI.** “Problemi esistenti nell’ambito della Comunità Economica Europea per l’attribuzione delle prestazioni che si prefiggono di assicurare un reddito minimo alle persone anziane”. Affari sociali internazionali. Nº 2/1985.

**DISPERSYN M.; VAN DER VORST P..** “ La construction d’un serpent social européen. Etude de faisabilité”. RBSS. Nº 4-5-6 /1992.

**DOMINGUEZ GARRIDO, José Luis.** “Jurisprudencia del TJCE sobre Seguridad Social de los trabajadores migrantes: los casos españoles”. Noticias de la Unión Europea. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (y II). Nº 158. Año XIV/1998.

**DÖRING, Diether.** “Pension systems in the European Union and aspects of socio-economic change”. Transfer Nº 4/1996.

**DOUBLET, Jacques.** “L’harmonisation des législations européennes de sécurité sociale”. Droit Social. Nº12/ (Décembre)/1960.

**DUEÑAS HERRERO, Laurentino-Javier.** “La dimensión de la Seguridad Social en la Unión Europea y delimitación de su ámbito subjetivo de aplicación”. Revista del Trabajo y la Seguridad Social. Nº 21/1996.

**DUPEYROUX, Jean-Jacques.** “1945-1995: quelle solidarité”. Droit Social Nº 9/10 (Sept-Oct)/1995.

**DUPEYROUX, Jean-Jacques et PRETOT, X.** “Le droit de l’étranger à la protection sociale”. Droit Social. Nº 1/Janvier. 1994.

**DUPEYROUX, Jean-Jacques.** “Libres propos sur les cotisations”. Droit Social Nº 6. (Junio)/1993.

**DUPEYROUX, Jean-Jacques.** “L’évolution des systèmes et la théorie générale de la sécurité sociale” Droit Social. 1966.

**DUPEYROUX, Jean-Jacques.** “Quelques réflexions sur le droit à la sécurité sociale”. Droit Social. Nº 5. (Mai)/1960.

**DUPEYROUX, Jean-Jacques.** “Le droit à la sécurité sociale dans les déclarations et pactes internationaux” *Droit Social*. N° 6. (Jun)/1960.

**DUPEYROUX, Jean-Jacques.** “La sécurité sociale au carrefour”. N°12 (Décembre)/1960.

**DURAN LOPEZ, Federico.** “Origen, evolución y tendencias del Estado del Bienestar.” *Relaciones Laborales*. N° 9. (Mayo)/1996.

**EICHENHOFER, Eberhard.** “Co-ordination of social security and equal treatment of men and women in employment: recent social security judgments of the Court of Justice” *CMLReview*. Vol. XXX/1993.

**ELHAZAZ MOLINA, Andrés.** “La agilización de los procedimientos administrativos de los Reglamentos 1408/71 y 574/72. Los intercambios telemáticos. El programa TESS”. *Noticias de la Unión Europea*. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (y II). N° 158. Año XIV/1998.

**ESPIN SAEZ, Maravillas.** “El concepto de trabajador en la Unión Europea. A propósito de la STJCE de 12 de marzo de 1998” *RMTAS*. N° 17/1999.

**EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS REVIEW.** “Portugal Draft Bill on Social Security Reform”. *EIRR*. (Julio)/1998.

**EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS REVIEW.** “The Hoover affair and social dumping” *EIRR*. N° 239. (Marzo)/1993

**EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS REVIEW.** “Migrant workers families: legal rights”. *EIRR*. N° 167. (Diciembre)/ 1987

**EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS REVIEW.** “Pensions and unemployment: a rock and a hard place” *EIRR*. (editorial). N° 272. (Septiembre)/1996.

**EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS REVIEW.** “Social policy White Paper I, II y III”. *EIRR*. N° 248-249-250. (Sept.-Oct.-Nov.)/1994.

**EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS REVIEW.** “The European economic Area”. *EIRR*. N° 226. (Noviembre)/1992.

**EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS REVIEW.** “Social policy state of play”. *EIRR*. N° 276. (Enero)/1997.

**EUZEBY, Alain.** “L'allegement des cotisations sociales patronales: quels espoirs pour l'emploi?”. *Droit Social* . N° 4/2000.

**EUZEBY, Alain.** “Financement de la protection sociale, efficacité économique et justice sociale: des interrogations communes aux États membres de l'Union européenne”. *Revue du marché commun et de l'union européenne*. 1997. avril, N° 407..

**EUZEBY, Alain.** “Le financement de la protection sociale: problèmes et perspectives” Ejemplar fotocopiado de la ponencia presentada en: “*Conférence sur les Conséquences de la Modernisation des Régimes nationaux de Sécurité Sociale pour le Règlement (CEE) N° 1408/71*” celebrada en Octubre de 1997 en Noordwijk (Holanda).

**FERNANDEZ LOPEZ, Aurelio.** “Recomendaciones comunitarias sobre “flexibilidad de la jubilación”. Comentarios desde la perspectiva española.” Noticias CEE. Nº 36. (Enero)/1988. (número monográfico Seguridad Social).

**FERNANDEZ LOPEZ, M<sup>a</sup> Fernanda.** “Ambito de aplicación de las normas sobre Seguridad Social de los trabajadores migrantes”. Temas Laborales. Nº 35/1995.

**FERNANDEZ DE LA MATA, Emilio y GUILLEN OLCINA, Jorge Juan.** “ Las prestaciones por desempleo y los trabajadores emigrantes en los países de la Comunidad Económica Europea, una vez retornados a España”. Revista Galega de Dereito Social. Nº 1/ (Xaneiro-xuño)/ 1995.

**FERRERAS ALONSO, Fidel.** “Panorámica de los Sistemas de Seguridad Social en los países comunitarios”. Relaciones Laborales. Nº 1/1993.

**FERRERAS ALONSO, Fidel.** “Los instrumentos internacionales en materia de Seguridad Social: los Convenios bilaterales”. Documentación Laboral. Nº 33/1991.

**FERRERAS ALONSO, Fidel.** “La exportabilidad de los suplementos por mínimos contemplados en el artículo 50 del Reglamento 1408/71 y su incidencia en la legislación española”. Noticias CEE. Nº 36. (Enero)/1988. (número monográfico Seguridad Social)

**FERRERAS ALONSO, Fidel.** “La aplicación de los reglamentos en relación con los Regímenes de Seguridad Social “independientes”. Noticias CEE. Nº 36. (Enero)/1988. (número monográfico Seguridad Social)

**FERRERAS ALONSO, Fidel.** “Recomendaciones referentes a la adopción de una “lista europea de enfermedades profesionales”. Su consideración en relación con la lista española.”. Noticias CEE. Nº 36/ (Enero)/1988. (Número monográfico Seguridad Social).

**FERRERAS ALONSO, Fidel y TEJERINA ALONSO, J.L.** “Conflictos y tendencias en la evolución de la Seguridad Social comunitaria de los trabajadores migrantes” en Revista de Seguridad Social Nº 2. (Abril-junio)/1970

**FERRERA, Maurizio.** “A New Social Contract?: the four social Europes: between universalism and selectivity.” European University Institute. 1996.

**FERRERA, Maurizio.** “Il modello sud-europeo di Welfare State”, Rivista Italiana di Scienza Politica. Nº 1/1996.

**FORDE, M.** “The vertical conflict of social security laws in the European Court”. Legal Issues of European Integration. Nº 1/1980.

**FREYRIA, C.** “Sécurité sociale et droit international privé” Revué critique de Droit International privé. 1956.

**GADBIN, Daniel.** “Les fonds de pension obligatoire face au droit communautaire de la concurrence: des positions dominantes á préserver dans le futur marché intérieur des services financiers”. Droit Social. Nº 2.(Fevrier)/2001.

**GALIANA MORENO.** “Aspectos sociales del Tratado de Amsterdam”. Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 88/1998.

**GALIANA MORENO.** “Dimensión Comunitaria del Derecho del Trabajo” RMTAS. Nº 13/1998.

**GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, Carlos.** “Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas. Anexo: Resolución del INSS sobre gestión y control de la IT de estos trabajadores”. La Mutua. Nº 3 (Septiembre-Diciembre)/2000.

**GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, Carlos.** “Concepto de trabajador. Prestación familiar. Requisito de posesión de un permiso de residencia. Aplicación del artículo 8A del Tratado de la Unión. Comentario a la STJCE de 12 de marzo de 1998\*” RMTAS. Nº 17/1999.

**GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, Carlos.** “La cotización extranjera en la pensión de jubilación española”. Tribuna Social. Nº 95/1998. Nº monográfico: “*La Reforma de la Pensión de Jubilación (II)*”.

**GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, Carlos.** “la Seguridad Social comunitaria en la última década (1987-97)”. Noticias de la Unión Europea. Nº157/(Febrero)/1998. P. 7-19. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (I).

**GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, Carlos.** “Las nuevas propuestas de la Comisión para modificar el Reglamento 1408/71. Prestaciones de desempleo y de prejubilación” Noticias de la Unión Europea. Nº157/Febrero 1998. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (I).

**GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, Carlos.** “La seguridad Social comunitaria europea durante los años 1990 y 1991” Revista del Trabajo y la Seguridad Social. Nº 7/1992.

**GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio.** “Concepto, contenido y eficacia del derecho social internacional y del derecho social comunitario”. RMTAS. Nº 2/1997

**GARCIA RODRIGUEZ, Isabel.** “El derecho comunitario como fuente del derecho internacional privado”. Anales de Derecho. Nº 12/1994.

**GARCIA RODRIGUEZ, Isabel.** “La aplicación de las normas materiales imperativas sobre concurrencia de prestaciones de la Seguridad Social en el Derecho Internacional y en el Derecho Comunitario.” Revista de Instituciones Europeas. Madrid. Vol 18. Nº3 (Sept-Dic)/ 1991.

**GARCIA RODRIGUEZ, Isabel.** “Los conflictos de leyes en materia de Seguridad Social. A proposito del caso Luijten”. Comunidades Europeas. Nº1/1987.

**GARÇON ESTRADA, Helene.** “Los nacionales de Países terceros y Europa” Noticias de la Unión Europea. Nº157 (Febrero)/1998. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (I).

**GARRIGUES GIMENEZ, Amparo.** “Desplazamiento de trabajadores y pensiones complementarias. Comentario a la Directiva 98/4/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad “. RMTAS Nº 27/2000.

**GAUTHIER, P.** “Les prestations familiales face au droit communautaire: suite du feuilleton “Pinna” Droit Social. 1988.

**GIESEN, Richard.** “Case C-120/95, Nicolas Decker v. Caisse de maladie des employés privés, Judgment of 28 April 1998, (1998) ECR I-1831; Case C-158/96, Raymond Kohll v. Union des caisses de maladie”. Judgment of 28 April 1998, (1998) ECR I-1935”. CMLReview. Vol. XXXVI/1999.

**GIORDANO, Antonino.** “La Convenzione europea di sicurezza sociale. Uno strumento multilaterale per una piu estesa tutela dei lavoratori all'estero.” Affari sociali internazionali. Anno 15. N° 3/1987.

**GOLLIER, J.J.** “Comparaison entre les systèmes de retraite européens”. RBSS. N°3/1993.

**GOMEZ ABELLEIRA, Javier.** “El subsidio por desempleo para los migrantes comunitarios mayores de cincuenta y dos años”. Documentación Laboral. N° 47/Tomo III/1995.

**GOMEZ ABELLEIRA, Javier.** “La regla “pro rata temporis” y el anticipo por la entidad gestora española de la parte de pensión de seguridad social a cargo de organismo extranjero”. Actualidad laboral N° 20 (17-23 de mayo)/1993.

**GOMEZ MUÑOZ, José Manuel.** “Empleo, crecimiento y convergencia tras las reformas de Amsterdam y la cumbre de Luxemburgo. Un análisis de la nueva Política social Comunitaria en la Europa de la moneda única.” Relaciones Laborales. Tomo I/1998.

**GOMEZ MUÑOZ, Pilar; BARROSO LAZARO, Fco. Javier.** “La introducción del euro en España. Especial referencia al ámbito de la Seguridad Social”. RMTAS, N° 16/1999.

**GOMEZ-POMAR RODRIGUEZ, Julio; GOMEZ MUÑOZ, Pilar.** “Análisis comparativo de las cotizaciones sociales en la Unión Europea”. Hacienda Pública Española. (N° monográfico)/1997.

**GONZALEZ ORTEGA, Santiago.** “La discriminación por razón de edad”. Temas Laborales N° 59/2001.

**GONZALEZ ORTEGA, Santiago.** “Entre la igualdad como límite y la diversidad como pretexto”. Revista Andaluza de Relaciones Laborales N° 4/1998.

**GONZALEZ RIVAS, J. J.** “Algunas reflexiones sobre la libertad de circulación de personas en el ámbito de la Unión europea” Noticias de la Unión Europea. N° 143/1996.

**GONZALEZ SANCHO LOPEZ, Emilio.** “La seguridad social de los migrantes no comunitarios que trabajan en la Comunidad Europea”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. N° 3 (Enero Marzo)/ 1993.

**GONZALEZ SANCHO LOPEZ, Emilio.** “Espacio comunitario y Seguridad Social: un enfoque redistributivo”. Revista de Seguridad Social. N° 41/1989.

**GONZALEZ SANCHO LOPEZ, Emilio.** “Relaciones entre legislación comunitaria y Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social: de la sentencia Rönfeldt al caso Peschiutta”. Revista de Trabajo y Seguridad Social, núrn 5/1992.

**GONZALEZ-SANCHO LOPEZ, Emilio.** “Normas de Seguridad Social contenidas en el Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Europea” Noticias CEE. N° 36 (Enero)/1988. (número monográfico Seguridad Social)

**GONZALEZ-SANCHO LOPEZ, Emilio.** “Organización administrativa comunitaria competente en materia de Seguridad Social”. Noticias CEE. N° 36 (Enero)/1988. (número monográfico Seguridad Social).

**GONZALEZ TEMPRANO, Antonio.** “El gasto de la Unión Europea en asisitencia sanitaria. Evolucion reciente”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Octubre- Diciembre/1993.



**GONZALEZ VAQUÉ, Luis.** “Aplicación del principio fundamental de la libre circulación al ámbito de la Seguridad Social: la sentencia <Decker>”. Revista de Derecho Comunitario Europeo. Nº 5/(Enero-Junio)/1999.

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “<Globalización> económica y Seguridad Social: su porfía en la Europa del euro”. Relaciones laborales. Tomo I/2000.

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “Trabajadores emigrantes: retorno y jubilación”. Tribuna Social. Nº 95/1998. Nº monográfico: “La Reforma de la Pensión de Jubilación (II).

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “Privatización y otros signos de retroceso de la Seguridad Social en Europa”. Noticias de la Unión Europea. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (y II). Año XIV. Nº 158/1998.

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “El atajo de Maastricht: convergencia económica y divergencia social. (Comentarios al Proyecto de Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social)”. Relaciones Laborales Nº 18/(Septiembre)/1997.

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “Apunte sobre los derechos de Seguridad Social de los extranjeros en España. Tras de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre”. RMTAS. (Derecho Social Internacional y Comunitario). Nº2/1997.

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “La Seguridad Social europea en el horizonte del año 1993” Noticias de la CEE. Nº 76/91.

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “La influencia en la legislación española de los instrumentos internacionales sobre Seguridad Social del Consejo de Europa”. Relaciones Laborales. Nº 12/1991.

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “La reforma de los sistemas de cotización a la Seguridad Social en la CEE”. Revista Papeles de Economía Española. Nº 41/1989.

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “La Seguridad Social en la Comunidad Europea en 1989”. Revista de Seguridad Social. Nº 43-44/1989

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “El debate sobre la edad de jubilación en Europa”. Revista de Seguridad Social Nº 42/1989.

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “Las Pensiones No Contributivas en Europa”. Documentación Laboral. Nº 27 y 28, (respectivamente Nº 4/1988 y Nº 1/1989).

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “Apuntes sobre el futuro de la jubilación en Europa”. Documentación Laboral. Nº 24/1988

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “El Reglamento 1408/71. Principios de ordenación.” Noticias CEE. Nº 36 (Enero)/1988. (número monográfico Seguridad Social)

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “La Seguridad Social española y la Directiva del Consejo 80/987/CEE de 20 de octubre, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”. Noticias CEE. Nº 36 (Enero)/1988. (número monográfico Seguridad Social)

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “Estudio de la Comisión CEE sobre los regímenes especiales de Seguridad Social. Aplicación de sus observaciones al caso de España”. Noticias CEE. Nº 36 (Enero)/1988. (número monográfico Seguridad Social).

**GONZALO GONZALEZ, Bernardo.** “Estudio de la Comisión CEE sobre los regímenes especiales de seguridad social. Aplicación de sus observaciones al caso de España”. Noticias CEE. N° 36 (Enero)/1988.

**GOSSERIES, Ph.** “Travailleurs migrants-Libre circulation-Calcul des prestations sociales-Portée et compatibilité des article 51 du traité et 46 par. 3 du règlement 1408/71 du Conseil” Journal des Tribunaux du Travail, 1977.

**GOSSERIES, Ph.** “Sécurité sociale des travailleurs migrants, CEE. Ses principes fondamentaux” Journal des Tribunaux du Travail, N° 405 (20-4-1988.)

**GUTIERREZ-SOLAR CALVO, Beatriz.** “Cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación en supuestos de prestación de servicios en distintos países comunitarios y derecho aplicable. (Comentario a la STS 4 de 16 de marzo de 1999)”. Relaciones Laborales. Tomo II/1999.

**GRAU PINEDA, M del Carmen.** “Reembolso de los gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a la Seguridad Social española: las sentencias Decker y Kohll del TJCE”. RMTAS. N° 19/1999.

**GUILLEN OLCINA, Jorge Juan.** “La Seguridad Social en la Unión Europea. La prestación por desempleo y las prestaciones familiares”. Materiales fotocopiados para el módulo sobre coordinación en el marco del Curso: “La Seguridad Social en la Unión Europea” impartido en la Universidad Carlos III. Marzo de 2000.

**GUIONNET, André.** “Sécurité Sociale et Marché Commun”. Droit Social. N°5 (Mai)/1963.

**GYSELEN, Luc.** “Case C-67/97, Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie; Joined Cases C-115-117/97, Brentjens’Handelsonderneming v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de handel in bouwmaterialen; and Case C-219/97, Drijvende Bokken v. Stichting Pensioenfonds voor de vervoer- en haven- bedrijven. Judgments of the Full Court of 21 September 1999, not yet reported”. CMLReview. Vol. XXXVII/2000.

**HANOTIAU, B.** “La sécurité sociale des travailleurs migrants. Problèmes et réalisations”. Journal des Tribunaux du Travail N° 51. (15-11-1972).

**HARTLEY, T.C.** “La libre circulation des étudiants dans la Communauté” Cahiers de Droit Européen. 1989.

**HATZOPOULOS, Vassilis G.** “*Killing* National Health and Insurance Systems but *Healing* patients? The European Market for Health Care Services After the Judgments of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms”. CMLReview. VOL. XXXIX/2002.

**HEISE, M. Bernt.** “Les possibilités d’une “harmonisation sociale” des régimes d’assurance sociale dans les Etats membres de la communauté économique européenne”. Droit Social. N° 11 (Nov)/1966.

**HENNION-MOREAU, Sylvie.** “L’influence du droit social communautaire sur le droit interne”. Droit Social. N° 7-8 (Juillet-Août)/1992.

**HENRIK PETERSEN, Jorn.** “Harmonization of Social Security in the EC Revisited” Journal of Common Market Studies. N° 5 (September)/ 1991.

**HERRAIZ MARTIN, MARIA del SOL.** “Seguridad Social y libre circulación. Determinación de la legislación aplicable a los trabajadores interinos desplazados en otro Estado miembro. Comentario de la STJCE, de 10 de febrero de 2000”. RMTAS. Nº 27/2000.

**HERRERO COCO, Covadonga.** “ La protección social e los trabajadores destacados: Legislación aplicable. Particularidades y excepciones” Noticias de la Unión Europea. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (y II). Año XIV. Nº 158/1998.

**HERRERO COCO, Covadonga.** “ El Convenio Europeo de Seguridad Social y el Reglamento CEE 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena que se desplazan dentro de la Comunidad” Revista de Seguridad Social, Nº 39. (Julio/Septiembre)/1988.

**HIOPOULOU, Anastasia; TONER, Helen.** “Case C-184/99 Rdy Gzrelczyk v. Centre public d’aide sociale d’ Ottignies-Louvain-la-Neuve, judgment of the Full Court of 20 September 2001, (2001) ECR I-6193”. CMLReview. VOL. XXXIX/2002.

**HOUWERZIJL, Mijke; PENNING, Frans.** “Double Charges in case of Posting of Employees: the *Guiot* Judgment and its Effects on the Construction Sector. European Journal of Social Security, Voume 1(1)/1999.

**HUESCA BOADILLA, Ricardo.** “La noción de “*empleos en la Administración pública*” como excepción a la libre circulación de trabajadores.” Noticias de la CEE Nº 39/1988.

**HUDSON, Robert B.** “La evolución del Estado social: transpaso de los derechos y responsabilidades que atañen a las personas de edad”. Revista internacional de Seguridad Social. Vol 48. Nº 1/1995.

**HURTADO GONZALEZ, Luis.** “Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales” Actualidad Laboral. Nº 25/1993.

**IYER, N.** “La reforma de los regímenes de pensiones en los países en desarrollo” Revista Internacional del Trabajo. Vol. 112. Nº 3/1993.

**JÄÄSKINEN, Niilo.** “The Application of Community Law in Finland: 1995-1998”. CMLReview. Vol. XXXVI/1999.

**JOOSTEN G.; SCHOUKENS, P.; PIETERS, D.** “Enquête sur le statut des personnes qui travaillent dans un Etat et son assujetties au régime de sécurité sociale d’un autre Etat” RBSS. Bruselas. Année 35. Nº 4/1993.

**JORENS, Yves; SCHULTE, Bernd.** “The Implementation of Regulation 1408/71 in the Member States of the European Union.” European Journal of Social Security. Nº 3(3)/2001.

**JORENS, Yves.** “Droit Européen de la sécurité sociale. Dispositions generales et determination de la legislations aplicable” RBSS. Année 35. Nº 3 (Julio-Agosto-Sept)/1993.

**JORENS, Yves.** “La position juridique des travailleurs turcs en droit européen de la sécurité sociale: l’affaire Taflan-Met de la Cour de Justice ou le Mithe de Sisyphe”. Revue de Droit social (Sección : Jurisprudencia). Nº 1/1997.

**KESSLER, Francis.** “L’exportation de prestations non contributives de Sécurité Sociale: du nouveau” CJCE 8/3/2001, Jauch, (C-215/99). Droit Social Nº 7-8/2001

**KESSLER, Francis.** “La coordination des Systemes de Securite sociale en relation avec l’accession des pays d’Europe centrale et d’Europe de l’est” RBSS. N° 1/1999.

**KESSLER, D.** “Le vieillissement de la population. Un defi européen”. RBSS. N° 4/1993.

**KLEINMAN, Mark, PIACHAUD, David.** “European Social Policy: Conceptions and Choices”. Journal of European Social Policy. N°3/1993.

**KNORPEL, H.** “Social Security Cases in the Court of Justice of the EC (1978-1980) part I, Common Market Law Review. Vol 18 N°4 (Nov)/1981.

**KNORPEL, H.** “Social Security Cases in the Court of Justice of the EC (1978-1980) part II, Common Market Law Review. Vol. 19. N°1 (March)/1982.

**KNORPEL, H.** “Social Security Cases in the Court of Justice of the EC (1981)”, Common Market Law Review. Vol. 20. N°1/1983.

**KNORPEL, H.** “Social Security Cases in the Court of Justice of the EC (1982)”, Common Market Law Review. Vol. 21/1984.

**KNORPEL, H.** “Social Security Cases in the Court of Justice of the EC (1983)”, Common Market Law Review. Vol. 22/1985.

**KNORPEL, H.** “Social Security Cases in the Court of Justice of the EC (1984)” Common Market Law Review. Vol. 23/1986.

**KREMALIS, K.** “International and European Social Security Law” Material fotocopiado. Erasmus- Programme 1997: “*Social Security in Europe*”. Paris. 1997.

**LAIGRE, Philippe.** “Régimes de Sécurité sociale et entreprises d’assurance. À propos de l’arrêt Garcia, Cour de Justice des Communautés européennes, 26 mars 1996”. Droit Social. N° 7-8. (Juillet-Août)/1996.

**LAIGRE, Philippe.** “L’intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale. À propos de l’arrêt Coreva, CJCE 16 novembre 1995” Droit Social. N° 1 (Janvier)/ 1996.

**LAIGRE, Philippe.** “Les organismes de Sécurité sociale sont-ils des entreprises?”. Droit Social N° 5 (Mai)/1993.

**LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo.** “La Política Social Comunitaria entre vinculabilidad jurídica y voluntad política (I y II). Relaciones Laborales. Tomo I/1992.

**LANG, Jacob.** “La place des régimes complémentaires de retraite dans la protection sociale des travailleurs et leur incidence sur la libre circulation”. RBSS. Année. XXXVI. N° 3/1994.

**LANGER, Rose.** “Conséquences de la privatisation pour la coordination des régimes de sécurité sociale relevant du règlement (CEE) N° 1408/71: problèmes et solutions” Ejemplar fotocopiado de la ponencia presentada en la “*Conférence sur les Conséquences de la Modernisation des Régimes nationaux de Sécurité Sociale pour le Règlement (CEE) N° 1408/71*” celebrada en Octubre de 1997 en Noordwijk (Holanda)

**LAROQUE, Michel .** “L’impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française”. Droit Social. N° 11 (Nov)/1997.

**LAROQUE, Pierre.** “Problemes intencionaux de sécurité sociale I y II” Revue Internationale du Travail. Tomo LXVI. (Juil-Août)/ 1952.

**LAROQUE, Pierre.** “Sécurité sociale et vie publique” Droit Social. N°12 (Décembre)/1960.

**LASKE, Caroline.** “The impact of the Single European Market on social protection for migrant workers”. CMLReview. Vol XXX. N° 3. (June)/1993.

**LEONNET, Jean.** “Protection sociale et concurrence. Note sous l’arrêt: Cass. Soc. 10 mars 1994, Bayer France c. / IRPVRP et autres.” Droit Social. N°6 (Juin)/1994.

**LHERNOULD, Jean-Philippe.** “L’accès aux prestations sociales des citoyens de l’Union européenne. CJCE 20 septembre 2001, Grzelczyk c./CPAS Ottignies-Louvain-la Neuve, aff. C-184/99.” Droit Social. N° 12 (Décembre)/2001

**LHERNOULD, Jean-Philippe.** “Nouvelles dérives libérales de la CJCE en matière de retraite complémentaire. CJCE 12 septembre 2000.” Droit Social. N° 12 (Décembre)/2000

**LHERNOULD, Jean-Philippe.** “Avantages sociaux et égalité de traitement. Une nouvelle étape dans la jurisprudence de la CJCE”. Droit Social. N° 11 (Novembre)/1999.

**LHERNOULD, Jean-Philippe.** “L’exportation des prestations sociales et subsistance dans l’Union européenne: l’apport des arrêts Snares et Meints” RBSS. N° 4/1998.

**LHERNOULD, Jean-Philippe.** “Les avantages sociaux en droit communautaire”. Droit Social N° 4 (Avril)/1997.

**LINDQUIST, Rafael.** “Swedish Disability Policy: from Universal Welfare to Civil Rights?”. European Journal of Social Security. Volume 2(4)/2000.

**LIÑAN NOGUERAS, Diego J.; ROLDAN BARBERO, Javier.** “The judicial application of community law in Spain”. CMLReview. Vol. XXX/1993.

**LOPEZ CUMBRE, Lourdes.** “Crónica comunitaria”. RMTAS. N° 22/2000.

**LOPEZ CUMBRE, Lourdes.** “Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el primer semestre de 1998”. RMTAS. N° 17/1999.

**LOPEZ CUMBRE, Lourdes.** “La protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.” RMTAS. N° 7/1998.

**LOPEZ CUMBRE, Lourdes.** “La polémica sustitución de los Convenios Internacionales de Seguridad Social entre países miembros de la Comunicad por el Reglamento 1408/71 de la CEE.” Revista del Trabajo y la Seguridad Social. (Abril-Junio)/1996.

**LOPEZ LOPEZ, Julia.** “Libre prestación de servicios y reembolso de gastos médicos . Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de las CCEE de 28 de abril de 1998”. Revista de Derecho Social. N° 4 (Octubre-Diciembre)/ 1998.

**LUMAY, Françoise.** “Cumul de droits aux prestations familiales dans l’espace economique europeen. paiemente spara difference”. RBSS N° 1/1996.

**LYON-CAEN, Antoine; SIMITIS; Spiros.** “L’Europe sociale à la recherche de ses références.” Revue du Marché Unique Européen. N° 4/1993.

- LYON-CAEN, Gerard.** “Subsidiarité et droit social européen”. *Droit Social* N° 4 (Avril)/1997.
- LYON-CAEN, Gerard.** “Le Royaume-Uni mauvais élève ou rebelle indomptable?” *Droit Social*. N° 11(Nov.)/1994.
- LYON-CAEN, Gerard.** “L’infiltration du Droit du travail par le Droit de la Concurrence”. *Droit ouvrier*. (Sept.)/1992.
- MAGREZ, M.** “Le cumul des prestations de sécurité sociales en droit comparé” *RBSS*. Vol. XXVI. N° 3/1984.
- MAGREZ, M.** “Tendances à la diversification ou à l’unicité des prestations de sécurité sociale en droit comparé”. *Journal des Tribunaux du Travail*. N° 381/20-6-1987.
- MANSILLA, Felix.** “La Seguridad Social y los Fondos de Pensiones en España y en la CEE”. *Noticias de la CEE. Separata Especial*. Diciembre 1990 N° 71.
- MARCO GARCIA, José María.** “Disposiciones financieras de los Reglamentos 1408/71 y 574/72. La Comisión de Cuentas. Incidencia para España. Magnitudes económicas”. *Noticias de la Unión Europea*. N°157 (Febrero)/1998. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (I).
- MARIN CORREA, José María.** “Protección del desempleo y derecho comunitario europeo”. *Actualidad Laboral* N° 19/10-16 de mayo de 1993.
- MARSHALL, Jane and BUTTERWORTH, Sasha.** “Pension Reform in the EU: the Unexploded Time Bomb in the Single Market”. *CMLReview*. Vol. XXXVII. N° 3 (June)/2000.
- MARTIN, D.** “Observations à l’arrêt Kziber”. *Cahiers de Droit Européen*. N° 5-6/1991.
- MARTINEZ ABASCAL, V. A.** “La jurisprudencia del TJCE en materia laboral (1991-1993)” *Noticias de la Unión Europea*. N° 132/1996.
- MATEU CARRUANA, María José.** “Los fondos de pensiones como instrumento de protección social, fuera del alcance de las reglas comunitarias de la libre competencia de mercado. Comentario a la Sentencia del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 21 de Septiembre de 1999”. *RMTAS*. N° 27/2000.
- MAVRIDIS, Prodromos.** “La fin des doubles cotisations sociales en Europe?” *Droit Social*. N° 12 (Décembre)/2000.
- MAVRIDIS, Prodromos.** “Ya-t-il une libre circulation des chômeurs?” *Droit Social* N° 5 (Mai)/1998.
- MAVRIDIS, Prodromos.** “Régimes complémentaires: droit de la concurrence ou droit social communautaire?. Quelques réflexions parfois peu conformistes”. *Droit Social* N° 3 (Mars)/1998.
- MAVRIDIS, Prodromos.** “Sickness and maternity benefits”. *Social Europe*. N° 3/92. (N° monográfico: Social security for persons moving within the Community.)
- MAZUELOS FERNANDEZ-FIGUEROA, Manuel.** “El cálculo de las prestaciones de invalidez para el trabajador migrante.” *Actualidad Jurídica Aranzadi*. N° 372 (Dic)/1998.

**MEGRET, Colette.** “Los principios comunes a los Derechos de los Estados miembros como fuente del Derecho Comunitario. Interacción entre Derecho Comunitario y Derecho nacional Informe General. XII Congreso FIDE.” Noticias de la CEE. Nº 41/1988.

**MENDIZABAL ALLENDE, R.** “La recepción del Derecho Comunitario Europeo en la Jurisprudencia Española”. Noticias de la CEE. Nº 100/1993.

**MERCADER UGUINA, Jesús R.** “Desempleo y libre circulación de trabajadores”. RMTAS. Nº 7/1998.

**MERTENS, J.** “La Cour de justice et la sécurité social des travailleurs migrants.” RBSS. Nº 3 (Mars)/1973.

**MICHELET, Karine.** “Protection sociale et contraintes économiques et monétaires européennes”. Droit Social. Nº 3 (Mars)/2001.

**MIGUEL ASENSIO, Pedro A. de.** “Integración europea y Derecho Internacional Privado”. Revista de Derecho Comunitario Europeo. Vol. I. Nº 2 (Julio-Diciembre)/1997.

**MONEREO PEREZ, J.L.** “La libre circulación de trabajadores en las Administraciones Públicas de los países comunitarios” Relaciones Laborales Nº 9/1994.

**MONGIN, Bernard; CHAVRIER, Henri; HONORAT, Edmond.** “Chronique generale de jurisprudence communautaire (95-96)” Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne. Nº 418/1998.

**MONGIN, Bernard; CHAVRIER, Henri; HONORAT, Edmond.** “Chronique generale de jurisprudence communautaire: Le droit materiel janvier 1992- aout 1993. VI Politique sociale communautaire” Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne. Nº 383 (Decembre)/1994.

**MONROE, J.G.** ”A review of the case law of the Court of justice on migrant workers and social security, July 1987-July 1989” CMLReview. Vol XXII. Nº 3/1990.

**MONTIGNY, Philippe; SAUNIER, Jean Marie.** “Les systèmes de retraite en Europe”. Solidarité-Santé. Nº 1/1998. (Nº monográfico sobre: <Les retraites et la protection Sociale en Europe)

**MONTOYA MELGAR, Alfredo.** “El Derecho internacional de la Seguridad Social”. Revista de Política Social. Nº 61/1964.

**MONTOYA MELGAR, Alfredo.** “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 1 de Abril de 1998, en recurso de casación para la unificación de doctrina sobre la solicitud de prestaciones no contributivas por una ciudadana marroquí: alcance del Convenio de Seguridad Social en España y el Reino de Marruecos”. RMTAS. Nº9/1998.

**MOORE, Matthew.** “Freedom of Movement and Migrant Worker’s Social Security: an Overview of the Case Law of the Court of Justice, 1997-2001.” CMLReview. Vol. XXXIX/2002

**MOORE, Matthew.** “Freedom of movement and migrant worker’s social security: an overview of the Court’s jurisprudence 1992-97” CMLReview. Vol. XXXV/1998.

**MOORE, Matthew.** “Cabanis-Issarte Case (C-308/93, 1996, ECR I-2097)”. CMLReview. Vol. XXXIV/1997.

**MORENO CALIZ, Susana.** “Aplicación de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social a los trabajadores extracomunitarios”. RMTAS. Nº 22/2000.

**MORGAN , Marilynne A.** “ A review of the case law of the Court of Justice on migrant workers and social security July 1986-June 1987” CMLReview. Vol XXV. Nº 2/1988.

**MORGAN , Marilynne A.** “ A review of the case law of the Court of Justice on migrant workers and social security 1985-86” CMLReview. Vol XXIV. Nº 3/1987.

**MORGENTHAL, L.** “La Sécurité sociale des travailleurs migrants, la Cour de justice et les juridictions du travail belges (de 1979 à 1982)”. Journal des Tribunaux du Travail. Nº 285/20-4-1984.

**MOTTA, A.** “Prime considerazioni sui nuovi regolamenti CEE in materia di Sicurezza Sociale”. L’Assistenza Sociale. Nº 5/1972.

**MULAS GARCIA, Alejandro.** “Reflexiones sobre el futuro de la Seguridad Social en la Europa Comunitaria”. Documentación Laboral. Nº 21/1987.

**MULAS GARCIA, Alejandro** “La Seguridad Social en el Derecho de las Comunidades Europeas” Documentación Laboral. Nº 17/1985.

**MÜNZ, Rainer.** “A continent of migration: European mass migration in the twentieth century” New Community. Journal of the European Research Centre of Migration and Ethnic Relations. Vol XXII. Nº 2 (Abril)/1996.

**NAVARRO GALLEL, Carmen.** “La jubilación de los trabajadores emigrantes comunitarios”. Actualidad Laboral. Nº 10/2001.

**NEBOT LOZANO, M<sup>a</sup> Lidón.** “La nueva regulación de las prestaciones familiares en el Reglamento 1408/71. Los asuntos Pinna y Yañez Campoy”. Noticias de la Unión Europea. Nº157(Febrero)/1998. (Nº especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (I).

**NEBOT LOZANO, M<sup>a</sup> Lidón.** “Disposiciones Sociales destinadas a promover la mejora de las condiciones de vida y trabajo. Legislación nacional que reduce la protección en materia de Seguridad Social”. Noticias CEE. Nº 36 (Enero)/1988. (Nº monográfico Seguridad Social)

**NEBOT LOZANO, M<sup>a</sup> Lidón.** “Observaciones al proyecto de modificación del Reglamento 1408/71 para incorporar en él las “prestaciones no contributivas”. Incidencia en la legislación de protección social española. Noticias CEE. Nº 36 (Enero)/1988. (Nº monográfico Seguridad Social)

**NEBOT LOZANO, M<sup>a</sup> Lidón.** “Directiva del Consejo relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma incluidas las actividades agrícolas así como sobre protección de la maternidad” Noticias CEE. Nº 36 (Enero)/1988. (Nº monográfico Seguridad Social)

**NERI, Sergio.** “Sentenze della corte di giustizia delle comunità europee”. Affari Sociali Internazionali. Nº1/1985.

**NERI, Sergio.** “Le cumul des prestations de sécurité sociale en droit communautaire” Revue Trimestrielle de Droit Européen. 1988.



- NETTER, F.** “La Seguridad Social de los trabajadores migrantes”. Revista Iberoamericana de Seguridad Social. Nº 6 (Nov-Dic)/1963.
- NEUWAHL, Nanette.** “Social Security under the EEC-Morocco Cooperation Agreement. Case c-18/90 Office national de l’Emploi (ONEM) v Bahi Kziber.” European Law Review. Vol XVI. Nº 4 (August)/1991.
- NIC SHUIBHNE, Niamh.** “Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?” CMLReview. Vol XXXIX/2002.
- NOBREGA PIZARRO, S.** “How to guarantee efficient Community coordination”. Social Europe 3/92. (Nº monográfico: Social security for persons moving within the Community.)
- NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena** “Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el segundo semestre de 1998”. RMTAS. Nº 27/2000.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena** “Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el segundo semestre de 1998”. RMTAS. Nº 22/2000.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena; LOPEZ CUMBRE, Lourdes; MORON PRIETO, Ricardo.** “El principio de igualdad de trato en las Directivas Comunitarias en materia de Seguridad Social”. RMTAS Nº 12/1999.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena.** “Los aspectos sociales del Tratado de Amsterdam”. RMTAS Nº 7/1998.
- NOVAK, Meinhard.** “Basic Principles in European Social Law Derived from the Case-Law of the European Court of Justice”. Rivista di Diritto Europeo. Nº 2 (Abril-Junio)/1998.
- NUÑO RUBIO, José Luis.** “La ampliación del campo de aplicación del Reglamento 1408/71 a los funcionarios públicos y personal asimilado”. Noticias de la Unión Europea. Nº157 (Febrero)/1998. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (I).
- NUÑO RUBIO, José Luis.** “Seguridad Social: causas más generales de revisión de resoluciones al amparo de los artículos 94 y 95 del Reglamento 1408/71” Noticias CEE. Nº 36 (Enero)/1988. (Nº monográfico Seguridad Social).
- NUÑO RUBIO, José Luis.** “Seguridad Social de emigrantes españoles a países CEE: Resoluciones anteriores a la fecha de adhesión de España en materia de pensiones y su revisión al amparo del Reglamento 1408/71”. Revista de Seguridad Social. Nº 30/1986.
- OBSERVATOIRE DES RETRAITES.** “Old age pensions: The French system”. Ejemplar fotocopiado. Junio 1996.
- O'DONOVAN, V.** “The co-ordination of social security benefits within the EEC I y II” New Law Journal. Nº 5767 (September) & 5772 (October)/1976.
- OJEDA AVILES, A.** “El proceso de integración europea en materia de Seguridad Social: principios, fines, medios” Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 107/2001.
- OJEDA AVILES, Antonio.** “El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia”. Aranzadi Social. Nº 1/2000 (Marzo)/2000.
- OJEDA AVILES, Antonio.** “La calidad social europea desde la perspectiva de los derechos fundamentales”. Relaciones Laborales. Tomo I/1998.

**OJEDA AVILES, Antonio.** “Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario” Relaciones Laborales. Nº 10/1994.

**OLARTE ENCABO, Sofía.** “Seguridad Social no contributiva y ciudadanos extranjeros. El subsidio por desempleo vinculado a cargas familiares. STS (Sala de los Social) de 11 de abril de 2000 (RJ 3435)”. Temas Laborales Nº 59/2001.

**O’LEARY, Siofra.** “The relationship between community citizenship and the protection of fundamental rights in community law”. CMLReview. Vol XXXII/1995.

**OLESTI RAYO, Andreu.** “El Acuerdo de Asociación con Turquía y el Régimen Jurídico de los Trabajadores de Nacionalidad Turca en la Unión Europea”. Revista de Derecho Comunitario Europeo. Nº 7 (Enero/junio)/ 2000.

**OLIET PALA, Blas.** “Los procedimientos judiciales ante el Tribunal de las Comunidades Europeas”. Noticias CEE. Nº 37 (Febrero)/1988.

**OLIET PALA, Blas.** “la interpretación de Reglamento 1408/71 por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: principales sentencias”. Noticias CEE. Nº 36 (Enero)/1988.

**OLMI, Giancarlo.** “Les rapports entre le droit communautaire et le droit national dans les arrêts de juridictions supérieures des Etats membres I, II y III)” Revue du Marché Commun. Nº 246-247-248/1981.

**ORDEIG FOS, Jose M<sup>a</sup>.** “La Seguridad Social en la CEE”. Tribuna Social. Nº 22/1992.

**ORDOÑEZ SOLIS, David.** “Seguridad Social y Unión Europea: las nuevas perspectivas de la protección social en Europa”. Actualidad Laboral. Nº 7/2001.

**ORTIZ LALLANA, M<sup>a</sup> Carmen.** “Balance de la jurisprudencia del TJCE en materia laboral y de la Seguridad Social durante 1987 (I y II)” Documentación Laboral. Nº 1105 y 1130/1988.

**OTTEVAERE, Anne.** “Champ d’application territorial des instruments internationaux de sécurité sociale.” RBSS. (1<sup>o</sup> trimestre)/1993.

**OTTEVAERE, Anne.** “Nouvelle insécurité juridique: l’arrêt Rondfeldt” RBSS. (4<sup>o</sup> trimestre)/ 1993.

**OTTEVAERE, Anne.** “Du Livre vert au Livre blanc, Sécurité sociale et libre circulation” RBSS. 1994.

**OTTEVAERE, Anne.** “Le Reglement 1408/71 et les conventions de sécurité sociale: suite et fin des incertitudes, l’Arret Thevenon.”. RBSS. (4<sup>o</sup> trimestre)/ 1996.

**OTTING, Albrecht.** “ Las normas internacionales del trabajo, marco de referencia de la Seguridad Social” Revista Internacional del Trabajo. Vol 112. Nº 3/1993.

**PAGE, A.C.** “The Scope of Community and National Rules against Overlapping of Social Security Benefits.” CMLReview. 1980.

**PALMERO ZURDO, Javier.** “La codificación en el ámbito social europeo: el ejemplo de la Seguridad Social” Noticias de la Unión Europea. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (y II). Año XIV. Nº 158/1998.

**PALMERO ZURDO, Javier.** "El principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social y su aplicación a los trabajadores no comunitarios que residen en España". Relaciones Laborales Nº 1/1995.

**PALOMAR OLMEDA, Alberto.** "Bases esenciales del Derecho Comunitario de la Seguridad Social". Revista de Trabajo y Seguridad Social. (Octubre-Diciembre)/1994.

**PEERS, Steve.** "Case C-210/97, Haydar Akman v. Oberkreisdirektor des Rheinisch-Bergischen Kreises, Judgment of the Court of Justice (Sixth Chamber) of 19-november-1998". CMLReview. Vol. XXXVI/1999.

**PEERS, Steve.** "European Communities and EEA. Equality, Free Movement and Social Security." European Law Review. Nº 22 (August)/1997.

**PELIGERO ESCUDERO, Pilar; ROA CARRION, Virginia.** "La jurisprudencia del TJCE en 1988." Revista de Seguridad Social 1989 (Sección Estudios).

**PENNINGS, Frans.** "The European Commission Proposal to Simplify Regulation 1408/71". European Journal of Social Security. Volume Nº 3(1)/2001.

**PENNINGS, Frans.** "The Meeusen Judgement". European Journal of Social Security. Nº 2(1)/2000.

**PENNINGS, Frans.** "The Engelbrecht Judgement". European Journal of Social Security. Nº 2(3)/2000.

**PEREZ BEVIA, José Antonio.** "Competencia judicial y ley aplicable al contrato individual de trabajo en los Convenios comunitarios europeos de Derecho Internacional privado". Relaciones Laborales. Tomo II/1995.

**PEREZ ALONSO, M<sup>a</sup>. A.** "La libre circulación de trabajadores y la protección de los derechos de Seguridad Social: a propósito de las modificaciones del Reglamento 1408/71 de 14 de junio de 1992". Tribuna Social. Nº 36/1993.

**PEREZ PIÑAR, Federico.** "Deficiente talante europeísta de la protección social comunitaria". RMTAS. Nº 32/2001.

**PEREZ del RIO, T.** "El concepto de prestaciones de asistencia social establecido por la Corte de las Comunidades Europeas y la normativa española". Temas Laborales, Nº 7/1986.

**PERL, G.** "L'interprétation des instruments de coordination de sécurité sociale. Les procédures de règlements en cas de différents; la protection juridique des intéressés". RBSS (Aôut-Septembre)//1991.

**PERRIN, Guy.** "Introduction au droit international de la sécurité sociale, coordination des législations nationales" RBSS. Nº 1-2/ 1991.

**PERRIN, Guy.** "L'avenir du droit de la sécurité sociale" RBSS Nº 11-12/1986.

**PERRIN, Guy.** "La Seguridad Social ante la perspectiva del mercado interior único" Papeles de Economía Española. Nº 4/1989.

**PERRIN, Guy.** "La Seguridad Social y la pobreza en los países desarrollados" Revista de Seguridad Social. Nº 41/1989

**PERRIN, Guy.** “La Seguridad Social ante la perspectiva del mercado interior único de la Comunidad Económica Europea para el 31 de diciembre de 1992” *Revista de Seguridad Social*. Nº 38/1988.

**PERRIN, Guy.** “El Convenio Europeo de Seguridad Social” *Revista de Seguridad Social*. Nº 39/1988

**PERRIN, Guy.** “L’influence de la Cour de Justice des CE sur la coordination internationale des législations de sécurité sociale”. *RBSS*. Nº 1(Janvier)/1979.

**PERRIN, Guy.** “La Convention européenne dans le contexte des instruments internationaux de coordination des législations de Sécurité sociale” *Revue Internationale de Sécurité Sociale*. 1978.

**PERRIN, Guy.** “Un nouvel instrument multilateral pour la protection des travailleurs migrants: la Convention européenne de sécurité sociale” *RBSS*. Nº 1(Janvier)/1973.

**PERRIN, Guy.** “Les prestations non contributives et la sécurité sociale” *Droit Social*, Nº 3 (Mars)/1961.

**PERRIN, Guy.** “Avenir de la Sécurité sociale” *Revue internationales de la Sécurité Sociale*. Nº 1/1996

**PERRIN, Guy.** “Réflexions sur cinquante années de Sécurité sociale”. *Revue Internationale du Travail*. Vol. 99. Nº 3/1969.

**PETIT, Renée.** “Le Centre de sécurité sociale des travailleurs migrants” *Droit Social* Nº 2 (Fevrier)/1965.

**PIETERS, D.** “The European Union and Social Security” new vinds in social policy?”. Material fotocopiado. Erasmus- Programme 1997 “*Social Security in Europe*.” Paris 1997.

**PIETERS, D.** “New vinds in social policy? (observations on social policy concerning the European Union and some member states)”. Material fotocopiado. Erasmus- Programme 1997 “*Social Security in Europe*”. Paris 1997.

**PIETERS, D., PALM. W., VANSTEENKISTE S.** “Le treizième Etat” *RBSS*. Nº 12 (Decembre)/1990.

**PIETERS, D.** “¿Hacia un espacio europeo de Seguridad Social en 1992?”. *Revista de Seguridad Social*. Nº 36.

**POVIE, Lydia.** “L’<europeanisation> progressive de la protection sociale”. *RBSS*. (Décembre-4º trimestre)/2000.

**PRECHAL, Sacha.** “Does Direct Effect Still Matter?”. *CMLReview*. Vol XXXVII/2000.

**PRETÔT, Xavier.** “La Cour de Justice des Communautés Européennes, le travailleur frontalier et la contribution sociale généralisée”. *Droit Social*. Nº 5 (Mai)/2000.

**PRETÔT, Xavier.** “La Cour de justice des Communautés Européennes et les fonds de pension néerlandais. Ad augusta per angusta.” *Droit Social* Nº 1 (Janvier)/2000.

**PRETÔT, Xavier.** “La notion de cotisation de Sécurité Sociale.” *Droit Social* Nº 6/1993

**PRETÔT, Xavier.** “Les travailleurs détachés et expatriés et la Sécurité sociale.” Droit Social. N° 12 (Decembre)/1991.

**PRETÔT, Xavier.** “La protection sociale des travailleurs qui se déplacent à l’intérieur de la Communauté” Droit Social N° 7-8 (Juillet-Aôut)/1989.

**PRETÔT, Xavier** “Les développements du droit social européen” Droit Social. Paris. N° 5 (Mai) 1989.

**PRETÔT, Xavier** “La Sécurité Sociale et l’Europe” Droit Social. 1987.

**PUEBLA de la PINILLA, Ana.** “Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el segundo semestre de 1999”. RMTAS N° 32/2001

**QUILEZ FELEZ, Mª Teresa; ACHURRA APARICIO, José Luis.** “Financiación de la protección social en los países de la CEE”. Noticias de la CEE. N° 36 (Enero)/1988. (N° monográfico Seguridad Social).

**RAMIREZ MARTINEZ, Juan M.** “Las normas comunitarias en materia de seguridad social.” Revista de Trevall, Generalitat Valenciana. N° 18 (Enero-Abril)/1992.

**RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel.** “Trabajadores extranjeros e integración social”. Temas Laborales. N° 54/2000.

**RANDISI, Salvatore.** “La problemática normativa e applicativa concernente la procedura di calcolo delle pensioni introdotta dai nuovi Regolamenti C.E.E.” Rivista dell’istituto nazionale de lla previdenza sociale. Anno XXX Fascicolo N° 2 (Marzo-Aprile)/1974.

**REYNAUD Emmanuel.** “Las jubilaciones en la Unión Europea: adaptación a las evoluciones económicas y sociales” Revista Internacional de la Seguridad Social. Vol. 51. N° 1/1998.

**REYNAUD, Emmanuel.** “Financiamiento de las jubilaciones: reparto y capitalización en la Unión Europea”. Revista Internacional de Seguridad Social. Vol. 48. N° 3-4/1995.

**REYNAUD Emmanuel.** “The French pension system general overview and recent developments”. Ejemplar fotocopiado, de la ponencia presentada por la autora en nombre del IRES (Institut de recherches économiques et sociales) en el International Seminar on “Recent Developments of Pension Schemes in the European Context. ” Ejemplar fotocopiado de la ponencia presentada en Rome. December 13 y 14/1995.

**REYNAUD Emmanuel.** “France: the pay -as-you-go system in the 21st century its challenges and opportunities”. Ejemplar fotocopiado de la ponencia presentada en la EFRP/NAPP Conference de Nice (France). September 13 y 15/1993.

**RICHEZ, Nadine.** “Vers un rapprochement des modes de financement de la sécurité sociale dans les pays de la communauté européenne.” Solidarite Santé. Études statistiques N° 2 (Avril-Juin)/1992.

**RIOS SALMERON, Bartolomé.** “Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez (nota de urgencia a la STJCE de 12 de septiembre de 1996, caso “Lafuente.” Actualidad laboral N° 1 30-12-1996/5-1-1997.

**ROBERTS, Simon.** “<Our view has not changed>: the UK’s response to the proposal to extend the co-ordination of social security to third country nationals”. European Journal of Social Security. Volume 2 (2)/2000.



**ROBIN-OLIVIER, S.** “La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d’Amsterdam”. *Droit Social*. N° 6 (Juin)/1999.

**ROCCELLA, Massimo.** “L’Europa e l’Italia: libera circolazione dei lavoratori e parità di trattamento trent’anni dopo” *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*. Dottrina. Anno XLVIII-N° 3-4/1997.

**RODIERE, P.** “L’arrêt Bentzinger et la jurisprudence de la Cour de Justice des Ce relative aux conflits de lois de sécurité sociale.” *Revue Trimestrelle de Droit Européen*. 1974.

**RODRIGUEZ GUTIERREZ, Javier.** “Visión general de la Seguridad Social en el Derecho Comunitario Europeo.” *RMTAS*. N° 2/1997.

**RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel.** “La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios”. *Relaciones Laborales*. Tomo II/2001.

**RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel.** “Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo”. *Temas Laborales*. N° 59/2001.

**RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel.** “El diálogo de los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Derecho Social”. *Relaciones Laborales*. Tomo II/ 1999

**RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel.** “De Maastricht a Amsterdam: Derechos sociales y empleo”. *Relaciones Laborales*. Tomo I/1998.

**RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel.** “Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social” *Relaciones Laborales*. N° 16/1988.

**RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. y CASAS BAAMONDE, María Emilia.** “El reconocimiento de los derechos sociales en la Unión Europea.” *Relaciones Laborales*, N°12/ 1995.

**RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel; CASAS BAAMONDE, María Emilia; VALDES DAL-RE, Fernando.** “Las incertidumbres de lo social en el Mercado Unico” *Relaciones Laborales*. N°1/1993.

**RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel.** “La Jurisprudencia Laboral del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 1988. Selección y Comentario”. *Relaciones Laborales*. 1989.

**RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel.** “La Jurisprudencia Laboral del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 1989. Selección y Comentario”. *Relaciones Laborales*. 1990.

**RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel.** “La Jurisprudencia Laboral del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 1990. Selección y Comentario”. *Relaciones Laborales*. 1991.

**RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel.** “La Jurisprudencia Laboral del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 1991. Selección y Comentario”. *Relaciones Laborales*. 1992.

**RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel.** “La Jurisprudencia Laboral del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 1992. Selección y Comentario”. Relaciones Laborales. 1993.

**RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel.** “La Jurisprudencia Laboral del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 1993. Selección y Comentario”. Relaciones Laborales. 1994.

**RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel.** “La jurisprudencia laboral del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 1994. Selección y Comentarios”. Relaciones laborales. 1995.

**RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel.** “El proceso legislativo comunitario y el Derecho Social Europeo”. RMTAS Nº 12/1998.

**RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel,** “Comentario a la sentencia del TJCE de 27 de junio de 1991 (control de situaciones de invalidez de trabajadores migrantes y cooperación entre Estados miembros: la postura del TJCE).” La Ley, Comunidades Europeas. Año XIII, Nº 71 (Enero)/1992.

**ROFES i PUJOL, M<sup>a</sup> Isabel.** “Comentario de la STJCE (sala 5<sup>a</sup>) de 20 de febrero de 1997 (TJCE 1997, 31) asuntos acumulados C-88/95, C-102/95 y C-103/95 Martínez Losada, Fernández Balado, y Predes. El derecho de los trabajadores migrantes a percibir el subsidio por desempleo para mayores de 52 años” Poder Judicial. Nº 51 (3<sup>a</sup> época. Julio-Septiembre)/1998.

**ROFES i PUJOL, M<sup>a</sup> Isabel.** “Las vicisitudes de la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social. La jurisprudencia sentada por el TJCE en la sentencia Barber y sus efectos en el tiempo” Noticias de la Unión Europea. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (y II). Año XIV Nº 158/1998.

**ROJAS CASTRO, Manuel.** “Denegación de pensiones alemanas debido a la mala aplicación de la ley española por la Seguridad Social de España”. Aranzadi Social. Vol V/1998.

**ROJAS CASTRO, Manuel.** “Dos sentencias del Tribunal de Justicia de las CE sobre los trabajadores españoles migrantes, que necesitan clarificación, Sentencia Lafuente Nieto (12-9-96) y Sentencia Martínez Losada (20-2-97).” Poder Judicial (3<sup>a</sup> época) Nº 49/1998.

**ROJAS CASTRO, Manuel.** “Dos sentencias del Tribunal de Justicia de las CE sobre los trabajadores españoles migrantes, que necesitan clarificación (Sentencia Lafuente Nieto y Martínez Losada). Poder Judicial (3<sup>a</sup> época) Nº 46/1997 (Vol.II).

**ROJAS CASTRO, Manuel.** ”Duda hispano-comunitaria clarada que precisa clarificación. Estudio de la Sentencia Lafuente Nieto, de 12 de septiembre 1996 (TJCE 1996, 150), C-251/1994, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre la base reguladora y el prorrateo de las pensiones españolas de los trabajadores migrantes. Nuevas sentencias españolas después del 12 de septiembre de 1996.” Aranzadi Social. Junio 1997 Nº 5.

**ROJAS CASTRO, Manuel.** “Derecho comunitario social: cuatro proyectos contra la discriminación.” Revista de Trabajo y Seguridad Social. Nº 8./1992.

**ROJAS CASTRO, Manuel.** “Prestaciones familiares de los emigrantes retornados a España perceptores de pensión de vejez, invalidez por accidente laboral de otro Estados de la Comunidad.” Revista de Trabajo y Seguridad Social. Nº 3/1991.

**ROJAS CASTRO, Manuel.** “Subsidio familiar íntegro desde 1986 por los hijos en España y Portugal de los trabajadores españoles y portugueses empleados o parados en otro Estado miembro”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Nº 3./1991.

**ROJAS CASTRO, Manuel.** “Derecho comunitario social y los trabajadores españoles en la República Federal de Alemania y portugueses empleados o parados en otro Estado miembro”. Revista de Seguridad Social. Nº 41/1989.

**RUANO ALBERTOS, Sara.** “Análisis del subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Pronunciamientos de los Tribunales de Justicia Comunitarios. A propósito de la Sentencia 1999/32 de 25 de febrero de 1999. Caso Ferreiro Alvite”. RMTAS Nº 32/2001.

**SAGARDOY, Juan Antonio; y CRISTOBAL, Charo.** “Análisis de los supuestos de aplicación de los Reglamentos comunitarios a trabajadores no comunitarios.” Noticiario Legislativo Laboral (NOL). Nº 4 (Abril)/2002.

**SALA FRANCO, Tomas.** “La libre circulación de los trabajadores asalariados y la protección del emigrante”. Actualidad Laboral. Nº 31 y 32/1989

**SANCHEZ FELIPE, José Manuel.** “La libertad de circulación de trabajadores y la política social en el Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas. Revista de Instituciones Europeas. Madrid. Vol 5. Nº 1 (Enero-Abril)/1988.

**SANCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina.** “La tutela de las prestaciones sociales como derecho de propiedad: el asunto Gaygusuz: STEDH de 16 de septiembre de 1996”. Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 95 (Mayo-Junio)/1999.

**SANCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina.** “La nueva regulación de las prestaciones no contributivas. Las cláusulas de residencia”. Noticias de la Unión Europea. Nº157 (Febrero)/1998. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (I).

**SANCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina.** “El impacto de la Sentencia Cabanis sobre la protección dispensada por el Derecho comunitario a los familiares del trabajador migrante” Temas Laborales. Nº 45/1997.

**SANCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina.** “La configuración jurídica de las pensiones españolas de Seguridad Social en su modalidad no contributiva como prestaciones especiales no contributivas en el Reglamento (CEE) 1408/71”. Relaciones Laborales. Tomo I/1995.

**SANCHEZ PEGO, F. Javier.** “El mantenimiento de la prestación por desempleo en la migración intracomunitaria”. Actualidad Laboral. Nº 3 (18-24 de enero) 1993.

**SAUNIER, Jean Marie.** “La place des transferts sociaux dans les revenus et niveaux de vie des ménages: Espagne, France, Pays Bas, Royaume-Uni”. Nº 1/1998.(Nº monográfico sobre: <Les retraites et la protection Sociale en Europe)

**SAVY, Robert.** “Sécurité sociale et droit public” Droit Social. Nº 6 (Juin)/1966

**SCHEIL-ADLUNG, Xenia.** “Seguridad Social para las personas dependientes en Alemania y otros países: entre la tradición y la innovación”. Revista Internacional de Seguridad Social. Vol 48. Nº 1/95.

**SCHULTE, B.** “The law concerning pensions”. Social Europe. Nº 3/92. (Nº monográfico: Social security for persons moving within the Community.)



**SCHOUKENS, P.** “La définition du travail indépendant dans une approche comparative européenne”. RBSS. N° 4/1998.

**SECHE, J.C.** “Bilan de la jurisprudence de la Cour de justice des CE relative aux règlements, núms 3 et 4 conernant la sécurité sociale des travailleurs migrants” Revue Trimestrielle de Droit Européen. 1968.

**SECHE, J.C.** “The revision of Regulations, num 3 and 4 in the light of their interpretation by the Court of Justice” CMLReview. 1968-69.

**SECHE, J.C.** “Free movement of workers under Community Law.” CMLReview. 1977.

**SEMPERE NAVARRO, Antonio.** “Pabellones de conveniencia y Seguridad Social”. Aranzadi Social. N° 6 (Junio)/2002.

**SEMPERE NAVARRO, Antonio.** “El concepto de <trabajador por cuenta ajena> y <trabajador por cuenta propia> a los efectos de la Seguridad Social Comunitaria y sus implicaciones”. Aranzadi Social. N° 2 (Abril)/1997.

**SIERRA HERNAIZ, Elisa.** “La sentencia Marshall: ¿un avance de la acción positiva en el derecho comunitario? Comentario a la sentencia del T.J.U.E. de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95. Actualidad Laboral N° 22. 1-7 de junio de 1998.

**SPICKER, P.** “The Principle of Subsidiarity and the Social Policy of the European Community”. Journal of European Social Policy. N° 1/1991.

**STRAUBHAAR, Thomas.** “International Labour Migration within Common Market: Some Aspects of EC Experience” Journal of Common Market Studies. Vol XXVII, N° 1 (Sept)/ 1988.

**SUAREZ CORUJO, Borja.** “Derecho Social versus derecho de la competencia: querencia neoliberal del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A proposito de la STJCE 21 de septiembre de 1999. Caso Albany”. RMTAS. (Derecho Social Internacional y Comunitario.) N° 32/2001.

**SUAREZ CORUJO, Borja.** “Las condiciones para la consolidación de los Derechos a pensiones privadas como obstáculo a la libre circulación de los trabajadores: ilustración del caso Alemán a partir del artículo 51 del Tratado de la Comunidad Europea. RMTAS. N° 12/1998.

**SUPIOT, Alain.** “L’avenir d’un vieux couple: travail et Sécurité sociale”. Droit Social. N° 9-10 (Septiembre-Octubre)/1995.

**TAMAGNO, Edward.** “Coordination des programmes de sécurité sociale entre pays développés et en développement” Revue Internationale de Sécurité Sociale. Vol 47. N°1/1994.

**TAMBURI, Giovanni.** “Motivación, propósitos y procesos de la reforma de las pensiones”. Revista Internacional de la Seguridad Social. Vol 52. N° 3/99.

**TANTAROUDAS, Ch.** “Le règlement núm. 1408/71 du Conseil relatif à l’application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l’intérieur de la Communauté” Revue Trimestrielle de Droit Européen.1972

**TANTAROUDAS, Ch.** “Jurisprudence de la CJCE en matière de sécurité sociale (Année 1976)” Revue Trimestrielle de Droit Européen.1977.

**TANTAROUDAS, Ch.** “Jurisprudence de la CJCE en matière de sécurité sociale” Revue Trimestrielle de Droit Européen. N°1/1979.

**TANTAROUDAS, Ch.** “L'égalité de traitement en matière de sécurité sociale dans les règlements communautaires” Revue Trimestrielle de Droit Européen. 1979.

**TANTAROUDAS, Ch.** “Jurisprudence de la CJCE en matière de sécurité sociale (année 1978)” Revue Trimestrielle de Droit Européen. N° 1/1980.

**TANTAROUDAS, Ch.** “Jurisprudence de la CJCE en matière de sécurité sociale (année 1979)” Revue Trimestrielle de Droit Européen. 1981.

**TAPIA HERMIDA, ANTONIO.** “STJCE 30-3-2000 (C-178/97) Determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social (la obligación de cotizar en otro Estado miembro)” Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social. N° 214/2001.

**TAPIA HERMIDA, ANTONIO.** “Comentario a la STJCE 12/7/2001 (C-368/98). Prestaciones en especie en caso de asistencia sanitaria en otro Estado miembro al que se ha tenido que desplazar el trabajador. Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social. N° 224/2001.

**THOMPSON, Lawrence H.** “Ventajas e inconvenientes de distintas estrategias de protección social.” Revista Internacional de Seguridad Social. Vol 48. N° 3-4/1995.

**TOMUSCHAT, Christian.** “Case C-85/96 María Martínez Sala v. Freistaat Bayern. Judgment of 12 May 1998. Full Court (1998) ECR I-2691. CMLReview. Vol. XXXVII/2000.

**TOSCANI GIMENEZ, Daniel.** “Análisis comparativo de la jurisprudencia comunitaria y la del Tribunal Supremo acerca del subsidio de desempleo para mayores de 52 años y los emigrantes retornados. (Comentario a las Sentencias del TJCE de 20 de febrero de 1997 y del TS de 17 de diciembre de 1997)” Relaciones laborales. Tomo II/1998.

**TOSCANI GIMENEZ, Daniel.** “Análisis de la jurisprudencia comunitaria en materia de protección social por desempleo: STJCE de 20 de febrero de 1997.” Ejemplar fotocopiado. Comunicación mecanografiada presentada a las IX Jornadas Catalanas de Derecho Social. Lleida 19 y 20 de febrero de 1998.

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.** “Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales” Poder Judicial N° 43-44 (Tomo II)/1996.

**URBANETZ, H.** “Modalités de conservation des droits et de calcul des prestations dans la Convention européenne de sécurité sociale et autres instruments de coordination” RBSS. N° 6-7/ 1991.

**URBANETZ, H.** “L'assurance vieillesse sous l'influence des changements économiques et démographiques”. RBSS N° 3/1985.

**VAL ARNAL de, J. Jesús.** “El Derecho de la Seguridad Social en la Unión Europea como instrumento al servicio de la libre circulación de los trabajadores comunitarios: una visión de los Reglamentos 1408/71 y 574/72 desde la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de España y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.” Noticias de la Unión Europea. Año XIII. N° 147 (Abril)/1997.

**VALDES DAL RE, Fernando.** “El sistema europeo de Seguridad Social: realidad y perspectivas de futuro.” Relaciones laborales. N° 19/97.

**VALDES DAL RE, Fernando.** “Los tribunales laborales en España y el Derecho Social comunitario: un diálogo emergente”. Actualidad laboral. N° 43/(23-29 de Noviembre)/1998.

**VALDES DAL RE, Fernando.** “Estado Social y Seguridad Social (I y II)” Relaciones Laborales. Tomo II/1994.

**VAN CASTEREN, Annemarie.** “Case C-66/95, The Queen v. Secretary of State for Social Security, ex parte Eunice Sutton, Judgement of 22 April 1997.”. CMLReview. Vol. XXV. (Mayo)/1998.

**VAN DER STEEN, Ivo.** “Coordination en Europe des Regimes Privatisés de Sécurité Sociale”. Ejemplar fotocopiado de la ponencia presentada en la “*Conférence sur les Conséquences de la Modernisation des Régimes nationaux de Sécurité Sociale pour le Règlement (CEE) N° 1408/71*” celebrada en Octubre de 1997 en Noordwijk (Holanda).

**VANHERCKE, Bart.** “Protection sociale et union économique et monétaire (1)” RBSS. 41 année. Mars. N° 1 (Mars)/1999.

**VAN HOLSTEIN, Nic.** “La protección familiar en la Seguridad Social holandesa” ejemplar fotocopiado de la ponencia realizada en el Seminario sobre “*La protección familiar en los sistemas de Seguridad Social*” 17 y 18 de diciembre de 1998 en la Universidad Carlos III de Madrid (Instituto de Seguridad Social Luis Vives)

**VAN LANGENDONCK, Jef.** “La cotisation patronale et l’évolution des formes du travail”. RBSS. N° 1/2000

**VAN LANGENDONCK, Jef.** “La définition de l’<assistance> et de la <sécurité sociale>”. RBSS. 41 année. N° 1 (Mars)/1999. Mars.

**VAN LANGENDONCK, Jef.** “Key issues of Social Security”. Material fotocopiado. Erasmus-Programme 1997: “*Social Security in Europe*”. Paris 1997.

**VAN LANGENDONCK, Jef.** “L’harmonisation de la Sécurité Sociale dans la Communauté Européenne.” Rivista di Diritto Internazionale e Comparato del Lavoro. 1983-85.

**VAN OORSCHOT, Wim; BOOS, Kees.** “The Battle against Numbers: Disability Policies in the Netherlands”. European Journal of Social Security. Volume 2 (4)/2000.

**VAN RAEPENBUSCH, Sean.** “La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière sociale I.” (1-1-1995 au 15-11-1996). Droit Social N° 4 (Avril)/1997.

**VAN RAEPENBUSCH, Sean.** “La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière sociale II”. (1/1/1995-15/11/1996). Droit Social. N° 5 (Mayo)/1997.

**VAN RAEPENBUSCH, Sean.** “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. Bruselas. N° 665/10-1-97.

**VAN RAEPENBUSCH, Sean.** “Who is covered by coordination? Which schemes are involved?”. Social Europe. 3/92. (N° monográfico en materia de Seguridad Social.)

**VAN RAEPENBUSCH, Sean.** “L'égalité de traitement entre nationaux et non nationaux en matière de sécurité sociale.” RBSS . Année 33. N° 5 (Mai)/1991.

**VAN RAEPENBUSCH, Sean.** “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. Jurisprudence . Cour de Justice, 7 février 1991. Affaire C-227/89, Ludwig Rönfeldt et Bundesversicherungsanstalt für Angestellte”. Cahiers de Droit Européen. N° 3-4/1991.

**VAN RAEPENBUSCH, Sean.** “Le service des prestations familiales aux travailleurs migrants soumis à la législation française après l'arrêt Pinna” Revue de Jurisprudence Sociale. N° 7/1989.

**VAN RAEPENBUSCH, Sean.** “Les limites à l'exportation de prestations pour enfants à charge au sein de la CEE.” Revue de Jurisprudence Sociale. N° 7/1989.

**VAN RAEPENBUSCH, Sean.** “Collaboration entre les communautés et les administrations nationales”. Revue Française d'Administration Publique. (Institut International d'Administration Publique). N° 48/1988.

**VAN RAEPENBUSCH, Sean.** “Les limites de la coordination communautaire des législations nationales en matière de sécurité sociale au regard du principe de l'égalité de traitement après l'arrêt Pinna” . Cahiers de droit européen . N° 5-6/1986.

**VAN RAEPENBUSCH, Sean.** “L'applicabilité matérielle du Règlement (CEE), numéro 1408/71 en matière de sécurité sociale des travailleurs migrants” Journal des Tribunaux du Travail. N° 356/10-10-1986.

**VAN RAEPENBUSCH, Sean.** “La jurisprudence communautaire en matière de règles anticumul de sécurité sociale” Cahiers de droit européen. Vol. 21.N° 3/1985.

**VANSTEENKISTE, Steven.** “EC Social Security Law-Basic Concept”. Material fotocopiado. Erasmus-Programme 1997 “*Social Security in Europe*”. Paris 1997.

**VANSTEENKISTE, Steven.** “Towards a new social dimension within the EC?. Some alternative perspectives”. Material fotocopiado. Erasmus- Programme 1997: “*Social Security in Europe*”. Paris 1997.

**VANSTEENKISTE, Steven.** “The complex art of Social Security Co-ordination” Journal of European Social Policy. 22-june-1998.

**VANSTEENKISTE, Steven.** “La protección familiar en la Seguridad Social belga” ejemplar fotocopiado de la ponencia realizada en el Seminario sobre la protección familiar en los sistemas de Seguridad Social. 17 y 18 de diciembre de 1998 en la Universidad Carlos III de Madrid (Instituto de Seguridad Social Luis Vives)

**VAZQUEZ LOSADA, A. M<sup>a</sup> y LAGUNA MARTINEZ, J.** “El sistema de protección social en España. Límites y propuestas de reforma” Noticias de la Unión Europea. N° 135/1996.

**VEIT-WILSON, John.** “Book Review (recensión de) **HEIKKILÄ, Matti; KESKITALO, Elsa (eds).** *Social Assistance in Europe: A comparative study on minimum income in seven European countries. Synthesis Report.* STAKES (National Research and Development Centre for Welfare and Health). Helsinki. 2001. **KAZEPOV, Yuri; SABATINELLI, Stefania.** *How Generous Social Assistance Schemes are? A Comparative Analysis of Benefit Levels.* STAKES.

National Research and Development Centre for Welfare and Health. Helsinki. 2001” European Journal of Social Security. N° 4 (1)/2002.

**VERDES LOPEZ-DIEGUEZ, Purificación.** “Los aspectos de la Seguridad Social de la Directiva del consejo de 29 de octubre de 1985 para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la mujer embarazada; de la Directiva de 3 de junio de 1996 relativa al acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES; y de la Directiva del Consejo de 14 de febrero de 1977 sobre la conservación de derechos caso de traspaso de empresas” Noticias de la Unión Europea. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (y II). Año XIV. N° 158/1998.

**VERDES LOPEZ-DIEGUEZ, Purificación.** “El principio de igualdad de trato hombre-mujer en los regímenes profesionales de Seguridad Social”. Noticias CEE. N° 36 (Enero)/1988. (número monográfico Seguridad Social).

**VERSCHUEREN, Herwig.** “Financing Social Security and Regulation (EEC) 1408/71” European Journal of Social Security. Volume 3 (1)/2001.

**VERSCHUEREN, Herwig.** “Le financement de la Sécurité Sociale et le Règlement (CEE) N° 1408/71”. Ejemplar fotocopiado de la ponencia presentada en la “*Conférence sur les Conséquences de la Modernisation des Régimes nationaux de Sécurité Sociale pour le Règlement (CEE) N° 1408/71*” celebrada en Octubre de 1997 en Noordwijk (Holanda)

**VERSCHUEREN, Herwig.** “La coordination communautaire des régimes nationaux de sécurité sociale. Les acquis, les limites et les perspectives”. Revue Francaise des Affaires Sociales. Año 49. N°4 (Octubre-Diciembre)/1995. (N° especial: *Les 50 ans de la Sécurité Sociale: pourquoi une protection sociale*).

**VERSCHUEREN, Herwig.** “Libre circulation des personnes et protection sociale minimale”. Revue du Marché Unique Européen. Paris. N° 2/1996.

**VERSCHUEREN, Herwig.** “EC social security coordination excluding third country nationals: Still in line with fundamental rights after the *Gaygusuz* judgement?” CMLReview. Vol XXXIV/1997

**VILA LOPEZ, Luis.** “La exclusión social. Programas de acción comunitaria” Noticias de la Unión Europea. Año XIV. N° 158/1998. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (y II).

**VILA LOPEZ, Luis.** “La marginación social en las Comunidades Europeas”. Noticias CEE. N° 36 (Enero)/1988. (Número monográfico Seguridad Social).

**VIVES CABALLERO, Marta.** “La extensión territorial del Reglamento CEE 1408/71. Nuevas adhesiones. Espacio Económico Europeo. Las negociaciones con otros Estados no miembros de la Unión Europea: Suiza” Noticias de la Unión Europea N° 157 (Febrero)/1998. Número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (I).

**VIVES CABALLERO, Marta.** “Código Europeo de Seguridad Social: comentarios a su contenido y a su ratificación por España”. Relaciones Laborales. Tomo I/1995.

**VOGEL-POLSKY, Eliane.** “Les compétences sociales de l’Union européenne: protection sociale et sécurité sociale” RBSS. 4° trimestre/1994.

**VOIRIN, Michel.** “Los regímenes de pensiones privados y públicos: claves para un enfoque comparativo”. Revista Internacional de Seguridad Social. Vol. 48. N° 3-4/1995.

**VOIRIN, Michel.** “Libre circulación de las personas entre los Estados miembros de la comunidad Económica Europea: implicaciones prácticas para las instituciones de Seguridad Social”. *Revista Internacional de Seguridad Social*. (AISS). Nº 3/1992.

**VOIRIN, Michel.** “ Seguridad Social y Mercado Interior Europeo ¿De qué tipo serán las medidas de la Comunidad para 1993?”. *Revista Internacional de Seguridad Social*. Vol. 44. Nº 1-2/1991.

**VON MAYDELL, Bernd.** “Tendances et Développements dans les Régimes Nationaux de Sécurité Sociale: Transfert de la forme et du contenu de la Sécurité Sociale du Secteur public au Secteur privé”. Ejemplar fotocopiado de la ponencia presentada en la *Conférence sur les Conséquences de la Modernisation des Régimes nationaux de Sécurité Sociale pour le Règlement (CEE) Nº 1408/71*. Celebrada en Octubre de 1997 en Noordwijk (Holanda)

**VON MAYDELL, Bernd.** “ El porvenir de la Seguridad Social” *Revista Internacional de Trabajo*. Vol 113. Nº14/1994.

**VV.AA.** Número monográfico sobre *Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Temas Laborales. Nº 59/2001

**WATSON, Philippa.** “Social policy after Maastricht” *CMLReview*. Vol. XXX. Nº 3/1993.

**WATSON, Philippa.** “The Community Social Charter”. *CMLReview*. Vol XXVIII. Nº 1/1991.

**WATSON, Philippa.** ”Minimum income benefits: social security or social assistance?” *European Law Review*. 1986.

**WATSON, Philippa.**”Free movement of workers and social security”. *European Law Review*, 1985.

**WATSON, Philippa.** “Aspects actuels de la sécurité sociale des travailleurs migrants.” *Journal des Tribunaux du Travail*. 1984.

**WATSON, Philippa.** “Harmonization of Social Security and labor law in the European Economic Community.” *Comparative Labour Law*. 1981.

**WEBER, A.** “Court of Justice. Case C-18/90 Bahia Kziber v. Office National de l’Emploi (ONEM)” *CMLReview*. Vol XXVII. Nº 4/1991.

**WHITEFORD, Peter.** “Utilización de las tasas de reemplazo en las comparaciones internacionales de los sistemas de prestaciones”. *Revista Internacional de Seguridad Social*. Vol 48. Nº 2/1995.

**WHITEFORD, Elaine A.** “Lost in the mist of time. The ECJ and Occupational Pensions”. *CMLReview*. Vol XXXII/1995.

**WIBAULT , J.** “Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois.” *Droit Social*. 1965.

**WILSON, Ian.** “The future of Social Security Co-ordination for people moving from one EU Country to Another.” *Benefits and Compensation International*. Mayo/ 1998.

**WYATT, D.** “Social Security Rights of Migrant Workers and their families” *CMLReview*. 1977.

**ABREVIATURAS**

Art: artículo

AS: Aranzadi Social

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CE: Comunidad Europea.

CES: Consejo Económico y Social.

CCSSTM: Comité Consultivo sobre la SS de los trabajadores migrantes.

CASSTM: Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

CMLReview: Common Market Law Review

Col.: Colección.

COM: Comisión.

DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

D.A.: Disposición Adicional.

D.T.: Disposición Transitoria.

Ed.: Edición.

FºJº: Fundamento Jurídico.

INEM: Instituto Nacional de Empleo.

INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social.

IPC: Índice de precios al consumo.

JS: Juzgado de lo Social.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LGPE: Ley General de Presupuestos del Estado.

LGSS: Real Decreto Legislativo de 1/94 de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 29 junio).

MTAS: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

MTSS: Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social.

NCA: Norma Comunitaria Anticúmulo.

NNA: Norma Nacional Anticúmulo.

OM: Orden Ministerial

OPOCE: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

PENC: Prestaciones Especiales No Contributivas.

R.: Reglamento

R. 1408: Reglamento (CEE) 1408/71.

R. 574: Reglamento (CEE) 574/72.

RBSS: Revue Bélgé de la Sécurité Social  
Rec. Núm.: Recurso Número  
RETA: Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.  
RGSS: Régimen General de Seguridad Social.  
RJ: Repertorio de Jurisprudencia  
RMTAS: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales  
SOVI: Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez  
ss: siguientes  
SS: Seguridad Social.  
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional  
STCT: Sentencia del Tribunal Central de Trabajo  
STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.  
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.  
STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.  
TC: Tribunal Constitucional.  
TCT: Tribunal Central de Trabajo.  
TGSS: Tesorería General de la Seguridad Social.  
TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.  
TRLGSS: Texto refundido de la LGSS.  
TS: Tribunal Supremo.  
TSJ: Tribunal Superior de Justicia.  
VV.AA.: Varios Autores.





