

	MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES	SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL
---	---	---

LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES

**RESPONSABLE: MANUEL CORREA CARRASCO
UNIVERSIDAD CARLOS III. MADRID**

Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1051/2005, de 12 de abril (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS-)

La Seguridad Social no se identifica con el contenido y/o conclusiones de esta investigación, cuya total responsabilidad corresponde a sus autores.

LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES

PROTECCIÓN SOCIAL EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES

COORDINADOR:

MANUEL CORREA CARRASCO

AUTORES:

DOLORES CARRASCOSA BERMEJO

MANUEL CORREA CARRASCO

SUSANA DE LA CASA QUESADA

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA

CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE

SOFÍA OLARTE ENCABO

SONIA ISABEL PEDROSA ALQUÉZAR

MARÍA LUÍSA RODRÍGUEZ COPÉ

SUSANA TORRENTE GARI

MERCEDES ZARZALEJO CARBAJO

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN

EL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL Y LA PROTECCIÓN SOCIAL EXTRATERRITORIAL: PROBLEMAS Y SOLUCIONES

Manuel Correa Carrasco

1.- INTRODUCCIÓN

2.- EL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL Y LA PROTECCIÓN SOCIAL EXTRATERRITORIAL

2.1.- Las diferentes hipótesis de extraterritorialidad y su proyección en el plano de la protección social.

2.2.- Relación laboral y relación de protección social

2.3.- Las diferentes dimensiones de la protección social y su proyección en el plano extraterritorial

2.3.1.- Protección Social pública o básica: Seguridad Social y Asistencia Social

2.3.2.- Protección Social Complementaria y extraterritorialidad

3.- LAS VÍAS ESTABLECIDAS PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES

3.1.- Los órdenes normativos implicados

3.1.1.- La normativa internacional en materia de protección social

3.1.2.- La normativa comunitaria en materia de protección social

3.1.3.- La normativa convencional: los convenios bilaterales en materia de protección social

3.2.- Ley aplicable y competencia judicial en materia de protección social

3.2.1.- La determinación de la ley aplicable

3.2.2.- La determinación de la competencia judicial

3.3.- Los principios informadores de la ordenación jurídica de la protección social extraterritorial

4.- LA DELIMITACIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LOS ÁMBITOS DE INCIDENCIA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EXTRATERRITORIAL

4.1.- El ámbito material: las contingencias protegidas

4.2.- El ámbito subjetivo: la protección social de colectivos específicos.

BIBLIOGRAFÍA

LA PROTECCIÓN SOCIAL A NIVEL EXTRACOMUNITARIO: LOS CONVENIOS BILATERALES DE SEGURIDAD SOCIAL E INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO

MERCEDES ZARZALEJO CARBAJO

1. INTRODUCCIÓN.-

2. LOS CONFLICTOS DE LEYES EN LA RELACIÓN DE AFILIACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL.-

2.1. Las reglas contenidas en los Convenios bilaterales de Seguridad Social firmados por España.-

2.1.1. *Campo de aplicación de los Convenios bilaterales de Seguridad Social.-*

2.1.2. *Normas convencionales de determinación de la legislación aplicable: la regla general y sus excepciones.-*

2.2. Las soluciones particulares ante la inexistencia de norma convencional: la situación asimilada al alta.-

2.2.1. *La situación asimilada al alta adquirida de forma automática.-* 2.2.2. *La situación asimilada al alta adquirida mediante la suscripción de un Convenio especial de Seguridad Social.-*

3. LA LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.-

3.1. El régimen prestacional de los Convenios bilaterales firmados por España.-

3.1.1. *Las prestaciones sociales en especie.-*

3.1.2. *Las prestaciones dinerarias o en metálico.-*

3.2. La específica protección en ausencia de convenio internacional: los Convenios especiales de Seguridad Social.-

4. CONCLUSIONES.-

5. ANEXOS.-

5.1. Anexo I: Cuadro-Resumen de los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España.-

5.2. Anexo II: Duración máxima del mantenimiento de la ley española en los desplazamientos de trabajadores prevista por los Convenios bilaterales.-

5.3. Anexo III: Prestaciones reconocidas por los Convenios bilaterales de Seguridad Social.

LOS CONVENIOS BILATERALES DE SEGURIDAD SOCIAL SUSCRITOS POR ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO.

Susana de la Casa Quesada

1. INTRODUCCIÓN.

2. INCLUSIONES Y EXCLUSIONES DE NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

3. CONVENIOS BILATERALES DE SEGURIDAD SOCIAL SUSCRITOS POR ESPAÑA

3.1. Ámbito de aplicación objetivo.

3.1.1. Prestaciones contributivas a favor de los trabajadores extranjeros en España.

3.1.2 Prestaciones contributivas a favor de los trabajadores españoles en terceros países.

3.1.3. Las prestaciones no contributivas en los Convenios bilaterales.

3.2. Ámbito subjetivo

3.2.1. Definición de trabajador, familiar o beneficiario dependiente

3.2.2. Ámbito de aplicación personal de los Convenios bilaterales.

3.3. Disposiciones sobre la legislación aplicable

3.3.1. Trabajadores por cuenta ajena

3.3.2. Trabajadores por cuenta propia.

3.4. Disposiciones relativas a las prestaciones.

3.4.1. Principio de no acumulación de prestaciones.

3.4.2. Principio de totalización de períodos de seguro.

3.4.3. El derecho a cada una de las prestaciones.

3.5. Disposiciones transitorias y finales.

4. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN LOS CONVENIOS BILATERALES. 5. REFLEXIÓN FINAL

LAS PRESTACIONES POR VEJEZ Y SUPERVIVENCIA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

Dolores Carrascosa Bermejo

- 1.- INTRODUCCIÓN.**
- 2.- AMBITO SUBJETIVO DEL CAPÍTULO III DEL TÍTULO III DEL RGTO CEE/1408/71/CEE.**
 - 2.1.- Requisito de nacionalidad**
 - 2.2.- Reconocimiento de una pensión de viudedad a favor del cónyuge superviviente de un matrimonio homosexual**
- 3.- RECONOCIMIENTO DE PENSIONES DE JUBILACIÓN.**
 - 3.1.- Las pensiones de jubilación anticipada: los mutualistas .**
- 4. INTRODUCCIÓN AL SISTEMA DE CÁLCULO DE PENSIONES.**
- 5.- PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA TEÓRICA ESPAÑOLA.** 5.1.- Determinación de la base reguladora: bases de cotización computables. 5.2.- Determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora: límite a la totalización de cotizaciones foráneas.
- 6.- PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA DETERMINACIÓN DE LA PRORRATA TEMPORIS.**
- 7.- CONCLUSIONES**

LAS PRESTACIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA: NUEVAS PERSPECTIVAS Y VISIÓN CRÍTICA.

SONIA ISABEL PEDROSA ALQUÉZAR

I. INTRODUCCIÓN.....	187
2. LAS BASES JURÍDICAS DE LA PROTECCIÓN DE LOS RIESGOS PROFESIONALES EN EUROPA: LAS NORMAS INTERNACIONALES Y LA COINCIDENCIA DE RÉGIMENES.	191
2.1. Las normas de la OIT y del Consejo de Europa.....	191
2.2. Las coincidencias de regímenes	193
3. REGULACIÓN Y PROBLEMÁTICA DE LOS RIESGOS PROFESIONALES EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES EN EUROPA...195	
3.1. Las prestaciones por riesgos profesionales.	196
3.2. Las prestaciones de invalidez como causa de los riesgos profesionales.	200
4. LA CALIDAD SOCIAL COMO PREMISA PARA LA EFECTIVIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL EUROPEA.....	203
5. EL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN Y SU INFLUENCIA EN LAS PRESTACIONES DE RIESGOS PROFESIONALES	207
5.1. El método abierto de coordinación como respuesta a las demandas de calidad social.	208
5.2. La calidad social y el mac como principios inspiradores de unas prestaciones en riesgos profesionales efectivas.	213
6. CONCLUSIONES	216

LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES

Sofía Olarte Encabo

- 1.- ACOTACIÓN DEL TEMA Y CATALOGACIÓN SISTEMÁTICA DE SITUACIONES TRANSNACIONALES
2. CARACTERIZACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL
3. EL DERECHO COORDINATORIO DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN LA UE.
 - 3.1. Consideraciones generales sobre el Derecho Coordinatorio de la Seguridad Social.
 - 3.2 La coordinación de las prestaciones por desempleo en el ámbito europeo
 - 3.3. Las prestaciones por desempleo de residentes en país distinto del país del último empleo (fronterizos y no fronterizos).
 - 3.4 Las perspectivas de las prestaciones por desempleo en el Reglamento CE 883/2004 y en la propuesta de Reglamento de aplicación.
4. PRESTACIÓN Y SUBSIDIO POR DESEMPLEO DEL EMIGRANTE RETORNADO EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL

LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS EN LA NORMATIVA COMUNITARIA

Susana Torrente Gari

- 1.- APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS
- 2.- EL CONTEXTO COMUNITARIO
 - 2.1.- *La Seguridad Social “comunitaria”*
 - 2.2.- La “coordinación” en el marco de las prestaciones no contributivas
- 3.- LA REGULACIÓN DEL REGLAMENTO 1408/71
 - 3.1.- Campo de aplicación personal
 - 3.2.- Ámbito material: las prestaciones no contributivas
 - 3.3.- Las prestaciones especiales de carácter no contributivo
 - 3.4.- El artículo 10 del Reglamento 1408/71
- 4.- *LAS DIFERENCIAS ENTRE SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL*
- 5.- LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS ESPECIALES Y SU REGULACIÓN ACTUAL
- 6.- EL REGLAMENTO 883/2004, DE 29 DE ABRIL
- 7.- EL REGLAMENTO 647/2005, DE 13 DE ABRIL DE 2005
- 8.- CONCLUSIONES

LOS “SISTEMAS NACIONALES” DE “DEPENDENCIA” Y “ASISTENCIA SANITARIA” EN EL MARCO DEL NUEVO REGLAMENTO COMUNITARIO DE “COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL”

Cristóbal Molina Navarrete

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- LA PROVISIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA, LIBERTAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DERECHO COMUNITARIO DE COORDINACIÓN
 - 2.1.- El marco normativo: el TCE y la Carta Comunitaria. La asistencia sanitaria como derecho instrumental al servicio de la salud humana
 - 2.2.- Una breve referencia a los “modelos de organización” y “provisión” de la asistencia sanitaria en los países de la UE

- 2.3.- Las peculiaridades de la coordinación de las prestaciones en especie por enfermedad en los reglamentos comunitarios
 - 2.3.1.- Los principios de coordinación para las prestaciones por enfermedad
 - 2.3.2.- Las prestaciones de enfermedad de “personas aseguradas” y miembros de sus familias, que no sean pensionistas o familiares de éstos
 - 2.3.3.- Las reglas aplicables a los “pensionistas” y a los “miembros de sus familias”
 - 2.3.4.- Los mecanismos de reembolso de las prestaciones sanitarias
- 2.4.- La libertad de prestación de servicios en un mercado único y el derecho a la movilidad por motivos de asistencia sanitaria
- 3.- LA PROTECCIÓN FRENTE A LAS “SITUACIONES DE DEPENDENCIA” Y EL DERECHO COMUNITARIO DE COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL
 - 3.1.- La protección frente a la dependencia como derecho fundamental del ciudadano europeo
 - 3.2.- La diversidad de modelos de protección frente a las situaciones y/o riesgo de dependencia en los países comunitarios
 - 3.3.- La configuración de la protección frente a las situaciones de dependencia a efectos del Derecho Comunitario de Coordinación
- 4.- REFLEXIÓN FINAL

LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA A NIVEL COMUNITARIO

JULIA MUÑOZ MOLINA

1. INTRODUCCIÓN: EL MODELO ESPAÑOL DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA.

2. LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.

2.1.- Principales acciones de las instituciones comunitarias en materia de protección complementaria, previas a la directiva 98/49/CE.

2.2.- La Directiva 98/49/CE:

2.2.1.- Ámbito de aplicación subjetivo.

2.2.2.- Ámbito material.

2.2.3.- Medidas de salvaguardia de los derechos de pensión de los trabajadores que se desplazan en la comunidad:

1. Igualdad de trato en el mantenimiento de los derechos de pensión.

2. Pagos transfronterizos.

3. Cotización a los regímenes complementarios de pensión por parte de los trabajadores desplazados y en su nombre.

4. Información a los afiliados.

2.2.4.- Disposiciones finales.

3. ACCIONES DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS POSTERIORES A LA DIRECTIVA 98/49/CE.

3.1.- Coordinación fiscal.

3.2.- Fondos de pensiones.

3.3.- Supresión de los obstáculos a la movilidad profesional. Transferencia de los derechos de pensión complementaria.

4. CONCLUSIONES.

LOS TRABAJADORES FRONTERIZOS PRESENTE Y FUTURO EN LA NORMA DE COORDINACIÓN COMUNITARIA (RGTO 1408/71/CEE Y RGTO 883/2004/CE)”¹

Dolores Carrascosa Bermejo

1.- INTRODUCCIÓN

2.- CONCEPTO DE TRABAJADOR FRONTERIZO.

2.1.- El concepto de trabajador en la norma de coordinación

2.2.- Peculiaridad caracterizadora del trabajador fronterizo

2.2.1.- Diferenciación respecto de otros tipos de trabajadores contemplados en la norma de coordinación

2.2.2.- Concepto de fronterizo en otros ámbitos

3.- PROBLEMAS AFILIATIVOS Y DE DOBLE COTIZACIÓN

3.1.- Conflicto negativo de leyes.

3.2.- Conflicto positivo de leyes: doble cotización

4.- REGLAS ESPECÍFICAS PARA EL RECONOCIMIENTO Y CÁLCULO DE DETERMINADAS PRESTACIONES

4.1.- Asistencia sanitaria

4.1.1.- Cobertura en el Rgto 1408/71/CEE

4.1.2.- Cobertura en el Rgto 883/2004/CE

4.2.- Prestaciones en metálico por enfermedad común

4.3.- Accidente de trabajo y enfermedad profesional

4.4.- Desempleo

4.4.1.-Ley aplicable al trabajador fronterizo desempleado en el Rgto 1408/71/CEE

4.4.2.-Ley aplicable al trabajador Fronterizo desempleado en el Rgto 883/2004/CE

4.4.3.- Cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo

4.4.4.- Exportación de la prestación de desempleo

5.- PRESTACIONES FAMILIARES

5.1.- La normativa anticúmulo en el Rgto 1408/71/CEE

5.2.- La normativa anticúmulo en el Rgto 883/2004/CE

LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS AL EXTRANJERO POR SUS EMPRESAS

Francisco Javier Gómez Abelleira

¹ Este trabajo recoge la ponencia presentada en el II Congreso sobre “Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales” celebrado en la Facultad de Derecho de Zaragoza el 14 de diciembre de 2006.

1.- INTRODUCCIÓN

2.- EL SISTEMA INTERNACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL: BASES PÚBLICAS Y TÉCNICAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

3.- LOS DESPLAZAMIENTOS COMUNITARIOS Y LA SEGURIDAD SOCIAL

3.1.- El supuesto de hecho de la norma

3.1.1.- Elementos subjetivos del supuesto de hecho

3.1.2.- Elementos objetivos del supuesto de hecho

3.2.- Las consecuencias jurídicas del desplazamiento temporal: ley aplicable a la afiliación, la cotización y las prestaciones

3.3.- Formalidades del desplazamiento temporal de trabajadores

4.- LOS DESPLAZAMIENTOS EXTRACOMUNITARIOS Y LA SEGURIDAD SOCIAL

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL MAR

M^a Luisa Rodríguez Copé

1.- PLANTEAMIENTO PRELIMINAR

2.-MARINEROS ESPAÑOLES EMBARCADOS EN BUQUES BAJO BANDERA DE CONVENIENCIA. PROBLEMAS PLANTEADOS.

2.1.-Soluciones esgrimidas desde la comunidad internacional a los problemas de Seguridad Social derivados de los pabellones de conveniencia.

2.2.- Soluciones internas.

2.2.1.- Especial referencia a los criterios jurisprudenciales.

3.- EMBARQUE DE PESCADORES ESPAÑOLES EN PESQUEROS PROPIEDAD DE SOCIEDADES MIXTAS.

3.1.- Las sociedades mixtas. Breve referencia.

3.2.-Un apunte al marco normativo nacional y a los tratados internacionales.

4.- UN APUNTE A LA DETERMINACIÓN DE LA BASE REGULADORA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN EL SUPUESTO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN BUQUES EXTRANJEROS.

**LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL
INTERNACIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL**

MERCEDES ZARZALEJO CARBAJO

- 1. INTRODUCCIÓN.-**
- 2. LA NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL.-**
- 3. LOS FOROS COMPETENCIALES EN LAS DISPOSICIONES INTERNAS: ESPECIAL
REFERENCIA AL ART. 25 DE LA LOPJ.-**
- 4. CONCLUSIONES.-**

PRESENTACIÓN

Los procesos de integración internacional a los que se han visto sometidas, en los últimos tiempos, las economías nacionales de la práctica totalidad de los Estados desarrollados, la supresión global de las barreras impuestas a la libre circulación de mercancías, capitales, servicios y personal y la correlativa expansión transnacional de las cuotas de mercado de numerosas entidades mercantiles han alterado notablemente los sistemas internos de relaciones laborales, sobre todo, por lo que a la ubicación espacial del trabajo se refiere y, concretamente, en lo relativo a las potenciales decisiones modificativas del lugar de trabajo que puedan adoptarse en el ámbito empresarial, surgiendo así una nueva figura a la que se le ha denominado *movilidad geográfica internacional* de los trabajadores. Estas nuevas realidades socio-económicas han supuesto el nacimiento de variadas situaciones fácticas necesitadas de amparo legal y, en consecuencia, de una solución jurídica específica en cada caso, habida cuenta de los evidentes problemas, relativos a la determinación de la ley aplicable y de la competencia judicial, que se producen cuando tiene lugar una medida tan trascendental para el trabajador como es el cambio de ubicación de la prestación de servicios y la misma pasa a desarrollarse en el territorio de un país distinto del habitual.

En el ámbito de la protección social, esta problemática adquiere una dimensión propia, a pesar de las obvias conexiones entre relación laboral y relación de seguridad social. El carácter territorial de los sistemas estatales de Seguridad Social, por un lado, y la progresiva tendencia hacia la extensión extraterritorial de los sistemas de protección social, por otro, son factores que generan en la actualidad un elevado número de problemas aplicativos en un contexto socioeconómico donde, cada vez de forma más acuciante, se potencia la movilidad transnacional de los trabajadores. Una parte importante de esta problemática, que se inserta en la, más genérica, de la concurrencia espacial de leyes, aparece vinculada a las distintas situaciones en las que puede encontrarse un trabajador español que se desplaza o emigra a otro país, ya sea comunitario o extracomunitario, para desarrollar su actividad laboral. En las distintas hipótesis que pueden establecerse, se plantea, de forma genérica, la cuestión de la determinación de la ley aplicable a las relaciones de protección social que conciernen a tales trabajadores. Pero la solución en cada caso va a depender de las específicas circunstancias que estén presentes en cada uno de los supuestos planteados. Por ello, el objeto primordial del presente trabajo de investigación consiste en el análisis de la solución jurídica prevista en cada caso frente a los eventuales conflictos legislativos que las mismas pudieran plantear a la luz del marco normativo vigente.

Ciertamente, las diferencias que acontecen en los sistemas internos de Seguridad Social han supuesto tradicionalmente una asignatura pendiente para los Estados, de ahí que se

hayan impulsado constantes políticas de armonización y coordinación de los derechos sociales, hablándose incluso del nacimiento de una nueva rama jurídica denominada *Derecho internacional de la Seguridad Social*. En este sentido, trataremos de analizar los principios y fuentes de los que se compone la mencionada disciplina, así como su propio contenido, siempre con el firme propósito de solventar la disyuntiva acerca de la legislación aplicable a los derechos sociales, tanto activos como pasivos, del trabajador migrante. Para ello, distinguiremos básicamente, ente los diferentes ámbitos territoriales en los que se pueda desarrollar la prestación transnacional de servicios, puesto que, como se sabe, no es lo mismo que la movilidad se realice en territorio de la UE o de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que la misma se efectúe en el ámbito extracomunitario. La homogeneidad relativa entre los distintos sistemas de protección concurrentes en el marco comunitario y la institucionalización de las soluciones técnicas elaboradas al respecto repercuten en el rigor técnico de las mismas y, en última instancia, en los niveles de protección alcanzados que, en ningún caso son parangonables a los instrumentalizados con países extracomunitarios mediante convenios bilaterales. Finalmente, Por otra parte, en la medida en que se trata de una problemática distinta pero inescindible de la aludida, resultará obligado abordar el estudio de la determinación del órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de los litigios que pudieran plantearse en materia de Seguridad Social, sobre la base de las disposiciones contenidas en la normativa nacional e internacional relativa a la competencia judicial.

El presente volumen recoge las ponencias presentadas por sus autores en los seminarios organizados, respectivamente, en la Universidad Internacional de Andalucía (Baeza) y en la Universidad de Zaragoza, dentro de las actividades programadas en el marco del Proyecto de Investigación “La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales”, financiado por el MTAS (FIPROS-2005-11), y adscrito a la Universidad Carlos III de Madrid. Sólo resta agradecer su esfuerzo a los participantes, la colaboración prestada a los responsables de los centros señalados y, desde, la confianza depositada por los responsables del Ministerio a la hora de apoyar el proyecto.

Manuel Correa Carrasco
Director del Proyecto de Investigación

EL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL Y LA PROTECCIÓN SOCIAL EXTRATERRITORIAL: PROBLEMAS Y SOLUCIONES

Manuel Correa Carrasco
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad Carlos III de Madrid.

SUMARIO:

- 1.- INTRODUCCIÓN**
- 2.- EL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL Y LA PROTECCIÓN SOCIAL EXTRATERRITORIAL**
 - 2.1.- Las diferentes hipótesis de extraterritorialidad y su proyección en el plano de la protección social.
 - 2.2.- Relación laboral y relación de protección social
 - 2.3.- Las diferentes dimensiones de la protección social y su proyección en el plano extraterritorial
 - 2.3.1.- Protección Social pública o básica: Seguridad Social y Asistencia Social
 - 2.3.2.- Protección Social Complementaria y extraterritorialidad
- 3.- LAS VÍAS ESTABLECIDAS PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES**
 - 3.1.- Los órdenes normativos implicados
 - 3.1.1.- La normativa internacional en materia de protección social
 - 3.1.2.- La normativa comunitaria en materia de protección social
 - 3.1.3.- La normativa convencional: los convenios bilaterales en materia de protección social
 - 3.2.- Ley aplicable y competencia judicial en materia de protección social
 - 3.2.1.- La determinación de la ley aplicable
 - 3.2.2.- La determinación de la competencia judicial
 - 3.3.- Los principios informadores de la ordenación jurídica de la protección social extraterritorial
- 4.- LA DELIMITACIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LOS ÁMBITOS DE INCIDENCIA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EXTRATERRITORIAL**
 - 4.1.- El ámbito material: las contingencias protegidas
 - 4.2.- El ámbito subjetivo: la protección social de colectivos específicos.

BIBLIOGRAFÍA

1.- INTRODUCCIÓN

La globalización constituye, sin duda, el fenómeno de mayor trascendencia en los procesos de cambio que se producen en la sociedad actual. Los planos sobre los que proyecta su incidencia son múltiples, como variadas son también las valoraciones que de la misma pueden hacerse derivar. Sin perjuicio de ello, es el plano económico el que se erige en uno de los principales escenarios en el que se experimentan, con mayor nitidez y relieve, los mencionados cambios. La mercantilización del mundo provoca, de forma inexorable, la necesidad de efectuar una reestructuración del paradigma tradicional del Estado-nación. Ante una economía que diseña sus estrategias a escala global, los mecanismos de control y protección jurídica de procedencia estatal devienen claramente insuficientes. En definitiva, como se ha señalado con acierto, “la globalidad de la política económica pide la unificación de las decisiones jurídicas estatales”².

En el ámbito de las relaciones laborales, los contrapesos al poder económico sufren una notable merma. Ni el poder normativo del Estado ni el que emerge de la autonomía colectiva, cuyos respectivos ámbitos de actuación quedan constreñidos por el principio de territorialidad, pueden afrontar con eficacia el cumplimiento de su función de tutelar los intereses de los trabajadores en los casos, cada vez menos infrecuentes, de movilidad transnacional de mano de obra. La capacidad de las empresas y grupos multinacionales para responder a las exigencias de movilización de recursos económicos y humanos de unos países a otros contrasta con las limitaciones inherentes a una configuración

² CASAS BAAMONDE, “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en al era global: objetivos y significación de la ley”, en la obra colectiva (CASAS/DEL REY Coords.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002; p. 2,

estatalista de los sistemas de relaciones laborales³. Esta especie de *décalage* se traduce inexorablemente en problemas de desprotección para los trabajadores afectados que, generalmente, se encuentran huérfanos de mecanismos de tutela, sean éstos de procedencia estatal (heterotutela) o colectiva (autotutela). Con todo, la búsqueda y articulación de soluciones para la defensa de sus intereses, sin embargo, queda encomendada en exclusiva a la tutela estatal ante la inoperancia, aún no suficientemente superada, de la autonomía colectiva, donde las posibilidades de actuación fuera de las fronteras nacionales están supeditadas a un auténtico desarrollo de sus elementos estructurales (autoorganización, autotutela y autonormación) en el plano internacional. Y es que, a pesar de los avances al respecto que se aprecian en el ámbito comunitario⁴, los cauces de interlocución sindical no han sido diseñados tradicionalmente para este tipo estructuras empresariales supranacionales, complejas y potentes. Lo mismo ocurre con los mecanismos de presión (medidas de conflicto colectivo) y de negociación colectiva, que, además, difícilmente se adaptarían a soluciones basadas en el tradicional método de conflicto de leyes, planteándose dudas irresolubles sobre los criterios para determinar el ordenamiento a cuyo amparo negociar un convenio colectivo internacional⁵ o para verificar la regularidad de una huelga que afectara a varios países⁶. Consecuentemente, se trata de instrumentos que devienen ineficaces para cumplir con la función protectora o de defensa de los intereses laborales que ordinariamente tienen encomendada en el plano interno. Por otra parte, la concurrencia entre el poder legislativo y la negociación colectiva en el cumplimiento de esta función protectora adquiere en el plano transnacional nuevos matices en sus recíprocas, y no siempre

³ Sobre esta problemática específica, v. PALAO MORENO, *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, TLB, Valencia, 2000.

⁴ Destacan, a tales efectos, los procedimientos de participación establecidos Directivas comunitarias sobre Comités de empresa europeos y, más recientemente, sobre Sociedad Europea. Para un análisis de los mismos, v., respectivamente, CORREA CARRASCO, “Concurrencia y articulación de fuentes en la constitución del Comité de Empresa Europeo”, TL 53/00, pp. 3 ss.; y, VALDÉS DAL-RÉ, “La participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea: treinta años después”, RL-2003 (I); pp. 79 ss.; también, ARRIGO, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, RMTAS-52/04, pp. 13 ss.; BAGLIONI, “La nozione di partecipazione dei lavoratori nella direttiva sulla società europea”, GDLRI-98/03; pp. 159 ss.; ÁLVAREZ GIMENO, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea y la transposición de la Directiva 2001/86/CE al ordenamiento español”, RL 14/07; pp. 13 ss. Sobre los problemas aplicativos de estas normas, v., a título ilustrativo, la STCE de 15/07/04 (as. *ADS Anker*).

⁵ Un estudio de esta figura, en OCCHINO, “Contratti collettivi internazionali e contratti collettivi comunitari”, QDLRI-20/98; pp. 143 ss.

⁶ Analizando este tema, DENIS, “Les mobilisations collectives européennes: de l’impuissance à la nécessité d’alliance”, DS-06/06; pp. 671 ss.; CHAUMETTE, “Fragment d’un droit des conflits internationaux du travail”, DS03/05; pp. 295 ss.; y PATAUT, “La grève dans les rapports internationaux de travail: questions de qualification”, DS-03/05; pp. 303 ss.

pacíficas, relaciones, que será preciso afrontar para evitar las, inevitables en otro caso, distorsiones aplicativas, al menos, hasta que se vaya produciendo una uniformidad (hoy aún lejana) entre las normas internacionales o comunitarias⁷.

La creciente extraterritorialidad de las relaciones laborales, derivada de la importancia del capital humano concebido como recurso intangible de las empresas a la hora de afrontar sus procesos de internacionalización⁸, exige, consecuentemente, un perfeccionamiento de los mecanismos de garantía de los derechos e intereses laborales, pues, en caso contrario, la mencionada movilidad adolecerá de un fuerte desincentivo que, a la postre, obstaculizará el logro de los objetivos empresariales. Y es que no conviene olvidar que, al margen de la necesidad de proteger los intereses estrictamente laborales implicados, la existencia de un amplio y heterogéneo elenco de regímenes jurídicos nacionales caracterizados por establecer marcos protectores de diversa intensidad, supone un claro inconveniente para las empresas que operan en mercados transnacionales en la medida en que pueden ser relativamente frecuentes los casos de *dumping* social (de ahí que, como veremos, en el ámbito comunitario esta problemática aparezca estrechamente vinculada a las libertades fundamentales de libre circulación y prestación de servicios), con el consiguiente detrimento, en última instancia, de los niveles de protección social. Se impone, por tanto, la necesidad de llevar a efecto una articulación de mecanismos jurídicos que configuren un marco homogéneo y estable que dé cobertura adecuada a este fenómeno y que, consecuentemente, tenga la virtualidad de eliminar los inconvenientes que, para trabajadores y empresarios, se derivan de este creciente fenómeno⁹.

De forma preliminar, y para situar la problemática en su justa dimensión, conviene efectuar algunas precisiones conceptuales que, en última instancia, puedan tener la virtualidad de arrojar algo de claridad al complejo y, en gran medida, confuso, panorama de la protección social extraterritorial.

⁷ Sobre esta interesante problemática, MAGNANI, "Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi", QDLRI-20/98, pp. 73 ss.

⁸ En este sentido, DELGADO GÓMEZ, *La internacionalización de la empresa española*, CES, Madrid, 2006, p. 38.

⁹ En general, sobre las razones concurrentes en la progresiva internacionalización de la Seguridad Social, v. GONZALO GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995; pp. 20 ss.

2.- EL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL Y LA PROTECCIÓN SOCIAL EXTRATERRITORIAL

El contrato de trabajo internacional es aquel que se caracteriza por la presencia de algún elemento de extranjería y que, consecuentemente, conlleva la aplicación simultánea de diferentes ordenamientos jurídicos. De forma simplificada, los problemas que plantea esta figura se circunscriben a dos ámbitos que deben ser perfectamente delimitados: el de la elección de la ley aplicable (*lex*) y el de la determinación de la competencia judicial (*forum*). Desde ambas perspectivas, una diversidad de fuentes de variada procedencia son las que establecen los criterios de vinculación con un determinado territorio que, con las inevitables dosis de conflictividad aplicativa inherente a los mismos, acaban decidiendo la solución que ha de darse a cada caso.

La dimensión de la problemática planteada en torno al contrato de trabajo internacional no es, sin embargo, homologable en todos sus términos a la que se verifica en el ámbito de la protección social extraterritorial, y ello a pesar de la estrecha vinculación existente entre relación laboral y relación de seguridad social.. Como punto de partida, no hay que perder de vista la naturaleza jurídico-privada de la primera y el carácter eminentemente público que define a la segunda, dato que va a limitar de manera ostensible la virtualidad de una hipotética extrapolación de las soluciones, en clave privatista, establecidas para resolver las controversias suscitadas en torno a la determinación de la ley aplicable al contrato internacional de trabajo¹⁰.

Por otra parte, y a pesar de que, en ambos casos, lo que caracteriza a las relaciones jurídicas establecidas es la concurrencia de un elemento de extranjería, ni éstos son los mismos en uno y otro tipo de relaciones, ni afectan por igual a aquéllas ni, en definitiva, pueden concebirse coextensos los ámbitos subjetivos y objetivos de actuación normativa previstos en cada caso. Los elementos de extranjería que pueden afectar a una relación laboral provienen tanto de la propia naturaleza transnacional de las empresas, como del régimen de prestación de los servicios, además de la propia movilidad de los trabajadores por uno o varios estados distintos al de origen. Todas estas circunstancias

¹⁰ Destacando este aspecto diferencial, DE MATTEIS/GIUBONI, “Rapporti di lavoro con elementi di internazionalità e sicurezza sociale”, QDLRI-20/98; pp. 97 ss.

pueden afectar a la relación de protección social, sin embargo, cabe la posibilidad de que, a la inversa, no exista tal correspondencia. Desde luego, el hecho de que un elemento de extranjería afecte a una relación laboral va a tener repercusiones en las relaciones de seguridad social vinculadas a las mismas. Pero, para que exista una relación de protección social extraterritorial no es necesaria la presencia de un contrato de trabajo que vincule al sujeto potencialmente protegido, pues como se sabe, a nivel interno, no es necesario dicha vinculación para acceder a los mecanismos de cobertura previstos al efecto.

Consecuentemente, tanto la dimensión de la problemática planteada en cada caso, como las correspondientes soluciones barajadas, difieren en función de los elementos de extranjería concurrentes en una determinada relación laboral o de protección social, pues, a la postre, va a determinar el modo y grado de vinculación entre el individuo y el ordenamiento en cuestión que se va a considerar jurídicamente relevante (2.1). Por otra parte, la falta de coincidencia entre sus respectivos ámbitos subjetivos de actuación no empece la vinculación existente entre relación laboral y relación de seguridad social que, aunque tradicionalmente ha sido más estrecha, continúa teniendo en la actualidad una indudable relevancia que, al depender en cada caso de las peculiaridades de los distintos sistemas nacionales, deberá ser tomada en cuenta a la hora de configurar soluciones normativas en el plano supranacional (2.2). Finalmente, otro de los aspectos que, aunque de índole conceptual, no es posible obviar por las repercusiones prácticas que proyecta en el ámbito extraterritorial, viene referido a la necesidad de delimitar los diferentes planos sobre los que se extiende la actuación normativa en materia de protección social, siendo preciso distinguir, a tales efectos, las esferas pública y privada de la misma y, dentro de la primera, la que aparece más vinculada al principio de contributividad y la que se caracteriza por prescindir, total o parcialmente, de dicha vinculación (2.3).

2.1.- Las diferentes hipótesis de extraterritorialidad y su proyección en el plano de la protección social.

El primero de los datos relevantes viene referido al momento en el que surge el elemento de extranjería. Desde esta perspectiva, la relación laboral de la que, eventualmente, cabe hacer derivar una relación de protección social, puede ser

originariamente extraterritorial, si el elemento de extranjería está presente con anterioridad a la propia existencia del contrato de trabajo, o, por el contrario, puede surgir de forma sobrevenida con posterioridad, con lo que estaríamos ante una novación del contrato de trabajo inicial que pasaría a ser calificado de internacional.

El ejemplo prototípico de la primera hipótesis es el del emigrante que se traslada a otro país a buscar un empleo o a ocupar uno que se ha sido ofertado en su país de origen. Estaríamos en este caso ante supuestos de movilidad transnacional de mano de obra con vistas a ocupar un nuevo empleo. En la segunda hipótesis habría que incluir a todos aquellos trabajadores que, por diversas razones, pasan a desarrollar su actividad laboral más allá de las fronteras del Estado cuyo ordenamiento jurídico regía su contrato de trabajo hasta ese momento. En esta ocasión, se produce un “*desplazamiento en el empleo*”¹¹ que convierte una relación laboral ordinaria en internacional.

En el caso de los emigrantes, en principio, no se plantea propiamente un conflicto de leyes, pues se les aplica plenamente el ordenamiento jurídico del país de acogida. Consecuentemente, la regulación jurídica de su relación laboral deviene pacífica en la medida en que no surge la necesidad de seleccionar la norma aplicable. Sólo en el caso del retorno o de que incurra en alguna de las contingencias protegidas, planteará cuestiones relevantes desde la perspectiva de la protección social. No hay que olvidar que, en su clásica concepción, el trabajador migrante se sometía plenamente al sistema de protección social diseñado por el ordenamiento jurídico del país de acogida y, consecuentemente, durante el desarrollo de su actividad laboral contaba con la cobertura social propia de todo residente, teniendo las mismas obligaciones y, una vez cumplidos los requisitos establecidos en cada caso, acababa disfrutando idénticos derechos prestacionales. Los déficit de cobertura que habría que afrontar, además de los que pudieran estar vinculados a la nacionalidad, quedaban circunscritos, por un lado, a los problemas de acceso a las prestaciones familiares de aquellos beneficiarios que permanecían en el país de origen y, por otro, a la cuestiones relativas a la transferencia de prestaciones en caso de retorno.

¹¹ Expresión acuñada por G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, Editions Liaisons, Paris, 1991, p. 17.

Para atajar este problema, especialmente acentuado ante el desarrollo creciente del fenómeno migratorio durante la segunda mitad del siglo pasado, se han venido adoptando instrumentos que han tratado de neutralizar los mencionados déficit de protección que se producían en tales casos. Estos instrumentos han sido, en un primer momento, los convenios o tratados internacionales de Seguridad Social, fundados sobre la base del principio de igualdad de trato entre nacionales y residentes extranjeros. La técnica habitualmente utilizada ha sido la coordinación que, con independencia de su alcance en cada caso, ha tenido como propósito paliar las discordancias existentes entre las diversas legislaciones nacionales y, de este modo, garantizar la efectividad del régimen prestacional en las relaciones laborales extraterritoriales.

Sin embargo, la virtualidad correctora de la técnica de la coordinación está en función directamente proporcional del grado de homogeneidad existente entre los sistemas de protección en cuestión que, como es fácilmente constatable, no siempre es elevado. En este sentido, el escaso nivel de desarrollo manifestado al respecto por un buen número de países (principalmente, del tercer mundo) pone en entredicho la eficacia de la coordinación y explica a la postre la diversidad de contenidos de los acuerdos bilaterales en materia de Seguridad Social. Precisamente por ello, el principal objetivo de los instrumentos normativos que integran el denominado Derecho Internacional de la Seguridad Social ha sido el de establecer y elevar de forma progresiva una serie de estándares mínimos elaborados para ser aplicados de forma generalizada. De este modo, en la medida en que las legislaciones nacionales van asumiendo tales mínimos de protección, los niveles de armonización se incrementan, acentuando así, la efectividad de los mecanismos de coordinación establecidos en cada caso.

Por otra parte, desde la perspectiva de los trabajadores españoles, las situaciones que se plantean en la actualidad son distintas de las existentes en otros momentos históricos. En la medida en que los flujos migratorios que partían de nuestro país tenían como destino a los países europeos, la aplicación del principio de territorialidad no devenía problemática, más allá de los aspectos anteriormente apuntados (prestaciones familiares y transferencia de prestaciones para retornados), habida cuenta del mayor grado de desarrollo que, en términos comparativos, disfrutaban los países de acogida.

Hoy día, sin embargo, nuestro sistema de protección social es homologable, en términos generales, al de los países de nuestro entorno, lo que, sin duda, facilita la aplicación de las técnicas de coordinación, sin perjuicio de la problemática inherente a las mismas. Los problemas se sitúan, consecuentemente, en el ámbito de los desplazamientos de trabajadores españoles a terceros países donde subsisten bajos niveles de cobertura social. El recurso a la coordinación en tales casos deviene insuficiente e inadecuado, de ahí que se arbitren soluciones con fundamento en el principio personalista que, en la práctica, suponen una extensión del ámbito de aplicación de nuestro sistema de protección social más allá de las fronteras nacionales.

Por otra parte, esta problemática tradicional coexiste en la actualidad con nuevas situaciones que exigen soluciones técnicas más depuradas y diversificadas. En efecto, la complejidad creciente de las relaciones económicas transnacionales ha incrementado notablemente las exigencias de movilidad de trabajadores en el marco de una relación laboral previamente concertada. En consecuencia, los instrumentos diseñados tradicionalmente para atajar los problemas suscitados por el fenómeno migratorio deben ir perfeccionándose progresivamente para tratar de dar respuestas adecuadas a la variedad de situaciones nuevas que hoy día van apareciendo y que acaban desbordando los márgenes concebidos inicialmente. Los problemas se plantean cuando es preciso seleccionar la norma aplicable entre dos ordenamientos nacionales que, en principio, están llamados a regular una misma relación laboral. Los supuestos más habituales son aquellos en los que el trabajador ha sido movilizado por su empresa más allá de las fronteras nacionales. Es el caso, por ejemplo, de los trabajadores desplazados que, a pesar de que, por aplicación del principio personalista, siguen vinculados al sistema español de protección social, no por ello quedan resueltos todos los problemas que se derivan de su especial estatuto jurídico, tales como los relativos a la doble cotización. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el llamado “ideal de cobertura”¹², entendido éste tanto en términos cuantitativos (riesgos cubiertos), como cualitativos (nivel de cobertura), difiere en cada período histórico y no es el mismo en cada país, a pesar de que en la actualidad pueda hablarse de una cierta estabilización al respecto, al menos, si tomamos en consideración los países de nuestro entorno.

¹² ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social* (17-ª ed.), Civitas, Madrid, 2000; p. 21.

2.2.- Relación laboral y relación de protección social

A pesar de que la temática relativa a la protección social puede ser analizada desde diferentes perspectivas y constituir el objeto de estudio de diversas disciplinas, sean o no jurídicas¹³, lo cierto es que se ha configurado históricamente vinculada de forma estrecha al Derecho del Trabajo, lo que, a su vez, trae causa de la tradicional conexión entre relación laboral y relación de seguridad social, siendo la primera el presupuesto necesario para el nacimiento de la segunda.

En efecto, la relación de seguridad social se ha asentado habitualmente sobre la previa existencia de una relación laboral, formalizada o no mediante un contrato de trabajo. En consecuencia, aquella está fuertemente condicionada por las peculiaridades que caracterizan a la relación laboral, pudiendo resultar afectada, incluso en su propia existencia, por un eventual cuestionamiento de sus elementos constitutivos. Esta problemática, presente en el plano interno, también ha tenido su correspondiente proyección en el ámbito internacional, si bien, con algún elemento añadido de complejidad como el que se deriva del hecho de la inexistencia de una noción uniforme de contrato de trabajo, ni siquiera un concepto autónomo con capacidad de ser extrapolado a un marco normativo supranacional. No cabe duda de que estamos ante una cuestión esencial, en la medida en que de este dato depende, no sólo la aplicación de los criterios que determinan la aplicación del orden sustantivo (laboral o de seguridad social) en cada caso, sino también los relativos a la competencia judicial¹⁴, lo que pone de manifiesto una estrecha correlación entre ambas cuestiones, a pesar de la necesaria diferenciación entre *ius* y *forum*.

Ello no obstante, en la actualidad conviene matizar el alcance de la mencionada vinculación, habida cuenta de la expansión subjetiva y objetiva del ámbito de actuación de las políticas de protección social. Ciertamente, su vocación tendencialmente universalista, claramente dirigida al logro de mayores dosis de justicia social, ha atenuado sensiblemente esta conexión hasta el punto de que el ámbito subjetivo sobre el

¹³ ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991; p. 66.

¹⁴ Sobre esta problemática, v., por todas, la STJCE de 04/03/82, As. Effer/Kautner.

que extiende su cobertura supera con creces en la actualidad al estrictamente delimitado por la población asalariada.

Este dato no es sólo una característica generalizada, con mayor o menor intensidad, en los sistemas nacionales, sino que se aprecia con especial nitidez en el plano supranacional y, especialmente, en el comunitario, donde el ámbito de aplicación personal de los distintos reglamentos de seguridad social desborda la estricta categoría de trabajadores asalariados¹⁵, incluyendo otros colectivos con distinta vinculación profesional (trabajadores por cuenta propia) o sin ella (beneficiarios, asegurados no ocupados), de ahí que, finalmente, se haya apostado por el concepto, más genérico, de “persona asegurada”¹⁶. En esta línea, si lo importante hasta, a efectos de delimitar el ámbito de aplicación personal de la normativa comunitaria, es el hecho de ser nacional de un Estado de la UE o del Espacio Económico Europeo y aparecer incluido, como asegurado o beneficiario, en un sistema de Seguridad Social, con la entrada en vigor del Reglamento 883/2004¹⁷, se acabará prescindiendo incluso de este requisito. En todo caso, queda superada como puede apreciarse, la propia noción de “trabajador emigrante” que, además, no siendo homogéneo en todos los ordenamientos nacionales, podría llevar aparejado una serie de problemas interpretativos que dificultarían notablemente la aplicación de las soluciones previstas y, en última instancia, el logro de los objetivos fijados por el legislador comunitario. En la medida en que, con carácter general, tales objetivos se amplían en el marco de la ciudadanía comunitaria¹⁸, estaríamos ante la proyección lógica de tal ampliación en el ámbito de la protección social.

Por otra parte, y abundando en la diferenciación entre ambas disciplinas jurídicas, cabe señalar que, si bien la relación laboral es estrictamente privada, pues en ella intervienen dos sujetos privados, el empresario y el trabajador, la relación de seguridad social está fuertemente condicionada por la presencia de un tercer sujeto, el Estado, que confiere a

¹⁵ SEMPERE NAVARRO, “Problemas aplicativos de los reglamentos comunitarios: perspectiva doctrinal”, en (FERNÁNDEZ DE MATA, *Dir.*), *Seguridad Social Internacional*, CGPJ, Madrid, 1998; p. 147.

¹⁶ V. art. 2 del Reglamento 1408/71.

¹⁷ Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DO L 166 de 30/04/2004).

¹⁸ En este sentido, v. MERCADER UGUINA/MORENO SOLANA, “De la movilidad de los trabajadores a la movilidad de los ciudadanos: notas al Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos comunitarios y sus familias”, RL-13/07; pp. 56 ss.

la relación un carácter público. Tanto es así, que es éste el único sujeto que está siempre presente en una relación de seguridad social, sin que la ausencia de cualquiera de los otros dos o de ambos, sea decisiva para la existencia de una relación de seguridad social. La presencia de este tercer sujeto, el Estado o, más específicamente, las entidades gestoras, va a ser determinante a la hora de dotar de singularidad a las relaciones internacionales de protección social ya que, en última instancia, la efectividad de dicha protección va a depender de que los distintos Estados involucrados se pongan de acuerdo en propiciarla.

La relación de seguridad social (o, más ampliamente, de protección social) es, por tanto, una relación compleja¹⁹, caracterizada por la presencia de una diversidad de sujetos (Estado, entidades gestoras, empresarios, asegurados y beneficiarios) que entablan entre sí una pluralidad de relaciones jurídicas que, a la postre, le confieren una entidad propia y grandes dosis de autonomía en el plano conceptual y metodológico. Ello explica que la apuesta, en el plano científico, de esta materia como disciplina jurídica, siendo una constante en el desarrollo de la misma²⁰, y a pesar de su inicial cuestionamiento, se encuentre hoy día plenamente reafirmada entre la doctrina especializada²¹.

En lo que aquí interesa, esta especial naturaleza de la relación jurídica de seguridad social requiere un especial tratamiento de los problemas que se deriven de su proyección supranacional, poniendo de relieve, a tales efectos, las insuficiencias de las disciplinas jurídicas que, tradicionalmente, se han ocupado de este ámbito del conocimiento. En efecto, por un lado, ha que señalar que el Derecho Internacional Privado, dedicado prioritariamente a otras esferas, como el Derecho Civil o Mercantil, muestra sensibles carencias que le restan capacidad de adaptación a las dificultades dogmáticas del orden laboral. Ejemplo de ello ha sido la escasa atención, tardía y casi marginal, dedicada al contrato de trabajo en los textos internacionales más relevantes (señaladamente, en el Tratado de Roma). A ello hay que añadir el dato, ya aludido, de la naturaleza pública de la seguridad social y, consecuentemente, las dificultades técnicas que lleva aparejada la extrapolación de las soluciones acuñadas en torno al típico conflicto de leyes. Por otro lado, el Derecho Internacional Público, como se sabe, no

¹⁹ ORDEIG FOX, *El sistema español de seguridad social*., Edersa, Madrid, 1982; p. 44.

²⁰ DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Paris, 1953.

²¹ ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, *op. cit.*, p. 38.

incluye en su objeto de conocimiento una problemática que, como la planteada, vincula a Estados y sujetos privados, limitándose a lo sumo al análisis y estudios de la proyección interna de los convenios internacionales de carácter multilateral (señaladamente, de los elaborados en el marco de la OIT). En definitiva, y al margen de las consecuencias que pudieran hacerse derivar del interesante debate doctrinal suscitado en torno a la naturaleza jurídica, pública o privada, de la Seguridad Social²², lo importante es, a efectos prácticos, centrar nuestra atención sobre los efectos que se proyectan de esta calificación sobre los mecanismos de resolución de los conflictos aplicativos que, en su caso, suscitados por los sujetos inmersos en una relación de carácter extraterritorial.

2.3.- Las diferentes dimensiones de la protección social y su proyección en el plano extraterritorial.

Como es sabido, en la protección del ciudadano frente a situaciones de necesidad en las que se puede ver inmerso confluyen una serie de técnicas de diversa índole y fórmulas de aseguramiento de distinta naturaleza que, en última instancia, vienen a conformar el marco instaurado por el Estado para hacer efectivo el compromiso, constitucionalmente asumido, frente al conjunto de la ciudadanía. Apostando por un concepto omnicomprendivo, podríamos afirmar que todos los instrumentos, teleológicamente dirigidos a cumplimiento de tales objetivos, podrían quedar integrados dentro de lo que denominamos Protección Social que, de este modo, quedaría configurado como una especie de “macroconcepto” alusivo, a su vez, de una “macrosistema” en el que podrían distinguirse, atendiendo a la naturaleza de las técnicas empleadas en cada caso, diferentes esferas con singularidad propia²³. El principal criterio delimitador vendría dado por el carácter público o privado del sistema de protección diseñado. Desde esta perspectiva, junto al sistema público, básico y obligatorio, suele concebirse la existencia de un sistema privado, complementario y libre (o voluntario) que viene a elevar el nivel de protección dispensado con carácter universal por el primero. Por otra parte, dentro de éste, podrían distinguirse, a su vez, una esfera de protección de marcado carácter

²² V., por todos, ORDEIG FOX, *op. cit.*, *passim*.

²³ Apostando por esta construcción conceptual, ALARCÓN CARACUEL, “Hacia el Derecho de la Protección Social”, en la obra colectiva, LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, AIC/Marcial Pons, Madrid, 1996; p. 33.

contributivo junto a otra de naturaleza asistencial que podrían reconducirse, respectivamente, a los conceptos de Seguridad Social y Asistencia Social.

Esta diversificación de los mecanismos de protección social, que en nuestro ordenamiento encontraría su fundamento en el diseño contemplado en el art. 41 CE, no sólo contribuye a una mayor clarificación del sistema en su conjunto y, en consecuencia, tanto de los derechos subjetivos de los ciudadanos como de los respectivos títulos competenciales concurrentes en cada caso²⁴. Indudablemente, cuenta con sus repercusiones en el plano supranacional, poniéndose de manifiesto cuando se pretender ejercer los derechos prestacionales reconocidos. Aunque, en realidad, el proceso se ha verificado en sentido inverso, pues, como acertadamente se ha señalado, ha sido precisamente la influencia de las normas internacionales en la materia y, especialmente, de las elaboradas en el marco comunitario, la que ha contribuido a este tipo de reformulaciones conceptuales en el plano interno²⁵.

En cualquier caso, no cabe duda de que, desde la perspectiva del trabajador vinculado por un contrato de trabajo internacional, es preferible hablar de Protección Social que de Seguridad Social, en la medida en que con esta última expresión sólo abordaríamos una de las parcelas que integra la dimensión pública de aquélla, lo que nos remitiría más a los mecanismos de colaboración interestatal que al conjunto de instrumentos de cobertura con los que, eventualmente, contaría el trabajador para afrontar las distintas contingencias sociales que pueden aparecer en el transcurso de su vida laboral. Por otra parte, la utilización de un concepto omnicompresivo como Protección Social, nos permitiría diferenciar además, dentro de su dimensión pública, las técnicas protectoras que se agrupan respectivamente en torno a los conceptos de Seguridad Social y Asistencia Social.

2.3.1.- Protección Social pública o básica: Seguridad Social y Asistencia Social

²⁴ Sobre esta problemática específica, RODRÍGUEZ PIÑERO, “Seguridad Social y asistencia social en el Estado de las Autonomías”, RL 8/2003; pp. 1 ss.; ZARZALEJO CARBAJO, “La inserción de la dicotomía ‘Seguridad Social/Asistencia Social’ en el marco de distribución competencial del Estado autonómico”, RTSS (CEF), 27/2004; pp. 63 ss.

²⁵ MÁRQUEZ PRIETO, *Seguridad Social y protección social: un enfoque conceptual*, UMA, Málaga, 2002, pp. 151 ss. Más recientemente, un estudio sobre las implicaciones de esta diversificación conceptual en ambos planos, en MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social. España y la Unión Europea*, CES, Madrid, 2005.

Con independencia del carácter marcadamente contributivo o asistencial que puedan tener cada uno de los sistemas públicos de Protección Social, lo cierto es que la convivencia en éstos de prestaciones de una y otra naturaleza, e incluso de algunas que podrían calificarse de mixtas, como las prestaciones no contributivas²⁶, constituyen elementos que es preciso tener en cuenta a la hora de determinar el grado de protección de los trabajadores inmersos en las distintas situaciones de transnacionalidad pues, sin duda, van a afectar a los derechos prestacionales que eventualmente pudieran derivarse de los mismos, introduciendo mayores dosis de complejidad a la problemática planteada en tales casos.

Ciertamente, nos encontramos ante un problema complejo e irresuelto aún en el más estricto marco de los sistemas nacionales, a pesar de los esfuerzos doctrinales en la materia que, en última instancia, ponen de manifiesto la necesidad de resolver los problemas prácticos que se plantean y, consecuentemente, de avanzar en una adecuada delimitación entre las distintas esferas que se integran en el genérico concepto de Protección Social pública.

En el ámbito comunitario, las acciones normativas han afectado tanto a las parcelas asistenciales y no contributivas como a las estrictamente contributivas. En consecuencia, quedan comprendidas las diferentes esferas de la Protección Social pública, dando al concepto de Seguridad Social, cuando se utiliza, un alcance tendencialmente omnicomprensivo. En cualquier caso, a efectos analíticos, parece adecuado que la diferente naturaleza de la intervención normativa en la materia tenga su justa correspondencia en el plano conceptual o terminológico, pues, sin duda, ello ayudará a comprender el alcance y los límites de las acciones llevadas a efecto en cada caso.

a) Seguridad Social y extraterritorialidad.

²⁶ V., ampliamente sobre el tema, el excelente trabajo de la profesora TORRENTE GARI que se incluye *infra* en el presente estudio.

Cuando hablamos de Seguridad Social en sentido estricto, no cabe duda alguna de que nos situamos en el ámbito de un servicio público prestado por el Estado a los particulares. En consecuencia, la existencia la relación de Seguridad Social de un sujeto que actúa con *imperium* y, en consecuencia, bajo el principio de supremacía, confiere a este sector de ordenamiento jurídico una innegable naturaleza de Derecho Público. Esta configuración va a tener repercusiones en el modo en el que se van a caracterizar los conflictos aplicativos en el ámbito internacional y, sin perjuicio de las matizaciones de que sea objeto en cada caso, en los mecanismos previstos para solucionarlos.

El objetivo básico en este ámbito ha sido tradicionalmente el de la preservación de los derechos adquiridos y en curso de adquisición, único modo de garantizar que la movilidad transnacional de trabajadores no va a ir en detrimento de la protección social de los mismos. Fruto de esta preocupación, y muestra, a su vez, de su carácter compartido por toda la comunidad internacional, ha sido la elaboración del Convenio 157 de la OIT, de 21 de junio de 1982, sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social, ratificado por España en el año 1985²⁷.

Por otra parte, y estrechamente vinculado con los mencionados objetivos, el principio de igualdad y no discriminación por razón de la nacionalidad ha sido otro de los que han informado la acción normativa, estatal y supraestatal, sobre la materia.

1.- Principio de territorialidad y principio de personalidad

La confluencia de los diversos principios anteriormente mencionados ha matizado el rigor con el que tradicionalmente se han concebido la aplicación de las normas de Seguridad Social. En este sentido, cabe señalar que, de entrada, el principio de territorialidad constituye la regla general, como lo corrobora el hecho de que en nuestro ordenamiento aparezca explícitamente recogida en el

²⁷ BOE de 12/11/85.

art. 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS²⁸). No en vano, estamos ante un sistema que se configura como un servicio público y ante un orden normativo de Derecho público, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe, normalmente, a un determinado Estado o territorio. Tratándose de normas imperativas, difícilmente pueden obligar más allá de las fronteras de un Estado. Por otra parte, la aplicación del principio *lex loci laboris* tiene como efecto, nada despreciable, el fortalecer la vinculación del extranjero al país de acogida.

Como ha puesto de manifiesto la práctica aplicativa, es necesario, sin embargo, relativizar el alcance de este principio, de modo que, más que hablar de territorialidad del sistema de Seguridad Social en su conjunto, sería más oportuno determinar las leyes o las normas vinculadas a este principio. Dentro del sistema habrá, por tanto, leyes territoriales o no y, dentro de éstas, normas territoriales o no. A tales efectos, es especialmente relevante la contingencia o prestación en cuestión, de modo que estarán especialmente vinculadas a este principio aquellas prestaciones donde se requiere llevar a cabo una verificación y control de la situación de necesidad alegada (señaladamente, asistencia sanitaria, incapacidad o desempleo).

En el caso de los emigrantes, además, se pretende que la aplicación del principio de territorialidad que, de forma esencial, informa la ordenación jurídica de los sistemas nacionales de Seguridad Social, no suponga la desprotección de los familiares que permanezcan en el Estado de origen. De ahí que haya sido habitual el recurso a soluciones asentadas sobre la base del principio de personalidad que, de este modo, han venido a matizar el alcance de una rigurosa aplicación de aquél, tratando de evitar la desprotección relativa que podría derivarse de ello. De este modo, concebido como excepción a la regla general, se aplicará fundamentalmente para garantizar la efectividad de las prestaciones de larga duración (pensiones), así como en los casos de traslados transnacionales, temporales o de larga duración, aunque también serían previsibles otras hipótesis como la de aquellos españoles que, aun trabajando en España, residan en otro país.

²⁸ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 29/06/94).

Una elocuente manifestación de la aplicación de dicho principio está en el hecho de que, tradicionalmente, se ha tratado de garantizar que los nacionales en el exterior no sufren merma en el disfrute de los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento, estableciendo para ello normas que, de algún modo, pudieran paliar los impedimentos que, derivados de su condición de emigrantes, acabaran dejando sin efecto el ejercicio de aquéllos. Entre ellas, cabe destacar la habilitación contenida en el art. 7.4 LGSS, por la cual se faculta al Gobierno para que “en el marco de los sistemas de protección social pública establezca medidas de protección social a favor de los españoles no residentes en España, de acuerdo con las características de los países de residencia”.

De forma más precisa, y con alegación expresa de los objetivos (“garantizar a los emigrantes la igualdad o asimilación con los nacionales del país de recepción”) y de los medios (“directamente, o a través de los organismos intergubernamentales competentes, así como mediante la ratificación de Convenios internacionales de trabajo, la adhesión a Convenios multilaterales y la celebración de Tratados y Acuerdos con los Estados receptores”), sin excluir, en último extremo, el recurso a soluciones en clave personalista (“el Gobierno (...) extenderá su acción protectora en la materia tanto a los emigrantes como a sus familiares residentes en España”), la D.A. 1ª.1 LGSS viene a corroborar este decidido empeño de evitar la desprotección de los emigrantes españoles.

Por otra parte, la ligazón con nuestro sistema de protección social suele instrumentalizarse, en último término, mediante el expediente técnico de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social española. De ahí que, con fundamento último en el art. 42 CE y con amparo directo en las mencionadas disposiciones legales, se han dictado norma como el RD 996/1986, de 25 de abril, por el que se regula la suscripción de convenio especial de los emigrantes e hijos de emigrantes²⁹, protegiendo de este modo a este colectivo, tanto en el caso de que permanezcan en el extranjero, como en el supuesto de que adopten

²⁹ BOE de 26/05/86. Esta norma viene a dar un mayor relieve normativo a la anterior regulación sobre la materia, contemplada en la Res. De 21/03/72, reguladora del Convenio Especial de Emigrantes (BOE de 31/03/72).

la decisión de retornara nuestro país³⁰. En consecuencia, mediante esta solución se coadyuva a hacer efectivo el principio de personalidad en nuestro sistema de Seguridad Social, permitiendo que el trabajador español emigrante pueda seguir vinculado al mismo.

Por lo demás, hay que señalar que este ha sido el objetivo de normas específicas como la antigua Ley 33/1971, de 21 de julio, de emigración y, más recientemente, del cuerpo normativo que ha venido finalmente a sustituir a dicha norma, habida cuenta de su carácter claramente desfasado. Nos referimos a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre de 2006, por la que se establece el llamado “Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior” (LECEEX), norma de amplio espectro aplicativo (incluye, tanto a los emigrantes o “exiliados económicos”, como a los exiliados políticos de la posguerra española) que trata de proteger los derechos económicos y prestaciones de estas personas, bien en los países de residencia, bien en el momento del retorno³¹. Su contenido, sin embargo, aporta pocas novedades en la materia, limitándose, en esencia, a incidir en los principios y soluciones técnicas anteriormente comentadas. Así, por un lado, se recogen los objetivos básicos, ya señalados, de preservar los derechos adquiridos y en curso de adquisición; por otro, se establecen los medios para hacerlos efectivos, fundamentalmente, mediante al suscripción de convenios internacionales; y, por último, se reafirma la voluntad de recurrir, en último término, a la adopción de soluciones en clave personalista que propicien la vinculación de los emigrantes y sus familiares a nuestro sistema de Seguridad Social (art. 18.1 LECEEX). Junto a ello, se hace alusión a algunas medidas técnicas adicionales vinculadas al cumplimiento de tales objetivos, como el abono de “cotizaciones voluntarias” (18.2 LECEEX), expresión un tanto equívoca³², pero seguramente alusivas a la posibilidad, ya existente en nuestro país, de suscribir un convenio especial.

³⁰ Posibilidad expresamente regulada por los arts. 15 y ss. de la ORDEN TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de Seguridad Social (BOE de 18/10/03).

³¹ Un exhaustivo análisis al respecto, en RON LATAS, “Los aspectos laborales más destacables de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre de 2006, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior”, RL-10/07, pp. 71 ss.

³² Criticando esta expresión por “inérita” en nuestro ordenamiento jurídico, RON LATAS, *art. cit.*, p. 81. Quizás estemos ante una manifestación más de la influencia de la normativa comunitaria, donde, como se sabe, se alude (v. gr. art. 9 Rgto. 1408/71) a los supuestos de afiliación voluntaria y a su tratamiento en el marco del sistema de coordinación (sobre el tema, v. CARRASCOSA BERMEJO, *op. cit.*, p. 131 ss.)

2.- Relaciones de afiliación y relaciones de protección.

A la hora de abordar la problemática relativa al déficit de cobertura social de los trabajadores que, por cualquier circunstancia, prestan sus servicios más allá de las fronteras nacionales y el modo en el que este trabajo extraterritorial repercute sobre el régimen de protección social del trabajador, es preciso tener en cuenta que la relación de Seguridad Social tiene un carácter complejo³³. En efecto, en ella aparecen vinculados una diversidad de sujetos, tanto privados (obligados a cotizar, asegurados, beneficiarios) como públicos (entidades gestoras) que interactúan entre sí dentro del marco legalmente establecido y llevan a cabo una serie de actuaciones. Simplificando, se puede afirmar que toda esta serie de elementos se reconducen a dos esferas distintas: la relación de afiliación y la relación de protección, siendo necesario, a efectos analíticos, separar ambas esferas a la hora de examinar el modo en el que resultan afectadas en su proyección extraterritorial. Como acertadamente se ha señalado, existen, por tanto, dos grandes bloques de puntos de conexión, los que se aplican respecto de las obligaciones (afiliación) y los que se aplican respecto de los derechos (protección)³⁴.

En el primero de ellos, habrá que afrontar los problemas relativos al lugar donde deben ser realizadas las cotizaciones. En lo que se refiere al segundo, la problemática se centrará en el alcance de la acción protectora y en las condiciones de acceso y cuantificación de las prestaciones sociales devengadas.

De entrada, hay que señalar que la relación de afiliación está estrechamente vinculada a la relación laboral, pues sólo se establece en el caso de trabajadores activos. La relación de protección, sin embargo, no aparece conectada siempre a la existencia previa de una relación laboral, ya que el beneficiario, titular del derecho subjetivo, puede ser un trabajador pasivo o una persona distinta. Los

³³ GARCÍA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 101.

³⁴ MONTOYA MELGAR (*cit. en* GARCÍA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 108.)

conflictos que surjan en el ámbito de la protección social internacional quedarán circunscritos en cada caso a un determinado grupo de sujetos. Esto va a repercutir notablemente en los métodos y técnicas utilizados en cada caso para resolver los problemas aplicativos derivados de la extraterritorialidad, en la medida en que la mayor o menor conexión de un sistema o de una prestación concreta con principio de contributividad va a afectar, de forma paralela, al grado de vinculación de tales técnicas a los principios de territorialidad o de personalidad.

En las relaciones de afiliación, la existencia de diferentes reglas en cada uno de los sistemas nacionales de Seguridad Social puede provocar conflictos positivos de leyes en los casos, nada infrecuentes, en los que exista la obligación de que el trabajador esté afiliado en varios sistemas de forma simultánea. Por el contrario, pueden producirse conflictos negativos cuando la situación transnacional del trabajador conlleva que no cumpla los requisitos de afiliación establecidos en los distintos países involucrados. Por otra parte, puede darse el caso de que el trabajador esté sometido de forma simultánea o sucesiva a la obligación de afiliarse en varios ordenamientos y que, sin embargo, sólo uno de ellos le reconozca el derecho a prestaciones. El carácter eminentemente público de la normativa sobre afiliación (se trata en esencia de reglas de naturaleza administrativa que establecen obligaciones para los sujetos) trae como consecuencia que las situaciones potencialmente conflictivas se resuelvan acudiendo a criterios de conexión territorial³⁵, siendo excepcional la admisión de la autonomía individual para modificar la norma de conflicto prevista en tales situaciones. Consecuentemente, se deberá aplicar el régimen de afiliación previsto en un único ordenamiento jurídico que vendrá determinado por el lugar de trabajo (*lex loci laboris*).

Por su parte, las relaciones de protección están estrechamente vinculadas a la naturaleza de cada uno de los sistemas nacionales concernidos, de modo que podrían darse casos de desprotección, infraprotección o de sobreprotección relativa, lo que podría provocar diferencias de trato no justificadas respecto de

³⁵ GARCÍA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 215.

los nacionales de cada uno de los países. Para evitar este resultado, se recurre habitualmente a determinadas técnicas como la totalización, el prorrateo o cálculo proporcional al tiempo cotizado (*pro rata temporis*) que, en esencia, se dirigen a hacer factible el disfrute por el trabajador de los derechos prestacionales, evitando las distorsiones que pudieran derivarse de su movilidad transnacional. Con carácter previo, sin embargo, es preciso resolver la cuestión relativa a la legislación competente para efectuar el reconocimiento de la prestación, lo cual puede condicionar, tanto el propio acceso a la misma, como la cuantía a percibir. Todo ello presupone la existencia de normas de conflicto específicas, distintas en función de la contingencia de que se trate y que, en última instancia, tienen por objeto garantizar la efectividad del principio de unicidad.

b) Asistencia Social y extraterritorialidad

La diferenciación conceptual entre Seguridad Social y Asistencia Social no ha sido nunca clara y, en la actualidad, se torna más difusa por la creciente tendencia a la universalización, objetiva y subjetiva, de aquélla, materializada en aspectos como la profusión de las llamadas prestaciones no contributivas, que provoca, en última instancia, una especie de “asistencialización” de la Seguridad Social. Ello ha provocado que las fronteras entre uno y otro ámbito se tornen elásticas³⁶, hasta el punto de acabar difuminándose dentro del macroconcepto de Protección Social. Sin perjuicio de ello, conviene, no obstante, insistir en la necesidad de delimitar ambas esferas de la protección social pública, habida cuenta de las repercusiones que de la misma se derivan, tanto en el ámbito interno como en el supraestatal, en las diversas facetas de la acción protectora.

A nivel interno, los principales problemas de delimitación conceptual se han proyectado, básicamente, en el plano competencial y se han traducido en complejas controversias sobre el alcance del margen de actuación que, eventualmente, puede ser asumido por las Comunidades Autónomas (*ex art. 148.1.20ª CE*) en sus respectivos estatutos de autonomía y los límites que

³⁶ ALARCÓN CARACUEL, “Hacia el Derecho...*cit.*”, p. 32.

impone el principio de igualdad de trato, cuestión que ha sido objeto, como se sabe, de importantes pronunciamientos, como el contenido en la STC 239/2002, de 11 de diciembre³⁷.

La dimensión transnacional de esta problemática no tarda en aparecer, pues, por un lado, el diseño de la acción normativa en materia asistencial se concibe, en ocasiones, vinculado al principio de personalidad y, en consecuencia, supera los estrictos márgenes de las fronteras nacionales. A título de ejemplo, baste consignar las previsiones que, efectuadas en desarrollo del art. 7.4 LGSS, reconocen pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los emigrantes españoles³⁸. Asimismo, y conectada con el problema relativo al marco de distribución competencial anteriormente aludido, cabe hacer mención a la normativa que, eventualmente, han de dictar las Comunidades Autónomas en desarrollo de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia³⁹. Concretamente, en el caso de Andalucía, bajo el nuevo amparo estatutario (arts. 10.3.15º, 24 y 31.1.4º del Estatuto de Autonomía⁴⁰), una vez asumida la competencia exclusiva en materia de servicios sociales (art. 61.1.a) EA) y de acuerdo con el sistema de distribución competencial contemplado en la mencionada norma, ha elaborado un proyecto de Decreto donde se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema. Pues bien, en la D.A. 1ª del mencionado proyecto se contempla una previsión sobre el régimen de acceso a las mencionadas prestaciones de los emigrantes dirigida a eximir a estas personas (en los términos contemplados en el art. 48 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los andaluces en el mundo) del requisito previsto en el art. 5.1.c) de la Ley 39/2006, relativo al

³⁷ Sobre esta problemática, v., entre otros, el trabajo de ZARZALEJO CARBAJO, “La inserción de la dicotomía ‘Seguridad Social/Asistencia Social’ en el marco de distribución competencial del Estado autonómico”, RTSS (CEF), 27/2004; pp. 63 ss.

³⁸ Nos referimos al RD 728/1993, de 24 de mayo (BOE de 21/05/93), norma que ha sido modificada posteriormente por el RD 667/1999, de 23 de abril (BOE de 08/05/99) y por el RD 1414/2001, de 14 de diciembre (BOE d 28/12/01).

³⁹ BOE de 15/12/06.

⁴⁰ Aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía (BOE de 20/03/07).

período de residencia previo para ser titular de los derechos recogidos en la mencionada norma.

En el ámbito comunitario, tradicionalmente se había excluido esta parcela de la Protección Social, al estar más vinculadas a las necesidades vitales del individuo que a la realización de una actividad profesional y, consecuentemente, quedar bajo el estricto amparo de la solidaridad nacional que compete a los Estados en el plano interno⁴¹. Esta exclusión de la parcela asistencialista de la coordinación comunitaria, aunque se mantiene en el plano nominal, se va matizando paulatinamente y, tanto el Reglamento 1408/71 como el que viene a sustituirlo, el 883/2004, incorporan las prestaciones no contributivas dentro de su ámbito de aplicación material. Evidentemente, las consecuencias que suponen para los diferentes Estados la asunción de una carga prestacional no vinculada a la profesionalidad⁴² y ajena, por tanto, al principio de contributividad, plantea la necesidad de determinar el alcance objetivo de esta nueva parcela de la acción protectora que, en definitiva, ensancha considerablemente los límites conceptuales de la Seguridad Social. Desde luego, la acuñación de una nueva categoría de naturaleza mixta como las llamadas “prestaciones especiales no contributivas”⁴³, mediante el Reglamento 1247/1992, del Consejo de 30 de abril, no constituyó una solución óptima en orden a introducir la necesaria dosis de claridad al respecto, a pesar de que configuraran una parcela excluida de la exportabilidad de prestaciones, tratando de dar respuesta así a las exigencias estatales en esta materia⁴⁴. Una prueba elocuente de ello viene dada por los intrincados problemas aplicativos que, para las técnicas de coordinación comunitaria, se plantean en la práctica en relación con tales prestaciones⁴⁵.

⁴¹ Un repaso al respecto, en clave histórica, en MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *op. cit.*, pp. 209 ss.

⁴² Resulta significativo, a tales efectos, la delimitación del ámbito de aplicación subjetivo contenida en el art. 2 del Rgto. 883/2004.

⁴³ Un exhaustivo estudio al respecto, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, Granada, 1997.

⁴⁴ Un recorrido sobre el tratamiento normativo de estas prestaciones, en FERNÁNDEZ ORRICO, “La coordinación de las prestaciones especiales no contributivas en los diversos Estados de la Unión, antes y después del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 abril”, RMTAS-64/06; pp. 41 ss.

⁴⁵ Un ejemplo de ello, en GARCÍA VALVERDE, “Prestaciones de Seguridad Social: coordinación comunitaria. A propósito de la STJCE de 21 febrero 2006, asunto Hosse”, AL 16/06; pp. 1928 ss.

En definitiva, y como puede apreciarse, de nuevo se plantea, también en este ámbito, la cuestión conceptual anteriormente aludida que, en términos generales, adopta los mismos perfiles anteriormente señalados y, a la postre, proyecta un alto grado de conflictividad a la práctica aplicativa. En síntesis, puede decirse que las fronteras conceptuales se difuminan desde el momento en que la Seguridad Social amplía notablemente su ámbito de aplicación material y la Asistencia Social pasa a concebirse como, más como una concesión graciable para afrontar situaciones de necesidad, en un auténtico derecho subjetivo⁴⁶. La posición mantenida por el TJCE ratifica esta línea de tendencia favorable a integrar en el concepto comunitario de Seguridad Social prestaciones de clara naturaleza asistencial y, simultáneamente, restringir el alcance del concepto de Asistencia Social cuando se pretende excluir una determinada prestación de la coordinación comunitaria⁴⁷.

En suma, y ante la sobrevenida insuficiencia de los criterios de distinción habitualmente esbozados⁴⁸, tales como la naturaleza dineraria o no de las prestaciones, su vinculación o no al principio de contributividad o, como hemos visto, su configuración o no como derecho subjetivo, abocan a la doctrina a realizar propuestas en clave funcional y, consecuentemente, considerar que el único elemento distintivo estaría en el carácter complementario de las prestaciones asistenciales, que tendrían como finalidad esencial la de “integrar las deficiencias del sistema de Seguridad Social”⁴⁹. En realidad, como cuestión de fondo a este debate, subyace la idea, en cierto modo ratificada por el Reglamento 883/2004, de concebir la protección social como un derecho de la ciudadanía comunitaria.

2.3.2.- Protección Social Complementaria y extraterritorialidad

⁴⁶ En este sentido, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004, RMTAS 64/06, p. 116.

⁴⁷ Ilustrativa de esta línea jurisprudencia se muestra la STCE de 28/01/93 (as. *Levantino*), comentada por SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, art. ult. cit., p. 117.

⁴⁸ Sobre los criterios en los que tradicionalmente se ha fundado esta delimitación, v. ALARCÓN CARACUEL, “Hacia el Derecho...cit., p. 28 ss.

⁴⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, “Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social, RL-88(II), p. 13.

Con carácter general, los sistemas nacionales de protección social no suelen establecer un monopolio público en el diseño del conjunto de los mecanismos de cobertura. Antes al contrario, espolcados por las crisis financieras de los sistemas públicos de pensiones, ha habido una promoción de las diferentes fórmulas de aseguramiento privado que, de forma complementaria⁵⁰, vendrían a cubrir las insuficiencias estructurales del aseguramiento público y obligatorio, pero básico, propiciado por el Estado⁵¹. Lógicamente, a los trabajadores vinculados a estas fórmulas de previsión social que se desplacen a otros países se les debe garantizar que dicho desplazamiento no vaya en detrimento de sus intereses y expectativas en la materia. En la actualidad, fruto de la mencionada potenciación pública, la importancia relativa de estos mecanismos es evidente y, consecuentemente, las soluciones a los diversos problemas que pueden plantearse en los casos de extraterritorialidad, no por menos exploradas pueden ser ignoradas⁵². La naturaleza privada de estas fórmulas de aseguramiento facilitaría, en principio, el recurso a soluciones en clave personalista, pues favorecen la exportabilidad de las mismas. Sin embargo, no es ésta la línea de tendencia que parece describirse en esta materia, donde el criterio de la territorialidad parece imponerse con escasos matices.

En el ámbito de la Unión Europea, y a diferencia de lo que ha ocurrido con la protección social pública, la problemática vinculada al aseguramiento complementario de naturaleza privada ha sido objeto de tratamiento mediante instrumentos armonizadores y no de coordinación⁵³ y, consecuentemente, las normas que han tratado de aportar soluciones en la materia se han plasmado en directivas comunitarias. En concreto, en la Directiva 98/49/CE, de 29 de junio, relativa a la protección de los derechos de pensión

⁵⁰ Destacando esta naturaleza y, consecuentemente, salvando la prevalencia del sistema público sobre el privado, VALDÉS DAL-RE, *Presentación* al nº 79/2007, monográfico sobre esta materia, de la revista Documentación Laboral; p. 3.

⁵¹ Una caracterización de estos sistemas, atendiendo al ordenamiento español, en MONEREO PÉREZ/DE VAL TENA, “La protección social voluntaria en el ámbito de la empresa”, DL 79/07; pp. 9 ss..

⁵² LYON CAEN, *op. cit.*, p. 243.

⁵³ Sobre el tema, v. LÓPEZ CUMBRE, “La protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea”, RMTAS 7/98, pp. 162 ss.; SUÁREZ CORUJO, “Las condiciones para la consolidación de los derechos a pensiones privadas como obstáculo a la libre circulación de trabajadores: ilustración del caso alemán a partir del artículo 51 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE)”, RMTAS 12/98; p. 102 ss.; GARRIGUES GIMÉNEZ, “Desplazamiento de trabajadores y pensiones complementarias. Comentario a la Directiva 98/49/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 27/00, pp. 159 ss.; CASTRO ARGÜELLES/MARTÍNEZ MORENO, “La protección de las prestaciones complementarias de Seguridad Social”, en la obra colectiva (GARCÍA MURCIA Dir.), *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, MTAS, Madrid, 2005; pp. 682 ss.

complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad Europea⁵⁴. Como complemento a la anterior y centrada en la problemática específica de los planes y fondos de inversiones, se promulgó la Directiva 2003/41/CE, de 3 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo⁵⁵ que, además, debe analizarse en estrecha vinculación a la normativa comunitaria sobre seguros de vida⁵⁶, habida cuenta del papel asumido por estos instrumentos en la exteriorización de los compromisos por pensiones⁵⁷. Esta última norma exigía la correspondiente transposición de sus directrices a nuestro ordenamiento jurídico, lo que se ha materializado, además de las modificaciones operadas por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁵⁸ (que, como se sabe, han afectado a las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a los planes y fondos de pensiones), mediante la Ley 11/2006, de 16 de mayo⁵⁹, de adaptación de la legislación española al Régimen de Actividades Transfronterizas regulado en la misma.

Las razones que explican la elección en este caso de directivas se fundan, principalmente, en la renuncia apriorística del legislador comunitario a tratar de coordinar un elenco tan amplio y diverso de sistemas nacionales, fijándose como objetivo alternativo el de diseñar un marco de convergencia o armonización de mínimos entre los mismos. Con ello se pretende satisfacer las necesidades de protección en la materia que se evidenciaban respecto de los trabajadores afectados por situaciones de movilidad transnacional, lo que, al margen de las eventuales situaciones de desigualdad de trato que podrían generarse, en última instancia, supondría un serio obstáculo para el ejercicio de su libertad de circulación⁶⁰. De ahí que la mencionada protección tenga como finalidad, de nuevo, el respeto a los derechos adquiridos o en curso de adquisición

⁵⁴ DO L 209 de 25/07/98.

⁵⁵ DO L 6 de 23/09/03. Un análisis de la misma, en GARCÍA VIÑA, “Los fondos de pensiones de empleo. Comentario a la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión e fondos de pensiones de empleo”, RMTAS-52/04, pp. 97 ss.

⁵⁶ Señaladamente, la Directiva 2002/83/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002 (DO L 345 de 19/12/02).

⁵⁷ Destacando este dato, CASTRO ARGÜELLES, art. cit., p. 689.

⁵⁸ BOE de 31/12/03.

⁵⁹ BOE de 17/05/06.

⁶⁰ V., al respecto, la Recomendación 92/442/CEE, de 27 de julio, sobre convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social (DO L 245, de 26/08/92).

y se materializa, respectivamente, en medidas que suponen el pago transfronterizo de las prestaciones y el mantenimiento de las cotizaciones (arts. 5 y 6, respectivamente de la Directiva 98/49/CE)⁶¹.

3.- LAS VÍAS ESTABLECIDAS PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES

3.1.- Los órdenes normativos implicados

En el ámbito internacional, la acción normativa en materia de protección social se ha plasmado en la coexistencia de un buen número de instrumentos normativos de diversa naturaleza, procedencia y alcance⁶². No todos, sin embargo, responden a los mismos objetivos, a pesar de que, en última instancia, pretendan incrementar los niveles de protección social del conjunto de los ciudadanos. De este modo, son perfectamente deslindables los bloques normativos dirigidos al establecimiento de un mínimo común denominador de aplicación universal, por un lado, de aquellos otros cuyo objetivo específico es resolver el déficit de protección que, en términos relativos, puede sufrir el trabajador migrante y las personas a su cargo. En el primer caso, estaríamos ante normas elaboradas en instancias internacionales, como la OIT, cuyo objetivo es el establecimiento de estándares asumibles por los Estados. En el segundo caso, y al margen de las normas internas vinculadas al principio de personalidad anteriormente mencionadas (insuficientes, por sí solas, para resolver esta compleja problemática⁶³), nos encontramos con las soluciones normativas de tipo coordinatorio acuñadas en el ámbito comunitario, por un lado, y las previstas, para desplazamientos extracomunitarios, en los convenios bilaterales suscritos por nuestro país.

Ciertamente, no estamos ante compartimentos estancos, sino que existe una recíproca influencia entre ambos. Por un lado, es evidente que una mayor homogeneidad entre los

⁶¹ Para un documentado estudio al respecto puede consultarse, dentro de este volumen, el trabajo de MUÑOZ MOLINA, “La protección social complementaria a nivel comunitario”.

⁶² Sobre el tema, y desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, v. la clarificadora obra de GONZALO GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995.

⁶³ GARCÍA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 43.

modelos nacionales soslayaría buena parte de los problemas de desprotección que aquejan a los trabajadores migrantes que, a menudo, traen causa de las diferencias existentes entre países de origen y países de destino. Por otro lado, no cabe duda que las soluciones que se adoptan en este terreno tienen un efecto indirecto sobre los respectivos sistemas nacionales pues, al forzar la búsqueda de puntos de conexión actúan como elementos de homogeneización.

En definitiva, por una y otra vía, se ha tratado de erosionar la estricta vinculación de la protección social al principio de territorialidad, obligando a los Estados a establecer cauces de apertura al exterior que, en última instancia, han favorecido al conjunto de la ciudadanía.

3.1.1.- La normativa internacional en materia de protección social.

El primero de los bloques normativos en cuestión es el compuesto por los instrumentos emanados de instancias internacionales y, especialmente, de la OIT. Entre ellos, y al margen de las previsiones contenidas en el Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, de 16 de diciembre de 1966, son destacables el Convenio 102 de la OIT, de 28 de junio de 1952, sobre norma mínima en materia de Seguridad Social y, ya en el ámbito comunitario, el Convenio de Seguridad Social de 11 de diciembre de 1953 y el código europeo de Seguridad Social de 16 de abril de 1964. El objetivo de esta normativa no es tanto el de establecer mecanismos para la resolución de conflictos de leyes como el de evitarlos mediante la homologación de estándares mínimos de protección en cada uno de los Estados. Consecuentemente, se perseguía la armonización a través de la promoción de una mejora de los niveles de protección existente en los países menos desarrollados en este terreno.

Pero, junto a este objetivo prioritario y ante el auge de los movimientos migratorios durante la segunda mitad del pasado siglo, se percibió la necesidad de incidir también sobre los principales problemas que, en el plano de la protección social, aquejaban a los trabajadores migrantes. En esta línea se pueden ubicar dos manifestaciones importantes de la acción normativa de la OIT como son los Convenios 118, de 28 de junio de 1962, sobre igualdad de trato en materia de Seguridad Social; y 157, de 21 de junio de 1982,

sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de derechos en materia de Seguridad Social. Consecuentemente, se apuesta ya por la necesidad de introducir reglas de coordinación que, en última instancia, garanticen la protección efectiva de los desplazados. Esta línea de tendencia viene a ser ratificada, aunque circunscrita a una dimensión regional, por el Convenio Europeo de Seguridad Social de 14 de diciembre de 1972⁶⁴, donde aparecen expresamente contemplados las principales reglas en las que se desglosa la técnica de la coordinación en materia de protección social, es decir, la igualdad de trato, la unicidad de la legislación aplicable, el mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición y la supresión de la cláusula de residencia para el pago de prestaciones.

3.1.2.- La normativa comunitaria en materia de protección social

A diferencia de lo que acaece en el plano extracomunitario, la movilidad transnacional en el ámbito geográfico delimitado por la Unión Europea y el llamado Espacio Económico Europeo⁶⁵ se encuentra bajo la cualificada cobertura del Derecho Social Comunitario, lo que, sin duda, le confiere matices propios. Ciertamente, el Derecho Social Comunitario dejará de tener relevancia como tal cuando pase a ser un verdadero “derecho interno” de los países de la UE. Con toda probabilidad, y sin perjuicio del efecto inverso que pueda derivarse de otros elementos concurrentes, el proceso de convergencia desarrollado hasta ahora en el plano social se va acentuar notablemente con el llevado a cabo en el plano económico y monetario⁶⁶. En esta línea de tendencia, hay que poner de manifiesto la importancia que, a tales efectos, ha tenido la implantación de la moneda única. Pero en tanto que esto no ocurra, y a pesar de ser ésta su vocación natural, la normativa comunitaria constituye básicamente un sistema de

⁶⁴ El instrumento de ratificación de España se publicó en el BOE de 12/11/86.

⁶⁵ Compuesto, como se sabe, además de los países que integran aquélla, por Noruega, Islandia, Liechtenstein y Suiza.

⁶⁶ Destacando las líneas generales de este proceso, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “La política comunitaria de convergencia en materia de Seguridad Social”, en (GARCÍA MURCIA Dir.), *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, MTAS, Madrid, 2005; pp. 634 ss..

solución de los problemas que provoca la movilidad de los trabajadores por los diversos países que componen el territorio europeo⁶⁷.

Como es sabido, la acción normativa de las instituciones comunitarias en materia de protección social nace bajo la óptica del principio de libre circulación, y como un modo cualificado de coadyuvar en su plena efectividad. Consecuentemente, su objetivo prioritario no era otro que el de tratar de paliar los obstáculos que, desde esta perspectiva, podrían desincentivar la movilidad transnacional de mano de obra. Esta vinculación a la defensa de objetivos económicos se evidencia con claridad desde los primeros Reglamentos en materia de Seguridad Social, pero también en posteriores intervenciones normativas, como la Directiva comunitaria 96/71/CE, sobre desplazamientos temporales en el ámbito de la UE, cuya base jurídica no es otra, como se sabe, que la libre prestación de servicios⁶⁸. De ahí que los principales instrumentos normativos se inscribieran en los dos ejes básicos sobre los que, tradicionalmente, han basculado la política migratoria en este ámbito: la igualdad de trato y la conservación de derechos adquiridos y en curso de adquisición. La consecución de tales objetivos se tradujo técnicamente en normas de coordinación y de determinación de la ley aplicable (principio de “unicidad”) que, en última instancia, propiciaban la necesaria seguridad jurídica que demandaban los trabajadores inmersos en tales situaciones.

En esta línea se sitúa, de forma paradigmática, el Reglamento 1408/71, producto de una progresiva depuración técnica de la acción normativa desarrollada precedentemente⁶⁹. Como tal, sin embargo, sólo supone una cristalización provisional de las técnicas de coordinación elaboradas pues, como se sabe, éstas han sido objeto de una continua revisión posterior⁷⁰ que llega hasta nuestros días y que, recientemente, han tomado cuerpo en el Reglamento 883/2004, pendiente aún de desarrollo aplicativo. Asentado sobre el principio *lex loci laboris*, este conjunto normativo prevé, no obstante, soluciones distintas para determinadas contingencias (enfermedad profesional y accidente de trabajo) o para colectivos específicos de trabajadores (desplazados temporales, marineros y pescadores). Por su parte, la jurisprudencia comunitaria ha

⁶⁷ En general, sobre las dificultades inherentes a este proceso, v. OJEDA AVILÉS, *El sistema común europeo de Seguridad Social*, TLB, Valencia, 1997.

⁶⁸ Destacando este dato, CASAS BAAMONDE/DEL REY GUANTER, op. cit., p. XV.

⁶⁹ Un exhaustivo análisis al respecto, en CARRASCOSA BERMEJO, *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 2004.

⁷⁰ De forma destacada, por el Reglamento 118/1997, de 2 de diciembre de 1996.

realizado una encomiable labor de aquilatación progresivo del alcance aplicativo de estos criterios que, en bastantes ocasiones, ha sido objeto de plasmación normativa. Hoy día, y sin perjuicio de la subsistencia de algunos problemas interpretativos (en nuestro caso, provocados por la simultánea vigencia⁷¹ de convenios bilaterales anteriores⁷², que ha dificultado notablemente el cálculo de la base reguladora de las pensiones), puede decirse que, en términos generales, los derechos prestacionales de los trabajadores migrantes están suficientemente garantizados y, consecuentemente, no se perciben como un obstáculo a la libre circulación.

De forma paralela, aunque con mucha menor trascendencia, se han sido desarrollando también políticas comunitarias tendentes a la consecución del segundo de los grandes objetivos enunciados, es decir, el de la homogeneización de los sistemas nacionales de protección social. De este modo, y a pesar de las sensibles diferencias que en la actualidad subsisten entre ellos y que, por tanto, estamos lejos aún de concebir la existencia de un sistema “interno” de protección social a escala europea, habida cuenta de la inequívoca aplicación del principio de subsidiariedad, se detectan importantes avances en este terreno. Quizás el más significativo, por sus potenciales efectos futuros, sea el de la configuración de la protección social como derecho básico de la Unión Europea⁷³ y el consecuente impulso de las políticas de convergencia en la materia que, sin embargo, encuentran un límite insoslayable en la reserva, añadida en el Tratado de Niza, por la que se excluye la armonización de los sistemas nacionales (art. 137 TUE)⁷⁴. Con todo, el establecimiento de mecanismos como el llamado método abierto de coordinación, impulsado por la estrategia de Lisboa, constituyen elementos que, previsiblemente, han de favorecer la existencia de líneas futuras de convergencia en el ámbito de la protección social.

⁷¹ Aunque su aplicabilidad está condicionada por el principio de norma más favorable (art. 8 Reglamento 883/2004).

⁷² Sobre esta problemática, de perfiles específicos, v. SÁNCHEZ CARRIÓN, “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”, RMTAS 47/2003, pp. 17 ss.

⁷³ V. art. 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 que viene a ratificar la previsión contenida en el art. 10 de la Carta de Derechos Sociales de 1989.

⁷⁴ Destacando este dato, GONZÁLEZ DEL REY, art. cit., p. 635.

3.1.3.- La normativa convencional: los convenios bilaterales en materia de protección social.

Tradicionalmente, los convenios bilaterales han sido el instrumento utilizado para solventar los déficit de protección resultantes de la movilidad transnacional de trabajadores. Sobre la base del principio de reciprocidad, tratan de paliar la diferencia de trato entre nacionales y residentes extranjeros, estableciendo para ello una serie de medidas de coordinación entre los sistemas nacionales implicados que tengan la virtualidad, además, de corregir las distorsiones que se producen, tanto en la relación de afiliación (doble cotización), como en la relación de protección (dificultades de acceso a las prestaciones). Mediante estas reglas de coordinación, además, se busca corregir las asonancias entre los mismos, de ahí que el contenido de los acuerdos o convenios bilaterales difiera en función del mayor o menor grado de homogeneidad existente entre ellos.

Normalmente, dentro de ese contenido se integran normas de diversa naturaleza y que, a su vez, tienen distintos destinatarios. Por una parte, se establecen reglas que tratan de tutelar intereses privados y cuyo objeto es el reconocimiento de derechos subjetivos a los trabajadores desplazados. Por otra parte, la existencia de intereses públicos en juego obliga a que se contemplen normas dirigidas a regular una serie de aspectos de carácter técnico que, de forma complementaria, se dirigen a configurar el entramado administrativo necesario para establecer cauces de colaboración y, en última instancia, dar plena efectividad a los derechos reconocidos. Siendo una regulación mediante la que se establece una correspondencia biunívoca entre los ordenamientos en concurso, vienen a constituir, en esencia, una especie de “legislación común” de los Estados vinculados por el Convenio⁷⁵.

De este carácter bilateral se deriva, sin embargo, una de las principales limitaciones de este tipo de instrumento, verificada en su incapacidad para afrontar la problemática inherente a los desplazamientos realizados por varios países, lo que requiere, a su vez, una especie de “multilateralización” de las reglas de coordinación⁷⁶, como finalmente ha ocurrido en el ámbito europeo. En la actualidad, y tras la integración de nuestro país

⁷⁵ CATALA, “Tratados bilaterales de carácter social”, CPS-8/50, pp. 9 y ss.

⁷⁶ LYON CAEN, *op., cit.*, p. 322.

en la Unión Europea, el ámbito de actuación de los convenios bilaterales de Seguridad Social queda circunscrito a los desplazamientos extracomunitarios⁷⁷, y ello sin perjuicio de la pervivencia residual para determinados supuestos (movilidad intracomunitaria de nacionales de terceros países)⁷⁸ de algunos de los que, tradicionalmente, han vinculado a nuestro país con otros países europeos⁷⁹

3.2.- Ley aplicable y competencia judicial en materia de protección social

Aunque estrechamente conectados entre si, en el análisis de la problemática suscitada por las relaciones extraterritoriales de protección social, hay que diferenciar los aspectos que vienen referidos a la necesidad de determinar las normas sustantivas aplicables, en cada caso, a los conflictos de leyes que se produzcan, de aquellos otros que conciernen a la determinación, con carácter previo, de la jurisdicción competente para resolverlos.

Lógicamente, el alcance de la problemática apuntada no es el mismo en el ámbito comunitario que en el extracomunitario. La homogeneidad de los sistemas de relaciones laborales y de seguridad social existentes entre los países de la UE que comparten el que podríamos denominar “modelo socioeconómico europeo”, facilita el establecimiento de soluciones frente a los distintos problemas planteados y, en última instancia, favorecen la correlación *forum-ius*⁸⁰.

3.2.1.- La determinación de la ley aplicable

⁷⁷Un elaborado estudio al respecto, en ÁLVAREZ CORTÉS, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001.

⁷⁸ Sobre el tema, ESTEBAN DE LA ROSA/MOLINA NAVARRETE, *La movilidad transnacional de trabajadores; reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002; pp. 230 ss.

⁷⁹ Sobre esta problemática, v. el detallado trabajo, contenido en el presente volumen, de ZARZALEJO CARBAJO, “La Protección Social a nivel extracomunitario: los Convenios bilaterales de Seguridad Social e incidencia del Derecho Comunitario”. Asimismo, y efectuando un tratamiento específico de la protección por desempleo en el ámbito extracomunitario, v. el trabajo, igualmente incluido en el presente volumen, de DE LA CASA QUESADA, “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España. Especial referencia a la protección por desempleo”.

⁸⁰ RIVAS VALLEJO, “Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajos internacionales”, AL 5/07, p. 558.

En lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable, cabría, en principio, el recurso a dos métodos distintos. En primer lugar, el tradicional método del conflicto de leyes, que se resuelve mediante la aplicación de un sólo ordenamiento y que, en consecuencia, exigen el establecimiento de criterios para la determinación del ordenamiento aplicable. Como ejemplo paradigmático de este tipo de soluciones, hay que destacar las contenidas en el Convenio de Roma, donde, ante la diversidad de soluciones que pueden contemplarse en los distintos ordenamientos nacionales, se trata de unificar los criterios a utilizar en cada caso. Tratándose de relaciones contractuales de naturaleza civil o mercantil, se comprende la preferencia aplicativa de soluciones basadas en el respeto a la autonomía privada. En cambio, en materia de contrato de trabajo, la necesidad de proteger al contratante débil, sustrae a la autonomía privada el protagonismo en beneficio de las soluciones previstas por el legislador.

Ahora bien, llegados a este punto, cabría plantearse si un método de tal naturaleza sería adecuado para resolver las controversias suscitadas en las relaciones extraterritoriales de protección social. En primer lugar, y aunque el presupuesto aplicativo sea asumible, en la medida en que también en este ámbito puede verificarse la existencia, bien de una concurrencia (conflicto positivo), bien de una ausencia (conflicto negativo) de ordenamientos a la hora de regular un supuesto de hecho, es preciso enfatizar la naturaleza pública de los sistemas de Seguridad Social. En efecto, tratándose de un orden normativo de carácter público (que, a la postre, quizá explique la escasa atención dedicada por el Derecho Internacional Privado a esta materia⁸¹) y, en consecuencia, vinculado estrechamente al principio de territorialidad, difícilmente podría darse en esta materia un conflicto de leyes en su acepción tradicional, ya que no cabría la recepción de la legislación extranjera que lo caracteriza. Como acertadamente se ha señalado⁸², la aplicación rigurosa del principio de territorialidad en materia de protección social excluye la posibilidad de que exista un conflicto de leyes, pues corresponde a cada ordenamiento fijar de forma taxativa los límites de aplicación normativa en su respectivo territorio. Consecuentemente, habría a lo sumo una concurrencia de leyes en el espacio donde cada ordenamiento fija rígidamente los límites de su aplicación⁸³.

⁸¹ Desglosando las razones que lo explican, GARCÍA RODRÍGUEZ, op. cit., p. 52.

⁸² MONTOYA MELGAR, "El Derecho Internacional de la Seguridad Social", RPS 61/64, p. 401 (cit., en GARCÍA RODRÍGUEZ, op. cit., p. 58).

⁸³ MONTOYA MELGAR, *ib.*

Sea cual sea la denominación elegida, lo cierto es que, en determinadas ocasiones, se dan supuestos en los que confluyen más de un ordenamiento interno en la determinación de aspectos concretos de una relación de Seguridad Social, siendo necesario precisar cuál o cuáles de los ordenamientos concurrentes debe aplicarse⁸⁴. De ahí la necesidad de que configurar soluciones en el marco de un orden normativo propio y específico para las relaciones extraterritoriales de protección social y, más que el origen de la fuente de ordenación (nacional o internacional), lo importante es que, a diferencia del anterior método, no se elige una ley nacional de entre las que entran en conflicto para ser aplicada al caso en cuestión, sino que se aplica una solución prevista específicamente con carácter institucional para este tipo de situaciones, lo que no obsta para que dicha solución se ajuste al principio de unicidad y acabe estableciendo, en su caso, la aplicación de una determinada legislación.

Por tanto, y al margen de aquellos supuestos, ya señalados, en lo que la norma interna amplía, de forma unilateral, los márgenes espaciales y personales de aplicación de un sistema nacional de protección social (leyes de emigrantes), lo habitual sería el recurso a métodos que propicien una colaboración entre los ordenamientos implicados. En consecuencia, la solución no pasaría por la elección de un criterio para determinar, de forma exclusiva, el orden nacional aplicable, sino, más bien, por la búsqueda de fórmulas que permitan la aplicación conjunta y coordinada de los ordenamientos concurrentes. Los modos de canalizar esta colaboración difieren en función del instrumento normativo utilizado en cada caso, y se concretaría, bien en una delimitación competencial, técnica utilizada habitualmente en los convenios bilaterales, bien en una designación de la ley aplicable al aspecto concernido, mecanismo propio de los cuerpos normativos multilaterales de naturaleza institucional.

Por otra parte, tales fórmulas no tienen porque ser uniformes y aplicables de forma generalizada, sino que pueden variar en función de diversos factores, tales como el tipo de prestación de que se trate en cada caso. De este modo, la opción por criterios que determinen la elección de uno u otro ordenamiento va a depender de la susceptibilidad de la materia en cuestión (tipo de contingencia, prestación) a la aplicación de fórmulas

⁸⁴ GARCÍA RODRÍGUEZ, op. cit., p. 59.

más vinculadas al principio de territorialidad (asistencia sanitaria, desempleo) o de personalidad (vejez, viudedad).

3.2.2.- La determinación de la competencia judicial

La determinación del *forum* o jurisdicción nacional competente para resolver los litigios internacionales de naturaleza laboral es un problema que se plantea de forma preliminar y que, consecuentemente, es preciso resolver acudiendo a una serie de criterios preestablecidos que, aunque guarden cierta correspondencia con los contemplados para la determinación de la ley aplicable, no son coincidentes con éstos. Por otra parte, estamos ante una cuestión que afecta a todos los supuestos de movilidad transnacional de trabajadores, pero que se acentúa especialmente en el ámbito comunitario como consecuencia del principio de libertad de circulación⁸⁵. Hay que señalar, finalmente, que a los tradicionales problemas existentes en esta materia, se suman ahora otros más novedosos, como los relativos a la introducción, cada vez más generalizada, de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en los más diversos procesos productivos⁸⁶.

Con carácter general, las soluciones pasan por la necesidad de unificar los criterios establecidos por los distintos ordenamientos nacionales, con el fin de adoptar criterios de aplicación generalizada en el orden internacional, sin perjuicio del ámbito, más o menos restringido, de éste. De este modo, en el ámbito extracomunitario, y sin perjuicio de los supuestos en los que cabe la aplicación de tratados internacionales (señaladamente, el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, para los países de la EFTA⁸⁷), tales criterios suelen incorporarse a los convenios bilaterales, suscritos por nuestro país, complementando de este modo sus disposiciones sustantivas.

⁸⁵ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “Reglas sobre competencia judicial internacional (Reglamento 44/2001)” en la obra colectiva (GARCÍA MURCIA Dir.), *La transposición del Derecho Social Comunitario...cit.*, p. 711.

⁸⁶ Sobre esta interesante temática, v. CARO GÁNDARA, “Competencia judicial internacional y ley aplicable en materia de ciberempleo”, AJA-355/98.

⁸⁷ Sólo resulta aplicable a los supuestos que queden fuera del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001.

En el ámbito comunitario, destaca el Reglamento 44/2001, del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁸⁸, norma que sustituye al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968⁸⁹. Por otra parte, se incluyen reglas de naturaleza competencial en normas específicas, como la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre⁹⁰, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria⁹¹ (transpuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 10/97, de 24 de abril⁹²); o la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (objeto, a su vez, de la correspondiente transposición mediante la Ley 45/1999, de 29 de noviembre⁹³, cuyo art. 16 aborda la cuestión competencial).

Junto a estas reglas, conviene destacar, además, la existencia de otras, contenidas en instrumentos específicos, que tratan de coadyuvar en la eliminación de obstáculos en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva derivados de este tipo de situaciones. Tal es el caso de la Directiva 2003/8/CE, del Consejo, de 27 de enero, destinada a mejorar el acceso a la justicia en litigios transfronterizos⁹⁴ (que ha sido transpuesta al ordenamiento español por la ley 16/2005, de 18 de julio⁹⁵)

Una valoración general de estos instrumentos arroja, sin embargo, resultados poco ambiciosos en cuanto a los objetivos asumidos, ya que en ningún caso, se establecen reglas uniformes que, de forma paulatina, se dirijan a la construcción futura de un espacio judicial europeo. Antes al contrario, se deja un excesivo margen de actuación autónoma a los Estados para establecer reglas propias, lo que a la postre, deja incólume

⁸⁸ DOCE L 12 de 16 de enero de 2001

⁸⁹ DOCE L 204, 1975.

⁹⁰ DOCE L 254, de 30/09/94.

⁹¹ Sobre el alcance de las mismas, v. mi trabajo, “Concurrencia y articulación de fuentes en la constitución del Comité de Empresa Europeo”, TL 53/00, p. 24.

⁹² BOE de 25/04/97.

⁹³ BOE de 30/10/99.

⁹⁴ DOCE L 365 de 10/12/04.

⁹⁵ BOE de 19/07/05.

la posibilidad de que exista una acusada disparidad en la configuración de las respectivas reglas de atribución de la competencia⁹⁶.

Si este es el panorama imperante en el marco de las relaciones contractuales *inter privados*, la situación es menos halagüeña aún cuando nos referimos a la determinación de la competencia jurisdiccional en materia de protección social extraterritorial que, como se sabe, ha sido tradicionalmente excluida de tales instrumentos internacionales⁹⁷. El carácter público de esta rama del ordenamiento, estrechamente vinculada al principio de territorialidad, constituye el principal motivo de las reiteradas exclusiones de las que ha sido objeto, de la que tampoco han sido ajenos los convenios bilaterales⁹⁸.

Y ello explica también que, en última instancia, y salvo alguna referencia puntual (como la contenida en el art. 81 del Reglamento 1408/1971)⁹⁹, sean las normas de derecho interno las que reglan sobre la materia. En nuestro caso, resulta obligada la remisión al art. 25.3 LOPJ, donde se establece un foro específico para uno de los aspectos potencialmente más conflictivo, es decir, el relativo a la reclamación de prestaciones, donde la nacionalidad de la entidad demandada, deja escasos resquicios a la duda sobre la atribución de la competencia a los tribunales españoles. Con todo, como lo demuestran los pronunciamientos judiciales al respecto, no estamos ante una cuestión pacífica, máxime, si tenemos en cuenta la complejidad de la ordenación de las relaciones laborales en determinados sectores productivos, como el trabajo en el mar, donde tan acusada se presenta la confluencia de factores de extraterritorialidad de diversa índole, hasta el punto de establecerse una regla específica para el contrato de embarque (art. 25.1 LOPJ).

3.3.- Los principios informadores de la ordenación jurídica de la protección social extraterritorial

⁹⁶ Un ejemplo de las dificultades inherentes a esta problemática puede verse en la STC 140/2006, de 8 de mayo. Un comentario de la misma, en CARRILLO POZO, “Error patente en la aplicación de las normas sobre competencia judicial internacional”, REDT-134/07; pp. 411 ss.

⁹⁷ Destacando este dato, JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Comares, Granada, 2002; p. 39.

⁹⁸ Un exhaustivo estudio al respecto puede verse en el trabajo, incluido en este volumen, de ZARZALEJO CARBAJO, “La determinación de la competencia judicial internacional en materia de Protección Social”.

⁹⁹ Que hoy encuentra su justa correspondencia en el art. 81 del Reglamento 883/2004.

Como se ha señalado con anterioridad, para afrontar el reto de eliminar el conjunto de elementos de los que traían causa las diversas situaciones de desprotección relativa que padecían las personas inmersas en una relación laboral extraterritorial, los instrumentos normativos internacionales establecieron una serie de principios que, a la postre, habrían de informar el, a veces alambicado y complejo, marco normativo de referencia.

Consecuentemente, tales principios y los correspondientes subprincipios en los que se desglosan¹⁰⁰, constituyen la base o fundamento sobre el que se erigen los distintos cuerpos normativos supranacionales, sean convenios bilaterales o reglamentos comunitarios, y ello, sin perjuicio de que el grado de intensidad o perfeccionamiento de los mismos sea, por razones obvias, mayor en estos últimos¹⁰¹. De este modo, aunque las reglas técnicas sobre las que se proyecten difieran en uno y otro caso, ello se debe, principalmente, más a la necesidad de ajustar las soluciones a las especificidades que muestren cada una de las situaciones que se pretender regular, que a otra razón de fondo. En esencia, el objetivo compartido por estas técnicas de coordinación no es otro que el de tratar de favorecer la migración pues suponen una cierta despenalización de la misma, sobre todo, desde la perspectiva del eventual acceso a los derechos prestacionales por parte del trabajador migrante.

Siendo ésta la función que define a todos los principios informadores y a las reglas o técnicas en las que van a encontrar su correspondiente desglose en el plano positivo, se comprende con facilidad que el primero de ellos, el más elemental, sea el de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad. Mediante este principio se garantiza que los nacionales del país de origen no van a recibir un trato peyorativo respecto de los nacionales del país de destino, pero, en la medida en que se mantienen las particularidades de los respectivos regímenes jurídicos (condiciones de acceso, requisitos para causar prestaciones)¹⁰², dicho principio no puede ser alegado para reclamar una igualdad de trato respecto de los nacionales del país de origen a efectos, por ejemplo, de continuar una “carrera de cotizaciones”.

¹⁰⁰ Sobre el valor explicativo de esta relación entre principios y subprincipios, v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1980; pp. 466-467.

¹⁰¹ SEMPERE NAVARRO, “Principios generales de la Seguridad Social comunitaria”, en la obra colectiva (RÍOS SALMERÓN, Dir.), *La Seguridad Social internacional: convenios bilaterales y el Derecho Comunitario*, CDJ/CGPJ, Madrid, 1994; p. 14.

¹⁰² V. STJCE de 28/02/89, as. *Wilhelm Schmitt*

El principio de igualdad de trato tiene una diferente dimensión en el ámbito comunitario y en el extracomunitario. Como acertadamente se ha señalado, la igualdad de trato constituye el principio medular de la coordinación comunitaria, ya que supone el establecimiento de una reciprocidad global que supera ampliamente la reciprocidad puntual, prestación a prestación, típica de los convenios bilaterales¹⁰³. No hay que olvidar que, con carácter general, la no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 12 TUE) constituye uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario y, consecuentemente, se le asigna un amplio espectro aplicativo que, en última instancia, tiene como efecto restringir al máximo las posibilidades de un sistema nacional de denegar o dificultar el acceso a prestaciones a un ciudadano comunitario que son reconocidas a los nacionales¹⁰⁴.

Por otra parte, uno de los objetivos prioritarios de los instrumentos internacionales, sean convencionales o institucionales, ha sido el de determinar la legislación o autoridad competente, a cuyo amparo el sujeto protegido va a tener que dirigirse para, respectivamente, cumplir sus obligaciones y satisfacer sus pretensiones. La necesidad de que sea uno sólo (principio de unicidad) de entre todos los ordenamientos implicados el que se constituya como referente para la realización del derecho subjetivo del trabajador o beneficiario supone, en esencia, un medio necesario para simplificar la relación jurídica de protección que, de otro modo, quedaría dispersa en una amalgama de actos diversos, eventualmente reiterados (duplicidad de cotizaciones), frente a una pluralidad de entidades gestoras de diferente nacionalidad, lo que, como puede preverse, comprometería seriamente la funcionalidad y, en última instancia, la propia existencia de la mencionada protección. Consecuentemente, este principio de unicidad es de carácter instrumental pues se configura teleológicamente dirigido al cumplimiento del objetivo, anteriormente enunciado, de evitar la desprotección relativa frente a los nacionales de los trabajadores migrantes o desplazados.

El criterio elegido para determinar la legislación competente ha sido, con carácter general, el del lugar del trabajo (*lex loci laboris*) que, habitualmente, suele corresponderse con el lugar de afiliación. El carácter público de la relación de afiliación justifica esta estricta conexión territorial y su generalizada recepción, tanto en los

¹⁰³ CARRASCOSA BERMEJO, *op. cit.*, p. 83-84.

¹⁰⁴ V., significativamente, STJCE de 12/05/98, as. C-85/96.

convenios bilaterales¹⁰⁵, como en el derecho comunitario¹⁰⁶, quedando postergados otros criterios como el lugar de residencia o el de la sede de la empresa. Sin embargo, en determinados supuestos, la vinculación al territorio en el que se realiza la actividad profesional puede ser un criterio menos adecuado que otros, bien porque se realicen actividades en más de un Estado¹⁰⁷, bien porque atendiendo a las circunstancias en las que se desarrolla la actividad o a la propia naturaleza de ésta, es más débil que la mantenida con otros y, consecuentemente, se establecen una serie de excepciones a la aludida regla general en tales casos que van a afectar, tanto a la relación de afiliación como a la de protección. Estas excepciones se han venido recogiendo en la práctica convencional y, sobre todo y con mayor rigor técnico en el derecho comunitario, donde suelen establecerse como criterios alternativos en tales casos, entre otros, el del lugar de residencia o el del que corresponda con la actividad principal en los términos es que ésta se defina. Ello se completa con criterios específicos para determinados colectivos, como los transportistas, personal del vuelo, trabajadores del mar¹⁰⁸, personal al servicio de representaciones diplomáticas o consulares, trabajadores transfronterizos, de temporada o desplazados temporales¹⁰⁹.

Del mismo modo, otro de los principios medulares de la acción normativa en la materia ha sido el de respecto a los derechos adquiridos y en curso de adquisición. Supone, en sí mismo, la expresión más diáfana de la coordinación entre los diversos sistemas implicados en una relación de protección social extraterritorial, ya que, en buena medida, viene a cumplir uno de los objetivos prioritarios de la misma, como es el de “despenalizar” los derechos prestacionales causados por el trabajador migrante, favoreciendo de este modo la libre circulación de mano de obra.

Los mecanismos técnicos que se han acuñado normativamente para dar plena efectividad a este principio han sido, la exportabilidad de prestaciones y la supresión de la cláusula de residencia para el pago de prestaciones, por un lado, y, por otro, la totalización de los periodos de seguro y el consecuente cálculo proporcional (*prorrata temporis*) de prestaciones. El primero de ellos viene a ser una vía

¹⁰⁵ Un análisis de las diferentes fórmulas habitualmente adoptadas en la práctica convencional, en GARCÍA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 228 ss.

¹⁰⁶ V. art. 11.3.a) del Reglamento 883/2004 (art. 13.2 del Reglamento 1408/71).

¹⁰⁷ V. art.13 del Reglamento 883/2004.

¹⁰⁸ V. art. 11.4 del Reglamento 883/2004

¹⁰⁹ V. art. 12 del Reglamento 883/2004.

especialmente cualificada para la propia materialización de la conservación de los derechos adquiridos que, de este modo, haciendo abstracción de la, tradicionalmente estrecha, conexión territorial de la relación de protección, permitiendo la percepción de las prestaciones causadas en un país distinto al del reconocimiento del derecho. Con la supresión de la cláusula de residencia¹¹⁰, se produce, en la misma línea, una notable minusvaloración del vínculo territorial que propicia una extensión de los límites tradicionales que constreñían a la acción protectora en las relaciones transnacionales. En esencia, con esta regla se superan las limitaciones inherentes al principio de igualdad de trato, insuficiente en sí mismo para garantizar un reconocimiento efectivo de los derechos prestacionales a los trabajadores migrantes. Se trata, en definitiva, de que el requisito de la residencia, aplicable indistintamente a nacionales y emigrantes, no suponga un obstáculo para que éstos puedan acceder a las prestaciones que les correspondan y ello, con independencia del lugar donde se ubique la institución que debe efectuar el abono de las mismas

En cuanto al segundo, hay que señalar que mediante la totalización de los períodos de seguro, estamos ante un complemento indispensable para determinar, tanto la propia adquisición del derecho, como el alcance cuantitativo de la prestación a percibir, teniendo en cuenta, a efectos del cómputo de períodos de carencia y del cálculo de las prestaciones, las cotizaciones efectuadas en todos los países en los que ha trabajado una persona. A su vez, con el prorrateo de las prestaciones, se efectúa un reparto proporcional de responsabilidades financieras entre los distintos sistemas a los que ha estado vinculado el sujeto beneficiario, tratando de que exista el mayor grado de correspondencia entre las cotizaciones efectuadas y las prestaciones causadas. La aplicación de estas reglas no es, sin embargo, pacífica como lo demuestra la conflictividad generada en nuestro país al respecto, principalmente, en torno a la determinación y actualización de la cuantía de las bases de cotización a efectos del cálculo de las bases reguladoras de las pensiones¹¹¹.

Por último, y como corolario, el principio de colaboración interadministrativa, viene a satisfacer las exigencias de comunicación entre las instituciones nacionales implicadas,

¹¹⁰ Tradicionalmente recogida, en el ámbito comunitario, en el art. 10 del Reglamento 1408/71, y hoy explicitada en el art. 7 del Reglamento 883/2004.

¹¹¹ En genera, sobre esta problemática, v., por todos, CARRASCOSA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 216 ss.

único modo de dar efectividad al conjunto de técnicas de coordinación normativamente establecidas en los instrumentos internacionales. A tales efectos, y como manifestación de la importancia dada a este principio, se ha creado, en el seno de la Comisión Europea, un órgano específico, la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, que tiene encomendada una función directriz al respecto. Sin perjuicio de ello, cabe que los propios Estados establezcan fórmulas de colaboración instrumental entre las distintas administraciones nacionales, como ocurre en nuestro caso al amparo de las previsiones contenidas en los arts. 61 y 63.2 LGSS. En cuanto a su contenido y alcance, dicha colaboración se contempla en términos amplios y abarca aspectos relativos al intercambio de información, coordinación financiera (reembolso de gastos), y aplicación recíproca de normas de diversa naturaleza. Por otra parte, constituye un medio cualificado para evitar, tanto los supuestos de doble cotización, como la acumulación de prestaciones, ésta última prohibida, como se sabe, por el derecho comunitario¹¹² cuando son de la misma naturaleza (atendiendo a su finalidad, condiciones de acceso y financiación)¹¹³ y traen causa de los mismos periodos de cotización obligatoria.

4.- LA DELIMITACIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LOS ÁMBITOS DE INCIDENCIA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EXTRATERRITORIAL

La protección social extraterritorial se proyecta sobre un doble plano, el material u objetivo, donde se determina el alcance de la protección dispensada en función de la contingencia de la que se trate; y el ámbito subjetivo, relativo a las personas, trabajadores o no, que van a ser los destinatarios de las diferentes fórmulas de protección diseñadas. En ambas facetas incide el Reglamento 883/2004, efectuando una ampliación del ámbito personal (incorporación de nuevos sujetos protegidos) y material (incorporación de nuevas ramas al régimen coordinatorio). Teniendo en cuenta que los sujetos protegidos son, con carácter general, los trabajadores y sus familiares y que, en su caso, su selección vendrá marcada por la naturaleza de la contingencia, parece más oportuno, a efectos analíticos, centrarnos en el estudio de las contingencias protegidas,

¹¹² Art. 10 del Reglamento 883/2004 y art. 12 del Reglamento 1408/71

¹¹³ Se consideran como tales, las de invalidez, de vejez y supervivencia (art. 53 del Reglamento 883/2004).

por un lado, y en las peculiaridades que dicha protección presenta para determinados colectivos específicos de trabajadores. Todo ello circunscrito al marco comunitario, habida cuenta del nivel de desarrollo que han adquirido las técnicas de coordinación en este ámbito específico y, consecuentemente, del valor explicativo general que alcanza el análisis en el mismo, posibilitando extrapolaciones a otros marcos analíticos, sin perjuicio de la necesidad de observar las oportunas distancias y matizar su alcance en cada caso.

Como se sabe, el Reglamento comunitario 1408/71 integra en su ámbito de aplicación material (art. 4) a todos los regímenes públicos de Seguridad Social, así como a los vinculados voluntariamente a través de convenios especiales. Se excluyen del ámbito de la coordinación, consecuentemente, la llamada asistencia social y los servicios sociales que, sin embargo, no son ajenos a la aplicación del principio de igualdad de trato¹¹⁴. Por se parte, la llamada protección social complementaria, como se ha señalado, es objeto de regulación específica mediante las Directivas 98/49/CE, de 29 de junio, y 2003/41/CE, de 3 de junio.

4.1.- El ámbito material: las contingencias protegidas

El llamado “campo de aplicación material” aparece definido en el art. 3 Reglamento 883/2004 en términos amplios, confiriendo un alcance a la acción protectora dispensada a las relaciones transnacionales en este ámbito que superan con creces cualquier parangón. La relación de contingencias protegidas que contiene el mencionado precepto abarca prácticamente las que, de ordinario, conforman los sistemas nacionales, incluyendo, además, de forma explícita, las problemáticas “prestaciones especiales no contributivas”.

Una de las más problemáticas en su dinámica aplicativa ha sido, sin duda, las prestaciones por vejez y supervivencia, como se deduce del ingente número de pronunciamientos (más de 400) del TJCE en la materia. Esta encomiable labor ha supuesto un aquilatamiento interpretativo del alcance del régimen previsto en el Cap. III

¹¹⁴ Destacando este dato, GONZÁLEZ DEL REY, “Los reglamentos comunitarios de Seguridad Social (principios inspiradores y ámbito de aplicación)”, en la obra colectiva, *La transposición...cit.*, p. 672

del Tit. III del Reglamento 1408/71¹¹⁵, desarrollado a su vez por el Reglamento 574/72. Por su parte, tampoco es desdeñable al respecto la actividad desarrollada por la Comisión Administrativa para la Seguridad Social anteriormente mencionada, que ha facilitado ostensiblemente la aplicación práctica de unas disposiciones normativas que, por su propia naturaleza, presentan habitualmente un alto grado de complejidad técnica.

El hecho constatado de que el nuevo Reglamento 883/2004, todavía inaplicable, apenas introduzca cambios relevantes en esta materia (en nuestro caso, quizá sea el que afecta a las pensiones de invalidez) otorga plena validez al acervo interpretativo antes aludido y le confiere la suficiente solidez como para afrontar con garantías los problemas aplicativo todavía irresueltos y los que, sin duda, se irán planteando previsiblemente en el futuro. De forma señalada, es el caso de los problemas relativos a las bases de cotización a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora, planteándose dudas interpretativas en torno a la elección de las mínimas, las medias o las reales¹¹⁶. Por otra parte, parecen irresolubles los problemas relativos a la determinación de la prorrata de las pensiones a cargo de nuestro sistema, principalmente, en relación con los periodos cotizados de referencia para el cálculo (total o sólo el relativo al periodo de carencia exigido¹¹⁷) y cómputo de cotizaciones (estimadas o ficticias).

No menos relevante es el estudio de las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que, aunque su regulación tampoco ha sufrido importantes alteraciones con el nuevo Reglamento¹¹⁸, sigue presentando aspectos controvertidos que es preciso dilucidar para garantizar una protección efectiva frente a este tipo de contingencias. De la relevancia de estos problemas en el ámbito transnacional da fe el hecho de que fueron las que primeramente se contemplaron en los acuerdos bilaterales¹¹⁹. De las dificultades para avanzar en este terreno, sin embargo, tampoco hay dudas, como lo demuestra ilustrativamente aspectos como el relativo a la adopción

¹¹⁵ Que hoy se corresponde con el Capítulo V (arts. 50-60) del Reglamento 883/2004.

¹¹⁶ Apostando finalmente por este criterio, tras la aprobación del Reglamento 1248/1992, v. la STJCE de 17/12/98 (as. Grajera) que, sin embargo, trajo consigo la toma en consideración de bases remotas y, por tanto, ínfimas.

¹¹⁷ Parece imponerse, a tales efectos, la aplicación jurisprudencial del primer criterio *ex art. 46* del Rgto. 1408/71.

¹¹⁸ Arts. 36 a 41 del Reglamento 883/2004.

¹¹⁹ PÉREZ PÉREZ, “Convenios bilaterales sobre seguridad social ratificados por España”, RL 85 (I), p. 191.

de un listado europeo de enfermedades profesionales¹²⁰. En cualquier caso, conviene no olvidar que estamos ante prestaciones que no sólo tratan de afrontar una situación de necesidad ordinaria, sino que, además, de la misma se deriva una falta de salud. La presencia de este bien jurídico protegido exige una cualificada respuesta por parte de los poderes público que no se limite a la mera reparación de daños y, consecuentemente, ha de tener su adecuada proyección en las soluciones que se deban arbitrar en las situaciones de extraterritorialidad¹²¹.

En materia de prestaciones por desempleo, actualmente contempladas en los arts. 61 a 65 del Reglamento 883/2004, los principales problemas han girado en torno a la necesidad de compatibilizar la movilidad para la búsqueda de un empleo y el derecho a percibir las prestaciones por desempleo, cualquiera que sea su modalidad (contributiva o no)¹²², más allá de las fronteras del Estado donde se han causado, es decir, del país del último empleo. Las especiales circunstancias de la actividad laboral prestada por los trabajadores fronterizos requirió en su momento un tratamiento particularizado al respecto, mediante la matización de la rigidez con la que venía siendo contemplada el principio *lex loci laboris*, postura que se reafirma en el nuevo Reglamento. Sin embargo, para el resto de los trabajadores emigrantes o desplazados, continúan existiendo bastante trabas a la exportación de estas prestaciones, lo que, sin duda, dificulta notablemente la consecución de los objetivos previstos en materia de movilidad y pueden acabar frustrando las iniciativas puestas en marcha al respecto¹²³. La adquisición de una verdadera cultura de la movilidad que, en su momento, aboque en la existencia de un mercado de trabajo europeo¹²⁴ requiere, de forma paralela, una gestión centralizada de la protección por desempleo por parte de las instancias

¹²⁰ Recomendación de la Comisión de 19 de septiembre de 2003, sobre la adopción de una lista europea de enfermedades profesionales (DO L 238, de 25/09/03).

¹²¹ Un interesante acercamiento desde esta perspectiva puede verse en el trabajo, contenido en el presente volumen, de PEDROSA ALQUÉZAR, “Las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional en el ámbito de la Unión Europea: nuevas perspectivas y visión crítica”.

¹²² Reconociendo la inclusión de ambas modalidades en el ámbito de la coordinación comunitaria, v. SSTCE de 15/06/95 (as. Zabala) y de 20/02/97 (as. Martínez Losada).

¹²³ Señaladamente, la denominada “2006, año europeo de la movilidad de los trabajadores”. Un análisis al respecto, en VALDÉS DAL-RÉ, “El debate europeo sobre movilidad (I y II)” RL-21 y 22/06, pp. 1 ss.

¹²⁴ Sobre el tema, v. el trabajo de ZUFIAUR NARVAIZA, “La movilidad geográfica del empleo en el Unión Europea: hacia un mercado europeo de trabajo”, RL 21/06; pp. 73 ss.

comunitarias, aunque ello suponga desbordar los márgenes de la coordinación tal y como se ha venido entendiendo hasta ahora¹²⁵.

Las prestaciones no contributivas plantean, sin duda, uno de los debates más enconados en el ámbito de la protección social comunitaria. La difusa delimitación conceptual de esta figura, característica común de los ordenamientos estatales y del comunitario, se deriva de la dificultad de encontrar criterios adecuados donde fundarla, lo que ha sido fuente continua de controversias interpretativas. En todas ellas subyace, como cuestión de fondo, la necesidad de redefinir el papel de los poderes públicos en materia de protección social, ampliando sus objetivos desde el tradicional aseguramiento de riesgos profesionales a una decidida apuesta por la prevención de la pobreza. De este modo, la inexistencia de una noción de prestaciones no contributivas provoca, a su vez, que las fronteras entre Seguridad Social y Asistencia Social sean cada vez menos nítidas, lo que, en el ámbito comunitario ha permitido, no sin resistencias (habida cuenta de su estrecha vinculación al principio de territorialidad), la restricción del ámbito de actuación en materia de protección social excluido de la coordinación, apostando por interpretaciones en clave axiológica que han elevado el punto de mira de los objetivos en materia social, como ha venido a refrendar, por su parte, la jurisprudencia del TJCE¹²⁶.

Importantes retos a los sistemas de protección social nacionales y, por ende, a la coordinación comunitaria, son los que presenta el progresivo desarrollo de las políticas en materia de asistencia sanitaria y de protección de situaciones de dependencia, acuciadas, sin duda, por el progresivo envejecimiento demográfico. Lógicamente, ello desborda los tradicionales márgenes de la Seguridad Social y requiere la existencia de técnicas que se ajusten a la dimensión de los objetivos propuestos en la materia. Sin embargo, en el ámbito de la UE, la plasmación de tales objetivos al máximo nivel¹²⁷

¹²⁵ Un interesante trabajo desde esta perspectiva, contenido en el presente volumen, es el realizado por OLARTE ENCABO, “Protección por desempleo en las relaciones laborales extraterritoriales”.

¹²⁶ Un exhaustivo análisis al respecto puede verse en el trabajo, contenido en el presente volumen, de TORRENTE GARI, “Las prestaciones no contributivas en la normativa comunitaria”.

¹²⁷ En relación con el deber público de protección de la dependencia, los arts. III-210.2.b) y II-94 del Tratado Constitucional no dejan duda al respecto, y ello, con independencia de las implicaciones jurídicas que de ello se derive. Un estudio al respecto, en DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI/SUÁREZ CORUJO, “La garantía de los derechos sociales en la Constitución Europea. La consagración de la dependencia como contingencia protegida por los Sistemas de Seguridad Social.”, RMTAS-57/05, pp. 471 ss. Por otra parte, destacando la labor integradora del TJCE al respecto, GARRIDO PÉREZ, “La

contrasta con el carácter subsidiario con el que se concibe la actuación de las instancias comunitarias, limitado al fomento y la coordinación, y excluyendo en todo caso una eventual armonización de las políticas estatales¹²⁸. Tratándose de una problemática que, indefectiblemente, alcanzará una dimensión transnacional, no sólo en materia de asistencia sanitaria (concretándose en la existencia de flujos descontrolados de pacientes de un sistema a otro¹²⁹), sino también en el ámbito de la protección de situaciones de dependencia, donde, aunque pudiera parecer paradójico, se produce un creciente fenómeno de movilidad de unos países a otros en función de factores diversos como los climatológicos o los hospitalarios¹³⁰.

4.2.- El ámbito subjetivo: la protección social de colectivos específicos.

La delimitación del llamado “campo de aplicación personal” de las normas internacionales en materia de protección social extraterritorial han experimentado un continuo proceso de ampliación, abarcando de forma paulatina a nuevos sujetos, fruto de una desvinculación progresiva entre los conceptos de trabajador y beneficiario de las prestaciones contempladas. En el ámbito comunitario, este proceso viene refrendado por la actual redacción del art. 2 del Reglamento 883/2004, donde ni siquiera la condición de nacional de un Estado miembro va a constituir un criterio determinante para ser destinatario de las medidas de protección diseñadas en las normas. Lógicamente, ello no quiere decir que estemos ante una cuestión pacífica y exenta de controversias de diversa índole en su dinámica aplicativa. Antes al contrario, éstas se manifiestan, con diferente grado de intensidad, vinculadas a cada una de las contingencias protegidas, de ahí que su análisis haya que reconducirlo al estudio pormenorizado de las mismas, donde, consecuentemente, alcanzará una mayor virtualidad explicativa.

competencia jurisdiccional en materia de dependencia: apuntes a la luz de la doctrina del TJCE sobre prestaciones de dependencia”, RDS-38/07; pp. 111 ss.

¹²⁸ V. art. 152.5 TCE.

¹²⁹ Sobre esta problemática, y analizando los últimos pronunciamientos del TJCE al respecto, CARRASCOSA BERMEJO, “Desplazamiento intracomunitario para obtener asistencia sanitaria. Estado de la cuestión tras las sentencias Keller (C-145/03) y Acereda Herrera (C-466/04)”, *Social Mes a Mes*, 120-121/06; pp. 43 ss.

¹³⁰ En este sentido, v. el trabajo, contenido en el presente volumen, de MOLINA NAVARRETE, “Los ‘sistemas nacionales’ de ‘dependencia’ y ‘asistencia sanitaria’ en el marco del nuevo reglamento comunitario de “coordinación de los sistemas de Seguridad Social”.

Estrechamente ligada, también, con la diversificación de técnicas protectoras en función de las peculiaridades que caracterizan a los destinatarios de las mismas, nos encontramos con la problemática relativa al modo en el que aparecen diseñados los marcos normativos que dan amparo a colectivos específicos de trabajadores. Como se ha señalado con acierto, alguno de estas situaciones constituyen supuestos de “extraterritorialidad parcial” de la protección social¹³¹, como ocurre en el caso de los transfronterizos¹³² o de los desplazados temporales¹³³. En otros casos, las especialidades de la regulación diseñada tienen en cuenta los problemas inherentes a la propia actividad desarrollada y su repercusión sobre la protección de los trabajadores afectados, tratando de corregir las insuficiencias de las previsiones genéricamente establecidas. El supuesto más emblemático es, sin duda, el de los trabajadores del mar¹³⁴.

En el caso de los trabajadores transfronterizos (o fronterizos, como aparecen denominados en la norma comunitaria), es decir, aquéllos que ejercen su actividad en el territorio de un Estado miembro distinto del que residen, siempre y cuando regrese a éste a diario o, al menos, una vez en semana (art. 1.f) Reglamento 883/2004), los principales problemas atañen al propio concepto, respecto del que no hay unanimidad en las diferentes normas comunitarias que lo recogen y, fundamentalmente, a cuestiones vinculadas a una eventual doble cotización y a la necesidad de adaptar la acción protectora a sus peculiaridades, lo que, a la postre ha justificado la existencia de especificidades ordenadoras en la materia¹³⁵.

¹³¹ LYON CAEN, *op. cit.*, p. 256.

¹³² Sobre esta peculiar figura, v. OJEDA AVILÉS, “Las conexiones transfronterizas débiles ¿De “zonas grises” a cuerpo central?”, en la obra colectiva, *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999; pp. 61 ss.; DESDENTADO BONETE, “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004”, RMTAS-64/06, pp. 19 ss.

¹³³ Un estudio al respecto, destacando la progresiva relevancia del fenómeno, en CASAS BAAMONDE/DEL REY GUANTER (Dir.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002; también, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

¹³⁴ Un estudio de las peculiaridades del trabajo en este sector de actividad y las exigencias que plantean en el diseño de su ordenación jurídica, en CORREA CARRASCO, *La ordenación de las relaciones laborales en el sector marítimo-pesquero*, CES, Madrid, 2000.

¹³⁵ Para un detenido análisis de las mismas, v., en este mismo volumen, el trabajo de CARRASCOSA BERMEJO, “La protección social de los trabajadores fronterizos: Presente y futuro de la norma de coordinación comunitaria”.

Por su parte, los trabajadores desplazados temporalmente, cuya regulación laboral en el ámbito comunitario (deudora, como se sabe, de la jurisprudencia sentada en su día por el TJCE en el conocido asunto *Rush Portuguesa*) tiene por objeto posibilitar que, en determinadas circunstancias, no rija el principio *lex loci laboris* y, por tanto, a los trabajadores desplazados les sea de aplicación el ordenamiento del país de origen. Se trata de supuestos de desplazamientos internacionales de corta duración (un año), circunstancia que justificaría, a la postre, la no aplicación en estos casos de las normas de conflicto genéricamente establecidas en el Convenio de Roma, e, igualmente, el establecimiento de reglas para la determinación del foro judicial distintas de las contempladas en el Rgto. 44/2001, de 22 de diciembre (norma que, como hemos señalado, sustituyó en su día al Convenio de Bruselas en el ámbito comunitario). Ello no obstante, en materia de protección social, el nuevo Reglamento comunitario (inaplicable aún) amplía este período a los dos años, sustituyendo, por tanto, el concepto tradicionalmente acuñado por el ordenamiento italiano de “*lavoratore in missione*” (hasta 12 meses) por el de “*distaccato all’estero*” (hasta 24 meses).

La aplicación en estos casos de la ley correspondiente a lugar de prestación habitual de los servicios provocaría, sin duda, evidentes distorsiones aplicativas, tales como las derivados de la eventual coexistencia en un mismo lugar de trabajo de trabajadores sometidos a distintos órdenes normativos en caso de que procedieran de diferentes países, lo que podría generar desigualdades en el estatus jurídico de cada uno de ellos. Para evitar este efecto indeseable y potencialmente distorsionador, se aprobó la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996¹³⁶, siendo transpuesta en nuestro ordenamiento por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. El objeto principal de esta ley es el de regular los aspectos relativos a la relación laboral de un trabajador comunitario desplazado a nuestro país. Pero, igualmente, quedan insertas en su ámbito aplicativo las relaciones laborales de aquéllos trabajadores desplazados por empresas establecidas en España, a los que se les trata de garantizar un tratamiento igualitario mediante el establecimiento en tales casos del principio *lex loci laboris* (D.A. 1ª ley 45/1999), sólo aplicable, sin embargo, en caso de que sean más favorables que la ley española, erigiéndose, en consecuencia, este

¹³⁶ DOCE L 018, de 21/01/97.

principio, el de la norma más favorable, en el prioritario. En todo caso, se trata una pretensión homogeneizadora de alcance limitado, habida cuenta del restringido ámbito material sobre el que se aplica la norma, con lo cual, para el resto de materias existirá una pluralidad de regímenes concurrentes. Y todo ello al margen, claro está, de las materias vinculadas al orden público, sometidas siempre al principio de territorialidad.

En materia de protección social, aparte de la, ya señalada, novedad introducida en el propio concepto de trabajador desplazado por el Reglamento 883/2004 por la que, a tales efectos, se amplía el periodo de desplazamiento a 24 meses¹³⁷, son especialmente relevantes los aspectos concernientes a los elementos subjetivos y objetivos del supuesto de hecho de la norma¹³⁸. En ambas vertientes, concurren una serie de factores que introducen elevadas dosis de complejidad en la determinación de su alcance cuando se proyectan en la *praxis* aplicativa, lo que ha justificado, en última instancia, la intervención integradora de la jurisprudencia del TJCE. En relación con los elementos subjetivos, las controversias han girado en torno al alcance de requisitos como el de “depender normalmente”, contenido en el Reglamento 1408/71, que planteaba dudas acerca de su vinculación con el trabajador o con el empresario. La nueva redacción, contenida en el art. 12.1 del Reglamento 883/2004, recogiendo los criterios jurisprudenciales vertidos al respecto ha apostado por la segunda de las interpretaciones, según se desprende del, ahora explícito, tenor literal de la norma. En cuanto a los elementos objetivos, los problemas interpretativos han estado relacionados principalmente con el alcance del “vínculo orgánico” que el trabajador destacado debe mantener con su empresa, aspecto que ha suscitado, de nuevo, una enriquecedora jurisprudencia de la instancia judicial comunitaria. Por lo demás, la dinámica protectora prevista para estos casos presenta especialidades tanto en la relación de afiliación, como en el ámbito prestacional, estableciendo, en cada caso, criterios, no exentos de controversia, para resolver la cuestión crucial de la determinación de la ley aplicable.

Finalmente, la ordenación jurídica de la protección social extraterritorial de los trabajadores del mar, como ocurre con la regulación de sus relaciones laborales, debe afrontar el difícil reto de diseñar respuestas ajustadas a las peculiaridades inherentes a la

¹³⁷ V. art. 12.1 del Reglamento 883/2004, en claro contraste con la previsión temporal contenida en el art. 14.1.a) del, todavía vigente, Reglamento 1408/71.

¹³⁸ Un acabado análisis al respecto puede verse en el trabajo, contenido en presente volumen, de GÓMEZ ABELLEIRA, “La seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas”.

propia naturaleza de esta actividad. En este sentido, la concurrencia de factores endógenos a la misma, tales como el generalizado recurso a prácticas empresariales, como la relativa a los pabellones de conveniencia o la constitución de empresas mixtas, introducen unas dosis de complejidad a la hora de configurar el marco normativo que acaban teniendo proyección de la práctica aplicativa¹³⁹, donde los supuestos de desprotección son difícilmente atajados, a pesar de la labor interpretativa, en clave material y superando las limitaciones de la mera literalidad de la norma, que llevan a cabo por los órganos jurisdiccionales.

¹³⁹ Sobre el alcance de los mismos, v. el ilustrativo trabajo, contenido en este volumen, de RODRÍGUEZ COPE, “La protección social de los trabajadores del mar”.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (CASAS BAAMONDE/DEL REY GUANTER Coords.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002
- AA.VV. (DESDENTADO BONETE, Coord.), *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999.
- AA.VV. (GARCÍA MURCIA Dir.), *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, MTAS, Madrid, 2005.
- AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, AIC/Marcial Pons, Madrid, 1996.
- AA.VV. (RÍOS SALMERÓN, Dir.), *La Seguridad Social internacional: convenios bilaterales y el Derecho Comunitario*, CDJ/CGPJ, Madrid, 1994.
- ALARCÓN CARACUEL, “Hacia el Derecho de la Protección Social”, en (LÓPEZ LÓPEZ Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, AIC/Marcial Pons, Madrid, 1996.
- ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991.
- ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social* (17-ª ed.), Civitas, Madrid, 2000
- ÁLVAREZ CORTÉS, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001.
- ÁLVAREZ GIMENO. “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea y la transposición de la Directiva 2001/86/CE al ordenamiento español”, RL 14/07; pp. 13 ss
- ARRIGO, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, RMTAS-52/04, pp. 13 ss.
- BAGLIONI, “La nozione di partecipazioe dei lavoratori nella direttiva sulla società europea”, GDLRI-98/03; pp. 159 ss
- CARO GÁNDARA, “Competencia judicial internacional y ley aplicable en materia de ciberempleo”, AJA-355/98

- CARRASCOSA BERMEJO, *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 2004.
- CARRASCOSA BERMEJO, “Desplazamiento intracomunitario para obtener asistencia sanitaria. Estado de la cuestión tras las sentencias Keller (C-145/03) y Acereda Herrera (C-466/04)”, *Social Mes a Mes*, 120-121/06; pp. 43 ss.
- CARRILLO POZO, “Error patente en la aplicación de las normas sobre competencia judicial internacional”, *REDT*-134/07; pp. 411 ss
- CASAS BAAMONDE, “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en al era global: objetivos y significación de la ley”, en (CASAS/DEL REY Coords.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002
- CASTRO ARGÜELLES/MARTÍNEZ MORENO, “La protección de las prestaciones complementarias de Seguridad Social”, en (GARCÍA MURCIA Dir.), *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, MTAS, Madrid, 2005; pp. 682 ss.
- CATALA, “Tratados bilaterales de carácter social”, *CPS*-8/50, pp. 9 y ss.
- CHAUMETTE, “Fragment d’un droit des conflits internationaux du travail?”, *DS*03/05; pp. 295 ss
- CORREA CARRASCO, *La ordenación de las relaciones laborales en el sector marítimo-pesquero*, CES, Madrid, 2000.
- CORREA CARRASCO, “Concurrencia y articulación de fuentes en la constitución del Comité de Empresa Europeo”, *TL* 53/00, pp. 3 ss.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI/SUÁREZ CORUJO, “La garantía de los derechos sociales en la Constitución Europea. La consagración de la dependencia como contingencia protegida por los Sistemas de Seguridad Social.”, *RMTAS*-57/05, pp. 471 ss.
- DE MATTEIS/GIUBONI, “Rapporti di lavoro con elementi di internazionalità e sicurezza sociale”, *QDLRI*-20/98; pp. 97 ss.
- DELGADO GÓMEZ, *La internacionalización de la empresa española*, CES, Madrid, 2006.
- DENIS, “Les mobilisations collectives européennes: de l’impuissance à la nécessité d’alliance”, *DS*-06/06; pp. 671 ss.
- DESDENTADO BONETE, “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004”, *RMTAS*-64/06, pp. 19 ss.

- DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Paris, 1953.
- ESTEBAN DE LA ROSA/MOLINA NAVARRETE, *La movilidad transnacional de trabajadores; reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002.
- FERNÁNDEZ DE MATA (Dir.), *Seguridad Social Internacional*, CGPJ, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ ORRICO, “La coordinación de las prestaciones especiales no contributivas en los diversos Estados de la Unión, antes y después del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 abril”, RMTAS-64/06; pp. 41 ss.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991.
- GARCÍA VALVERDE, “Prestaciones de Seguridad Social: coordinación comunitaria. A propósito de la STJCE de 21 febrero 2006, asunto Hosse”, AL 16/06; pp. 1928 ss.
- GARCÍA VIÑA, “Los fondos de pensiones de empleo. Comentario a la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión e fondos de pensiones de empleo”, RMTAS-52/04, pp. 97 ss.
- GARRIDO PÉREZ, “La competencia jurisdiccional en materia de dependencia: apuntes a la luz de la doctrina del TJCE sobre prestaciones de dependencia”, RDS-38/07; pp. 111 ss.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, “Desplazamiento de trabajadores y pensiones complementarias. Comentario a la Directiva 98/49/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 27/00, pp. 159 ss
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “La política comunitaria de convergencia en materia de Seguridad Social”, en (GARCÍA MURCIA Dir.), *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, MTAS, Madrid, 2005; pp. 634 ss.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “Los reglamentos comunitarios de Seguridad Social (principios inspiradores y ámbito de aplicación)”, en (GARCÍA MURCIA Dir.), *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, MTAS, Madrid, 2005; pp. 664 ss.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2000

- JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Comares, Granada, 2002.
- LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1980.
- LÓPEZ CUMBRE, “La protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea”, RMTAS 7/98, pp. 162 ss.
- LYON-CAEN, G. *Les relations de travail internationales*, Editions Liaisons, Paris, 1991.
- MAGNANI, “Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi”, QDLRI-20/98, pp. 73 ss
- MÁRQUEZ PRIETO, *Seguridad Social y protección social: un enfoque conceptual*, UMA, Málaga, 2002.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Protección social, Seguridad Social y asistencia social*, CES, Madrid, 2005.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “Reglas sobre competencia judicial internacional (Reglamento 44/2001)” en la obra colectiva (GARCÍA MURCIA Dir.), *La transposición del Derecho Social Comunitario Comunitario al ordenamiento español*, MTAS, Madrid, 2005; pp. 711 ss.
- MERCADER UGUINA/MORENO SOLANA, “De la movilidad de los trabajadores a la movilidad de los ciudadanos: notas al Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos comunitarios y sus familias”, RL-13/07; pp. 56 ss
- MONEREO PÉREZ/DE VAL TENA, “La protección social voluntaria en el ámbito de la empresa”, DL 79/07; pp. 9 ss..
- MONTOYA MELGAR, “El Derecho Internacional de la Seguridad Social”, RPS 61/64; pp. 395 ss.
- OCCHINO, “Contratti collettivi internzionali e contratti collettivi comunitari”, QDLRI-20/98; pp. 143 ss
- OJEDA AVILÉS, *El sistema común europeo de Seguridad Social*, TLB, Valencia, 1997.
- OJEDA AVILÉS, “Las conexiones transfronterizas débiles ¿De “zonas grises” a cuerpo central?, en *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999; pp. 61 ss.
- ORDEIG FOX, *El sistema español de seguridad social.*, Edersa, Madrid, 1982

- PALAO MORENO, *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, TLB, Valencia, 2000
- PÉREZ PÉREZ, “Convenios bilaterales sobre seguridad social ratificados por España”, RL 85 (I)
- RIVAS VALLEJO, “Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajos internacionales”, AL 5/07, pp. 557 ss.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, “Seguridad Social y asistencia social en el Estado de las Autonomías”, RL 8/2003; pp. 1 ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, “Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social, RL-88(II), pp. 12 ss.
- RON LATAS, “Los aspectos laborales más destacables de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre de 2006, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior”, RL-10/07, pp. 71 ss
- SÁNCHEZ CARRIÓN, “Reglas determinantes de la competencia judicial en materia laboral en Derecho comunitario”, TL-65/02,
- SÁNCHEZ CARRIÓN, “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”, RMTAS 47/2003, pp. 17 ss.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, Granada, 1997
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004, RMTAS 64/06, pp. 115 ss.
- SEMPERE NAVARRO, “Principios generales de la Seguridad Social comunitaria”, en (RÍOS SALMERÓN, *Dir.*), *La Seguridad Social internacional: convenios bilaterales y el Derecho Comunitario*, CDJ/CGPJ, Madrid, 1994
- SEMPERE NAVARRO, “Problemas aplicativos de los reglamentos comunitarios: perspectiva doctrinal”, en (FERNÁNDEZ DE MATA, *Dir.*), *Seguridad Social Internacional*, CGPJ, Madrid, 1998; p. 147.
- SUÁREZ CORUJO, “Las condiciones para la consolidación de los derechos a pensiones privadas como obstáculo a la libre circulación de trabajadores: ilustración del caso alemán a partir del artículo 51 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE)”, RMTAS 12/98; pp. 102 ss
- VALDÉS DAL-REÍ, “La participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea: treinta años después”, RL-2003 (I); pp. 79 ss

- VALDÉS DAL-RE, “El debate europeo sobre movilidad (I y II)” RL-21 y 22/06, pp. 1 ss.
- VALDÉS DAL-RE, *Presentación*, Documentación Laboral, nº 79/2007, p. 3 ss.
- ZARZALEJO CARBAJO, “La inserción de la dicotomía ‘Seguridad Social/Asistencia Social’ en el marco de distribución competencial del Estado autonómico”, RTSS (CEF), 27/2004; pp. 63 ss.
- ZUFIAUR NARVAIZA, “La movilidad geográfica del empleo en el Unión Europea: hacia un mercado europeo de trabajo”, RL 21/06; pp 73 ss.

LA PROTECCIÓN SOCIAL A NIVEL EXTRACOMUNITARIO: LOS CONVENIOS BILATERALES DE SEGURIDAD SOCIAL E INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO

MERCEDES ZARZALEJO CARBAJO

*Profesora Ayudante
del Departamento de Derecho del Trabajo,
de la Seguridad Social y Economía Aplicada
Universidad de Córdoba*

SUMARIO.- 1. INTRODUCCIÓN.- 2. LOS CONFLICTOS DE LEYES EN LA RELACIÓN DE AFILIACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL.- 2.1. Las reglas contenidas en los Convenios bilaterales de Seguridad Social firmados por España.- 2.1.1. *Campo de aplicación de los Convenios bilaterales de Seguridad Social.*- 2.1.2. *Normas convencionales de determinación de la legislación aplicable: la regla general y sus excepciones.*- 2.2. Las soluciones particulares ante la inexistencia de norma convencional: la situación asimilada al alta.- 2.2.1. *La situación asimilada al alta adquirida de forma automática.*- 2.2.2. *La situación asimilada al alta adquirida mediante la suscripción de un Convenio especial de Seguridad Social.*- 3. LA LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.- 3.1. El régimen prestacional de los Convenios bilaterales firmados por España.- 3.1.1. *Las prestaciones sociales en especie.*- 3.1.2. *Las prestaciones dinerarias o en metálico.*- 3.2. La específica protección en ausencia de convenio internacional: los Convenios especiales de Seguridad Social.- 4. CONCLUSIONES.- 5. ANEXOS.- 5.1. Anexo I: Cuadro-Resumen de los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España.- 5.2. Anexo II: Duración máxima del mantenimiento de la ley española en los desplazamientos de trabajadores prevista por los Convenios bilaterales.- 5.3. Anexo III: Prestaciones reconocidas por los Convenios bilaterales de Seguridad Social.

1. INTRODUCCIÓN.

El auge de los movimientos migratorios laborales se proyecta sobre el ámbito de la Seguridad Social y desemboca en un paulatino proceso de internacionalización de esta rama jurídica¹⁴⁰, cada vez más consolidado en nuestro país y en el resto de los Estados afectados por la migración de trabajadores. Ciertamente, el hecho de que el trabajador migrante acceda al mercado de trabajo del país de destino conecta de forma inmediata con la problemática cuestión de su protección social y la de sus familiares, habida cuenta de las diferencias existentes entre los sistemas nacionales de Seguridad Social a los que el empleado se podría vincular en función de la movilidad de su lugar de trabajo. De ahí, que se haya impulsado en las últimas décadas una política intergubernamental de armonización y coordinación del Derecho de la Seguridad Social dirigida al amparo de los derechos sociales adquiridos por el migrante en cada uno de los Estados en los que ha desarrollado una actividad a lo largo de su vida laboral. En consecuencia, ha nacido el llamado *Derecho internacional de la Seguridad Social*, integrado por numerosos acuerdos multilaterales y bilaterales tendentes a conseguir la igualdad de derechos sociales entre los nacionales e inmigrantes de cada país, a conservar los derechos adquiridos o en curso de adquisición de éstos o, incluso fomentar la exportación de las prestaciones de tales trabajadores, mediante la oportuna colaboración administrativa de las Entidades gestoras de la Seguridad Social de los Estados y, en definitiva, a solventar la disyuntiva acerca de la legislación aplicable a los derechos activos y pasivos del trabajador migrante, en lo que a su protección social se refiere. Pues bien, el estudio y la sistematización de tales acuerdos constituyen nuestro propósito en esta parte de la investigación, en la que tendremos como mayor referente el Derecho Social Comunitario y, concretamente, los Reglamentos Comunitarios de Protección Social. Para ello, resultará necesario distinguir los dos planos característicos

¹⁴⁰ Como causas de la internacionalización de la Seguridad Social, se ha destacado, además de la, ya apuntada, “intensidad de los movimientos migratorios laborales”, la existencia de “numerosas normas discriminatorias ligadas a la nacionalidad” insertas en las legislaciones nacionales de Seguridad Social. Vid. GONZALO GONZÁLEZ, B., *Introducción al Derecho internacional español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995, p. 20 y 21.

de la previsión social, en sus vertientes activa y pasiva, lo que justifica la plasmación de los epígrafes siguientes.

2. LOS CONFLICTOS DE LEYES EN LA RELACIÓN DE AFILIACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL.

A la hora de abordar el estudio de la determinación de la legislación aplicable a las relaciones de afiliación a la Seguridad Social, debemos tener presente el elemento financiero o económico que incide en la configuración de los sistemas nacionales de protección social. En efecto, los sistemas de Seguridad Social con los que se puede encontrar el trabajador migrante a lo largo de su carrera profesional pueden ser muy diversos en cuanto a su naturaleza se refiere.

Como se sabe, los requisitos de inclusión o acceso al campo de protección de los sistemas de Seguridad Social pueden ser muy variopintos en atención al carácter contributivo o asistencial de los mismos, habida cuenta de las diferencias existentes entre ambos en cuanto a sus mecanismos de financiación. De tal manera que, en la medida en que los sistemas contributivos de Seguridad Social se sustentan fundamentalmente de las aportaciones o cotizaciones profesionales satisfechas por empresarios y trabajadores, el factor relevante para el acceso a los mismos no será otro que la actividad lucrativa desarrollada en el territorio del Estado competente, susceptible de ser “gravada” con dichas aportaciones sociales. Por el contrario, los sistemas asistenciales de Seguridad Social se financian exclusivamente de las propias arcas estatales, a través de las dotaciones asignadas anualmente en las Leyes de Presupuestos nacionales, como consecuencia de la consagración de los Estados de bienestar social. Lógicamente, los potenciales beneficiarios de estos sistemas deberán residir en el territorio del Estado protector cuyos fondos públicos soportan la carga económica que supone tal protección social de carácter asistencial. Tales diferencias podrán acarrear, no sólo conflictos legislativos en las relaciones de afiliación a la Seguridad Social¹⁴¹,

¹⁴¹ Al respecto, se ha señalado que “el mayor problema aparece con las movilidades mixtas (de un Estado asistencial a uno contributivo y/o viceversa) en cuyas relaciones es lógico pensar que el Estado cuyo sistema es asistencial estime que al ser el otro contributivo y percibir parte de los ingresos del individuo tiene mayor obligación en protegerle pues el abono de las cotizaciones supone una colaboración en la financiación de una protección futura, y pretenda de este modo evadirse de su responsabilidad protectora” (conflicto de leyes negativo), al igual que “estaríamos ante un enriquecimiento injusto si todos los países en presencia concedieran el total de la prestación al sujeto sin que éste hubiera abonado las suficientes

sino que además pueden suponer una pérdida de derechos, por ejemplo, para aquellos trabajadores que han estado sometidos a distintos sistemas de Seguridad Social, sin llegar a completar los períodos de seguro, empleo o residencia exigidos en cada uno de ellos, ni siquiera en su conjunto, dada la diversa naturaleza de los sistemas sociales en juego.

Anotado este aspecto y con el objetivo de establecer en cada caso la legislación aplicable a los actos de afiliación, alta, baja y cotización del trabajador migrante, nos detendremos en la regulación contenida en determinadas normas internacionales de Seguridad Social vinculantes para nuestro país en esta materia. Nos estamos refiriendo, concretamente, a los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España con otros Estados¹⁴².

2.1. Las reglas contenidas en los Convenios bilaterales de Seguridad Social firmados por España.

Son numerosos los Convenios bilaterales que ha suscrito España, a lo largo de los años, con otros países en materia de Seguridad Social. Tales instrumentos constituyen verdaderas normas internacionales que tienden a coordinar los sistemas de Seguridad Social existentes en las legislaciones internas de las Partes contratantes. Hay que tener en cuenta que algunos de estos Convenios han sido sustituidos plenamente por los Reglamentos comunitarios de coordinación de los sistemas de Seguridad Social¹⁴³ mientras que otros son sólo aplicables de forma parcial. Lógicamente, estamos haciendo referencia a aquellas normas concertadas con los países miembros de la UE o signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante, AEEE). Al respecto, precisaremos aquí cuáles de dichos Convenios mantienen su vigencia y en relación a qué situaciones.

En este sentido, los Reglamentos comunitarios relativos a la Seguridad Social incluyen en su ámbito de aplicación personal a los nacionales de los Estados comunitarios quedando, por tanto, fuera del mismo aquellos trabajadores que no ostentan tal nacionalidad, a pesar de que realicen su actividad laboral en el territorio de

cotizaciones o reuniera suficientes años de residencia para ello” (conflicto de leyes positivo). Vid, en este sentido, GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, p. 121.

¹⁴² Una relación de los mismos puede verse en el Anexo I.

¹⁴³ Cuyo contenido es objeto de estudio en otras partes de este trabajo.

los países europeos y se encuentren vinculados a la legislación de uno o varios de ellos. Pues bien, es en estas circunstancias, es decir, en los supuestos de movilidad intracomunitaria de los empleados nacionales de terceros países, cuando va a resultar aplicable el Convenio bilateral que tengan suscrito los dos Estados parte de la UE, siempre que el mismo contemple dentro de su campo de protección a tales sujetos¹⁴⁴. Por lo que concierne a España, varios son los instrumentos aplicables a los no nacionales de las partes contratantes y, por ende, los que actualmente se encuentran en vigor respecto de aquellas situaciones de desplazamiento o traslado de trabajadores extranjeros que abandonan el territorio nacional para desarrollar su prestación de servicios en el otro Estado parte¹⁴⁵. Por el contrario, los Convenios que no recogen en su ámbito de aplicación a los nacionales de terceros países sino únicamente a los trabajadores comunitarios son los que han quedado derogados o, si se prefiere, sustituidos por los Reglamentos de 1971 y 1972¹⁴⁶. Así, cuando se produce la movilidad del trabajador extranjero establecido en España hacia el territorio de estos países, habrá que estar a las disposiciones de Seguridad Social previstas en las legislaciones de ambos Estados, dándose la posibilidad de que el sujeto quede sometido a los regímenes de Seguridad Social de los dos ordenamientos jurídicos.

En cualquier caso, debemos tener presente que, en la aplicación de los instrumentos acordados en materia de Seguridad Social con los citados países comunitarios, no se atiende al trabajador español sino al extranjero radicado en España. Por tanto, nuestros esfuerzos de análisis no se van a centrar en dichos Convenios sino en aquellos celebrados con los Estados que no forman parte de la UE ni son signatarios del AEEE.

2.1.1. Campo de aplicación de los Convenios bilaterales de Seguridad Social.

Si bien es cierto que el contenido de los Convenios bilaterales suscritos por España con países extracomunitarios posee bastantes similitudes con lo dispuesto en los Reglamentos comunitarios, no es menos verdad que aquéllos encierran un régimen

¹⁴⁴ Destacan este aspecto, ESTEBAN DE LA ROSA, G.; MOLINA NAVARRETE, C., *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002, p. 230.

¹⁴⁵ Es el caso de los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos entre España y Alemania, Austria, Finlandia, Italia, Reino Unido y Suecia.

¹⁴⁶ Lo que ha ocurrido con los Convenios bilaterales firmados con Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal.

jurídico diferente en su conjunto y de forma individualizada, aún cuando su estructura y sistemática es idéntica.

Debemos precisar, en primer término, el ámbito subjetivo de los Convenios bilaterales de Seguridad Social. Éstos, a tenor de sus disposiciones, son aplicables generalmente a los trabajadores nacionales de alguno de los Estados firmantes. No obstante, algunos de ellos han extendido su protección a aquellos nacionales de terceros países sujetos a la legislación de una de las partes o incluidos en el régimen de Seguridad Social de uno de los países contratantes¹⁴⁷. Asimismo, la práctica habitual de estos instrumentos ha sido la de incluir dentro de su esfera protectora no sólo los trabajadores migrantes sino también a sus familiares y supervivientes o, en términos utilizados por los Convenios, a sus beneficiarios, causahabientes, derechohabientes o personas a su cargo¹⁴⁸, respecto de los cuales no existe referencia alguna a su nacionalidad, por lo que debe ser entendido que la misma es irrelevante en la protección de dichos sujetos¹⁴⁹. Finalmente, determinadas normas bilaterales acogen explícitamente a las personas que tengan la condición de refugiados de acuerdo con el

¹⁴⁷ En este sentido, encontramos los Convenios celebrados con Andorra (art. 3), Argentina (art. 2), Australia (art. 3), Brasil (art. 3), Canadá (art. 3), Estados Unidos (art. 3.1), Perú (art. 3) y Uruguay (art. 3), que amplían su acción protectora a los trabajadores extranjeros, si bien sin hacer ninguna mención expresa de los mismos sino estableciendo la cláusula general de que el Convenio “será de aplicación a los trabajadores (o las personas) que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o ambas Partes Contratantes”. Asimismo, resulta interesante la redacción dada por el art. 3 del Convenio entre España y Australia, habida cuenta de su determinación dual respecto a su campo de aplicación personal al señalar que el mismo “será de aplicación a cualquier persona que: a) Sea o haya sido residente en Australia, o b) Esté o haya estado sujeta a la legislación española”. Obviamente, no restringe su protección a los nacionales de dichos Estados, pero establece dos criterios distintos para cada uno de ellos: la residencia o la afiliación. Por el contrario, el resto de los Convenios suscritos por España ostentan como sujetos protegidos exclusivamente a los nacionales de las partes contratantes. Así, los firmados con Chile (art. 3), Ecuador (art. 2), Filipinas (art. 3), Marruecos (art. 3.1), México (art. 3), Paraguay (art. 3.1), República Dominicana (art. 3.1), Rusia (art. 3), Túnez (art. 3, párrafo primero), Ucrania (art. 3.1, párrafo primero) y Venezuela (art. 3.1). Especiales problemas nos plantea el caso del Convenio entre España y Suiza, puesto que a pesar de ser clara su primera “opción” al referirse expresamente a “los súbditos de una de las Partes Contratantes” (art. 3), con lo que descartaríamos a priori a los no nacionales de su ámbito de protección, sin embargo, al hacer mención a determinadas situaciones laborales extraterritoriales se prevé taxativamente la aplicación del Convenio a “todos los trabajadores asalariados, cualquiera que sea su nacionalidad” (art. 4. d). Por ende, a la vista de esta última disposición parece que el término “súbditos” habría que entenderlo en el sentido de sujetos sometidos a la legislación del Estado en cuestión y no al carácter de nacional, de tal manera que el citado Convenio se clasificaría como un acuerdo abierto a los trabajadores nacionales de terceros países.

¹⁴⁸ Tan sólo el Convenio entre España y Australia hace mención expresa al cónyuge del trabajador migrante, aunque el mismo parece estar incluido dentro de la categoría de familiares aunque no se cite textualmente.

¹⁴⁹ Destaca este aspecto, ÁLVAREZ CORTES, J. C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito comunitario*, Tecnos / Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 2001, p. 276. También DÍAZ-GÁLVEZ, J.; ÁLVAREZ-NOVOA, M.; PÉREZ-FONTES, C. (dir.), *El desplazamiento de trabajadores al extranjero. Su régimen jurídico, laboral y fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p.149.

Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 y a los apátridas según el Convenio de 28 de septiembre de 1954¹⁵⁰.

2.1.2. Normas convencionales de determinación de la legislación aplicable: la regla general y sus excepciones.

Precisado el ámbito de aplicación personal de los Convenios internacionales que venimos estudiando, debemos entrar ya en el análisis de las disposiciones contenidas en tales instrumentos respecto de la determinación de la legislación aplicable, la cual va a venir concretada, tal y como se hace también en el plano comunitario, a través de la plasmación de una norma general y una serie de excepciones. En este sentido, la totalidad de los acuerdos bilaterales establecen el sometimiento de los trabajadores que ejercen una actividad profesional en el territorio de uno de los Estados firmantes a las leyes de Seguridad Social del mismo. Esto es, dada la naturaleza territorialista que, como ya sabemos, ostenta la normativa social, la regla de la aplicabilidad de la *lex loci laboris* se ha consagrado con carácter general en todos los Convenios bilaterales, si bien mediante técnicas o, como señala la doctrina¹⁵¹, fórmulas distintas.

A nuestro juicio, las distintas redacciones utilizadas por los acuerdos internacionales a la hora de disponer el principio general de aseguramiento de los trabajadores migrantes son susceptibles de ser encuadradas en tres grupos diferentes, a saber: dos de ellos, con una técnica de previsión directa y el último, caracterizado por su naturaleza indirecta o imprecisa. En efecto, la mayoría de los Convenios bilaterales suscritos por España en materia de Seguridad Social contienen en sus respectivos preceptos relativos a la determinación de la legislación aplicable una regla general de previsión directa y excluyente. Esto es, no sólo señalan de forma concreta cuál es la ley que se debe aplicar

¹⁵⁰ Es el supuesto de los Convenios concertados con Filipinas (art. 3, párrafo segundo), Marruecos (art. 3.2), Túnez (art.3, segundo párrafo), Ucrania (art. 3.1, párrafo segundo) y Venezuela (art.3.1 *in fine*).

¹⁵¹ Al respecto, algunos autores hablan de cinco fórmulas de distribución de competencias diferentes: 1) mediante la conexión de la regla general y la igualdad de trato entre los nacionales de los Estados firmantes (Ecuador, Paraguay y República Dominicana); 2) desdoblando la redacción de la norma al perfilar la actividad que desarrollan los nacionales en cada uno de los Estados; 3) a través de la delimitación en el mismo precepto de los ámbitos espacial, material y personal (Argentina y Brasil); 4) mediante “normas parcialmente incompletas” que se remiten al ordenamiento jurídico en general del Estado de ocupación, con independencia de la residencia del sujeto y de la sede de la empresa; y 5) haciéndose referencia a la obligación de cotizar de las personas que ejercen actividades lucrativas de conformidad con la legislación aplicable al territorio donde se desarrollan las mismas junto al sometimiento de los empleados en un Estado a la legislación de éste (Andorra, Chile y Marruecos). Vid. GARCÍA RODRIGUEZ, I., *Aspectos internacionales...*, op. cit., p. 228-238. También ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social...*, op. cit., p. 280 y 281.

a las altas y cotizaciones de los asalariados sino que además establecen que la legislación determinada es la única aplicable¹⁵². Por el contrario, encontramos algunos instrumentos que carecen de esta claridad reguladora, habida cuenta de la omisión en sus disposiciones de la concreción de la regla general, la cual aparece implícita o de forma indirecta en la redacción de la norma dirigida a preceptuar, no la legislación aplicable, sino la obligada igualdad de trato entre los nacionales de los Estados contratantes¹⁵³. Entre estos dos extremos, estaría la fórmula sencilla e intermedia, basada en la determinación directa de la legislación aplicable sin ningún otro apéndice que destacar¹⁵⁴.

En cualquier caso, lo cierto es que mediante un mecanismo u otro toda esta normativa recoge la cláusula general de la *lex loci laboris* como legislación de Seguridad Social aplicable a los españoles que trabajan fuera de nuestras fronteras. Sin embargo, como podíamos imaginar, no será siempre dicha ley la que determinará las peculiaridades de las altas y cotizaciones de los asalariados sino que la misma va a venir exceptuada por una serie de particularidades previstas respecto de concretas situaciones laborales extraterritoriales, como es el caso de los desplazamientos temporales y la actividad del transporte internacional, entre otras.

a) El desplazamiento temporal de trabajadores al extranjero.

¹⁵² En este sentido, la fórmula utilizada es disponer que tales personas “estarán sujetas *exclusivamente* a la legislación de Seguridad Social de la Parte Contratante en cuyo territorio ejercen su actividad laboral” (la cursiva es nuestra). Al respecto, vid. los Convenios con Brasil (art. 6), Canadá (art. 6.1.a), Chile (art. 6), Estados Unidos (art. 4.1), Filipinas (art. 5.1), México (art. 5), Rusia (art. 6), Túnez (art. 6), Ucrania (art. 6) y Uruguay (art. 6).

¹⁵³ Así, los Convenios suscritos con Australia (art. 4), Argentina (art. 2), Ecuador (art. 2), Paraguay (art. 3) y República Dominicana (art. 4). Destaca por su imprecisión la disposición australiana que establece que “todas las personas a las que sea de aplicación el mismo recibirán *igual trato* por cada una de las Partes, en lo que concierne a derechos y obligaciones que deriven bien directamente de la legislación de esa Parte, bien del presente Convenio”. No obstante, el resto de los preceptos están redactados de diferente manera señalando el caso concreto que regulan, por ejemplo, “los trabajadores españoles en Ecuador y los trabajadores ecuatorianos en España estarán sujetos a las legislaciones sobre Seguridad Social aplicables en los respectivos países y se beneficiarán de las mismas (...) *en iguales condiciones* que los nacionales de cada uno de los dos países” (las cursivas son nuestras).

¹⁵⁴ Señalándose concretamente que “el trabajador empleado en el territorio de una Parte estará sometido a la legislación de dicha Parte”. Con dicho articulado, los Convenios de Andorra (art. 4), Perú (art. 4) y Marruecos (art. 5). Asimismo, el Convenio firmado con Venezuela sigue esta misma línea, a pesar de contener una redacción diferente al establecer que “los trabajadores ocupados en el territorio de una de las Partes Contratantes estarán sujetos a la legislación de Seguridad Social de esa Parte” (art. 6). También el Convenio con Suiza dispone lo mismo pero con una dicción diferente señalando que los que “ejercen una actividad profesional quedarán sujetos a las legislaciones de la Parte contratante en cuyo territorio lleven a cabo su actividad” (art. 3.1).

El supuesto del destacamento de trabajadores al extranjero por un período de tiempo concreto se recoge en todos los instrumentos bilaterales como norma particular que excepciona el principio general, habida cuenta del sometimiento del sujeto a la legislación del Estado de origen mientras dure tal situación¹⁵⁵. No obstante, encontramos numerosas diferencias en cuanto al plazo temporal del desplazamiento y sus posibles prórrogas regulado en dichas disposiciones, el cual suele estar comprendido, según los casos, entre uno y cinco años¹⁵⁶. Superados los mismos, la excepción contemplada desaparece y el trabajador desplazado al extranjero, tendrá que someterse a partir de ese momento a la legislación del Estado en cuyo territorio ejerza su actividad laboral.

Además de este límite temporal, algunos Convenios¹⁵⁷ prohíben a efectos de ejercitar esta excepción que el trabajador español sea enviado al otro Estado parte en sustitución de otro asalariado que haya agotado el plazo máximo del destacamento. Tal restricción, que también recoge la normativa comunitaria, debe ser extendida al resto de los acuerdos que no la prevean expresamente, habida cuenta de que es una medida contra la elusión intencionada de la aplicabilidad de la ley del lugar de empleo¹⁵⁸. Sin embargo, es previsible que si las instituciones competentes suelen flexibilizar dicho requisito en el ámbito comunitario también sigan esta misma tendencia cuando se trata de países vinculados convencionalmente, a fin de favorecer la movilidad geográfica de los trabajadores.

b) La prestación de servicios plurilocalizada en el territorio de los Estados contratantes.

Al hilo de la excepción anterior, dentro de las situaciones caracterizadas por el trabajo desarrollado en diferentes países, debemos reseñar el supuesto relativo a los trabajadores fronterizos contemplado únicamente, como es lógico, en el Convenio firmado entre España y Andorra que recoge una serie de disposiciones especiales para aquellos trabajadores que “*conservando su residencia en la zona fronteriza de una de*

¹⁵⁵ Salvo que el trabajador español opte por someterse al Régimen de Seguridad Social que rige en el territorio donde realiza su trabajo, únicamente en el caso de que el mismo sea mejicano, a tenor del art. 6.1, párrafo tercero, del Convenio firmado entre España y México que establece tal salvedad.

¹⁵⁶ Para mayor precisión sobre el período de tiempo máximo en el que el sujeto que presta sus servicios en el extranjero puede estar vinculado a la legislación española, vid. Anexo II.

¹⁵⁷ Concretamente, los suscritos con Brasil (art. 7.1), Filipinas (art. 6. a)), Marruecos (art. 6.1 a)), México (art. 6.1), Túnez (art. 7.1. a)) y Ucrania (art. 7.1).

¹⁵⁸ En este sentido, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., *La Seguridad Social...*, op. cit., p. 285.

las dos Partes Contratantes, a la que regresan en principio cada día, trabajan en la zona territorial fronteriza de la otra Parte”¹⁵⁹. No obstante, a pesar de estar regulados de una manera autónoma, tales asalariados no constituyen ninguna excepción a la regla general, aún cuando realizan “desplazamientos en el empleo” a diario, en cuanto que los mismos estarán afiliados a los organismos de la Seguridad Social en el país de empleo. Nótese la situación especial en la que se van a encontrar dichas personas al tener todos sus intereses en España (familia, residencia, bienes, etc.) y, sin embargo, estar protegidas por el sistema social andorrano.

Otro de los supuestos de prestación de servicios plurilocalizada previstos generalmente por los Convenios bilaterales respecto al cual no se aplica la *lex loci laboris* hace referencia a la actividad del transporte transnacional, si bien casi siempre en su modalidad aérea. En tal situación, la norma establecida en relación con la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social se concreta en la ley del Estado parte en el que la empresa contratante tiene establecida su sede principal¹⁶⁰. No obstante, es de destacar el caso de los trabajadores españoles dedicados a la actividad del transporte entre los territorios de España y Estados Unidos, puesto que el mismo constituye una excepción de la excepción si resultara que la residencia de dichos asalariados estuviera establecida dentro de las fronteras norteamericanas. Si fuera así, la única legislación aplicable en materia de Seguridad Social sería la del país de residencia, es decir, la legislación estadounidense (a tenor del art. 5.2 *in fine* del Convenio suscrito entre ambos países). Lo mismo cabría decir del Convenio firmado con Suiza, por cuanto que el mismo determina la aplicabilidad de la ley del Estado firmante en el que no se encuentra la sede principal de la empresa, si en su territorio existiera alguna representación fija de la entidad mercantil dedicada al transporte y siempre que se tratara de trabajadores destacados con vocación de permanencia (art. 4. b) *in fine*).

¹⁵⁹ Así los define el art. 25 del Convenio bilateral, precepto primero del Título IV dedicado a los trabajadores fronterizos (arts. 25 a 29).

¹⁶⁰ Así, el art. 5.2 del Convenio con Andorra (transporte terrestre); el art. 3.1. b) del Convenio con Argentina (transporte aéreo); el art. 7.2 del Convenio con Brasil (transporte aéreo); el art. 7.2 del Convenio con Chile (transporte aéreo); el art. 3.1.b) del Convenio con Ecuador (transporte aéreo); el art. 5.2 del Convenio con Estados Unidos (transporte aéreo); el art. 6.1. b) del Convenio con Marruecos (transporte en general); el art. 6.3 del Convenio con México (transporte aéreo); el art. 4.1.b) del Convenio con Paraguay (transporte aéreo); el art. 6.1. b) del Convenio con Perú (transporte en general); el art. 7.2 del Convenio con Rusia (transporte en general); el art. 4. b) del Convenio con Suiza (transportes en general); el art. 7.1. c) del Convenio con Túnez (transporte aéreo y terrestre); el art. 7.3 del Convenio con Ucrania (transporte aéreo y terrestre); el art. 7.1. b) del Convenio con Uruguay (transporte aéreo); y el art. 7.2 del Convenio con Venezuela (transporte aéreo).

c) *El personal laboral al servicio de misiones diplomáticas y oficinas consulares.*

La tónica general expresada en los Convenios bilaterales de Seguridad Social que España tiene suscritos con numerosos Estados no comunitarios atiende a la determinación de la ley del país para la que prestan sus servicios el personal de las misiones diplomáticas y consulares como legislación competente para regular las relaciones de afiliación a la Seguridad Social de esta categoría especial de trabajadores. Sin embargo, las técnicas utilizadas por tales instrumentos normativos no son en absoluto uniformes sino, más bien, dispares y diversas.

Primeramente, podemos encontrar algunas normas convencionales que se remiten, en su totalidad, a las disposiciones recogidas en los Convenios de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961, y Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963¹⁶¹, los cuales establecen con carácter general la exención del personal al servicio de las instituciones diplomáticas y consulares del ordenamiento del Estado receptor, por lo que a *sensu contrario* será competente la legislación del Estado acreditante o de envío.

No obstante, la mayoría de los Convenios bilaterales de Seguridad Social que venimos estudiando consagran el derecho de opción o elección entre las leyes susceptibles de aplicación por parte del trabajador destinado en el país de acogida, siempre que se cumplan determinados requisitos y formalidades, tales como la nacionalidad del Estado acreditante y el ejercicio de dicha prerrogativa en el periodo de tiempo máximo que dispone la propia normativa convencional, que no es otro que el de tres meses desde la fecha en que se inició la prestación laboral en el extranjero¹⁶². Lógicamente, si transcurrido tal plazo temporal, el empleado no hubiera hecho efectivo

¹⁶¹ En este sentido, el Convenio entre España y Rusia (art. 7.4) y el suscrito entre España y Ucrania (art. 7.6). Asimismo, otros instrumentos bilaterales también hacen remisiones a los Convenios de Viena, si bien señalando algunas normas particulares respecto a determinadas categorías de trabajadores al servicio de las misiones diplomáticas y oficinas consulares. Así, los Convenios celebrados con Brasil (art. 7.5), Chile (art. 7.5), Estados Unidos (art. 6.1), Filipinas (art. 6.b), México (art. 6.6), Túnez (art. 7. g), Uruguay (art. 7.1. e) y Venezuela (art. 7.4).

¹⁶² Así, los Convenios suscritos con Brasil (art. 7.6), Chile (art. 7.7), Filipinas (art. 6. c), Marruecos (art. 6.1. d), Suiza (art. 5.1 y 2), Túnez (art. 7.1. i), Uruguay (art. 7.1. g) y Venezuela (art. 7.6). Es notorio lo preceptuado en el Convenio hispano-suizo, habida cuenta de que determina aplicable, salvo opción en contrario, la legislación del Estado receptor o de acogida cuando el trabajador, a pesar de ostentar la nacionalidad del Estado de origen, se encuentra vinculado a la Administración a través de un contrato celebrado en el territorio extranjero.

su derecho de opción, la legislación aplicable será, por defecto, la del Estado receptor, esto es, la *lex loci laboris*.

Tal elección, asimismo, también ha sido plasmada en otras normas, pero de distinta manera. Así, mientras que algunas disposiciones determinan competente la legislación del Estado acreditante, salvo cuando el asalariado opte por la ley del país en cuyo territorio presta sus servicios¹⁶³, otras regulan lo contrario, estableciendo la aplicación de la legislación del país de empleo, siempre y cuando no se haya elegido la del Estado a cuyo servicio se encuentre el trabajador¹⁶⁴.

Cabe advertir, asimismo, que no todos los Convenios de Seguridad Social mencionan en sentido técnico al personal al servicio de misiones diplomáticas y oficinas consulares, sino que algunos hacen referencia a los “*asalariados de un servicio oficial*” o a los “*empleados por el Gobierno*”¹⁶⁵, por lo que es obvio que, dada la generalidad de dichos conceptos, su regulación se amplía a numerosas categorías del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas.

Finalmente, encontramos determinadas normas que atienden a aquellas personas enviadas a misiones de cooperación, respecto de las cuales también se establece un criterio excepcionante a la regla general, habida cuenta de la concreción de la ley del país de origen como reguladora de los derechos sociales de tales trabajadores¹⁶⁶.

De lo expuesto, es de destacar la manifestación que los acuerdos bilaterales hacen, en esta materia concreta, de un principio general del Derecho internacional que los legisladores transnacionales han tenido sus reservas a la hora de su establecimiento en

¹⁶³ Al respecto, vid. el art. 4.2 del Convenio hispano-argentino y el art. 5.2 del Convenio hispano-paraguayo. Peculiar es la redacción utilizada por el art. 6.3 del Convenio hispano-canadiense, a tenor del cual se establece la competencia de la legislación del país de origen, siempre que el asalariado sea nacional del mismo o resida en su territorio habitualmente. Sin embargo, aún ostentado la residencia habitual en el Estado acreditante, si el trabajador posee la nacionalidad del país receptor, la norma convencional le ofrece la posibilidad de optar por la ley de este último como competente a la relación de afiliación a la Seguridad Social del asalariado. También es de resaltar la dicción del art. 4.2 del Convenio hispano-ecuadoriano, puesto que en el mismo se determina la legislación aplicable en sentido negativo, esto es, se dice que el personal al servicio de representaciones diplomáticas o consulares no estará sujeto al Estado receptor, siempre que no sean nacionales o extranjeros residentes en el mismo y salvo que no hayan optado por acogerse a su sistema de Seguridad Social.

¹⁶⁴ En este sentido, el art. 7.2 del Convenio bilateral celebrado con Perú.

¹⁶⁵ Expresiones utilizadas por los Convenios entre España y Suiza (art. 4. c) y Estados Unidos (art. 6.2), respectivamente.

¹⁶⁶ Así, los Convenios bilaterales con Chile (art. 7.9), México (art. 6.7), Túnez (art. 7.1. j) y Uruguay (art. 7.1. i).

las relaciones laborales, como es el de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección de la ley aplicable¹⁶⁷.

d) Los trabajadores del mar.

Las normas convencionales que establecen la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social en relación a los trabajadores del mar hacen referencia a dos tipos de asalariados: por un lado, a los miembros de la tripulación de buques, respecto de los cuales se consagra la ley del Estado cuya bandera enarbole el buque, y por otro, a los empleados para tareas de carga, descarga, reparación y vigilancia del buque en el puerto, los cuales estarán sometidos a la ley del país a cuyo ámbito jurisdiccional se encuentre la nave o, en su caso, a la normativa del Estado a cuyo territorio pertenezca el puerto.

En efecto, el criterio general recogido en los Convenios bilaterales respecto a los trabajadores del mar es el de la ley de abanderamiento del buque¹⁶⁸, equiparándose ésta a la que hasta ahora había sido la *lex loci laboris*, habida cuenta de que es el buque el lugar donde se realiza la actividad marítimo-laboral pero el mismo no pertenece en sentido estricto al territorio de ningún Estado¹⁶⁹. Si bien, tal regla de conexión también posee sus excepciones. En este sentido, es relevante la salvedad que, al igual que contempla las normas comunitarias, se prevé por la mayoría de los Convenios bilaterales de Seguridad Social, los cuales disponen que “una persona que ejerza su actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole bandera de una de las Partes Contratantes y que sea remunerada por esta actividad por una empresa o una persona que tenga su sede-domicilio en territorio de la otra Parte Contratante, quedará

¹⁶⁷ Para un análisis sistemático de este principio regulador de la relación laboral internacional y de otros contratos internacionales, vid. MORGENSTERN, F., *Conflictos internacionales de derecho laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional*, MTSS, Madrid, 1987, p. 27-39.

¹⁶⁸ Así se recoge en los Convenios entre España y Argentina (art. 3.1. c), Brasil (art. 7.3), Canadá (art. 6.4 *in fine*), Chile (art. 7.3), Ecuador (art. 3.1. c), Estados Unidos (art. 5.3), Marruecos (art. 6.1. e), México (art. 6.4), Paraguay (art. 4.1. c), Perú (art. 6.1. c), Rusia (art. 7.3), Túnez (art. 7.1. d), Ucrania (art. 7.4), Uruguay (art. 7.1. c) y Venezuela (art. 7.3). No obstante, algunos casos concretos no se refieren a la “bandera que enarbole el buque” sino al pabellón bajo el cual navegue, como se preceptúa en los Convenios con Rusia y Ucrania. Asimismo, es peculiar la regla de conexión utilizada por el acuerdo hispano-canadiense, puesto que establece la norma enunciada (ley de abanderamiento) pero lo hace de forma subsidiaria y unitaria, esto es, sólo se refiere a la competencia de la legislación española cuando el buque enarbole bandera de España configurándose así una regla de determinación que únicamente será aplicable cuando no se den las condiciones de lugar de residencia y celebración del contrato en un mismo Estado contratante, en cuyo caso la legislación de éste sería la competente para regular las relaciones de afiliación a la Seguridad Social de esta categoría de trabajadores (art. 6.4).

¹⁶⁹ Destaca este aspecto, GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales...*, op. cit., p. 269 y 270.

sometida a la legislación de esta última Parte si reside en su territorio”, asimilándose así, la entidad pagadora al concepto de empresario¹⁷⁰.

Por su parte, los trabajadores de carga, descarga, reparación e inspección o vigilancia de tales tareas que desarrollan su actividad en los puertos marítimos son contemplados por las normas bilaterales, en cuanto a la determinación de la legislación aplicable a los derechos sociales se refiere, de manera separada y a tal efecto, se prevén distintos criterios de conexión. En la mayoría de los casos, se declara la competencia, lógicamente, de la ley del Estado a la que pertenece el puerto donde se prestan los servicios¹⁷¹ y, en otros, los menos, resulta aplicable la legislación bajo cuya jurisdicción se encuentra la nave¹⁷².

e) Otras excepciones a la lex loci laboris.

Finalmente, junto a las anteriores excepciones previstas en los acuerdos que venimos estudiando, debemos mencionar una última situación particular en la determinación de la ley aplicable relativa a los trabajadores españoles al servicio de empresas mixtas, entendiendo por tales aquellas entidades mercantiles en cuya plantilla concurren asalariados nacionales de los dos Estados firmantes del Convenio como consecuencia de una conjunción de capitales de dichos países. A decir verdad, el hecho de que tales supuestos supongan una excepción a la regla general va a venir de la mano de la propia voluntad del trabajador español, en cuanto que el mismo estará sometido a la legislación del país contratante en el que esté radicada la empresa, es decir, a la *lex loci laboris*, salvo que dicho empleado opte por su ley nacional, en nuestro caso, por la legislación española¹⁷³.

Sin embargo, este derecho de opción del trabajador no se prevé en el supuesto de las empresas pesqueras mixtas, respecto de las cuales los criterios predominantes serán la

¹⁷⁰ Este es el tenor literal de los Convenios celebrados con Brasil (art. 7.3, segundo párrafo), Chile (art. 7.3, segundo párrafo), México (art. 6.4, segundo párrafo), Túnez (art. 7.1. d) *in fine*), Uruguay (art. 7.1. c), segundo párrafo) y Ucrania (art. 7.3 *in fine*).

¹⁷¹ Al respecto, vid. el art. 7.4 del Convenio entre España y Brasil, el art. 7.4 del Convenio entre España y Chile, el art. 6. d) del Convenio entre España y Filipinas, el art. 6.1. e), segundo párrafo del Convenio entre España y Marruecos, el art. 6.5 del Convenio entre España y México, el art. 7.3, segundo párrafo del Convenio entre España y Rusia, el art. 7.1. f) del Convenio entre España y Túnez, el art. 7.5 del Convenio entre España y Ucrania, el art. 7.1. d) del Convenio entre España y Uruguay y el art. 7.3 *in fine* del Convenio entre España y Venezuela.

¹⁷² Es el caso de los Convenios hispano-argentino (art. 3.1. c) *in fine*), hispano-ecuatoriano (art. 3.1. c) *in fine*), hispano-paraguay (art. 4.1. c) *in fine*) e hispano-peruano (art. 6.1. c) *in fine*).

¹⁷³ Tal previsión se recoge únicamente en los Convenios suscritos entre España y Rusia (art. 7.5) y Ucrania (art. 7.7).

nacionalidad y la residencia del asalariado. De tal forma que el nacional de un Estado firmante cuya residencia se encuentre ubicada en el territorio del mismo que preste sus servicios en una entidad mercantil de estas características constituida en el otro país contratante, será considerando perteneciente de la empresa participante del Estado de su residencia y nacionalidad. Por ende, estará sometido a la normativa de Seguridad Social de dicho país, es decir, del de origen¹⁷⁴.

En todas estas situaciones excepcionales de mantenimiento de la legislación española en materia de Seguridad Social, se requerirá, como se sabe, la expedición de los certificados y autorizaciones oportunas de ambos Estados a través de los distintos formularios concertados por los países firmantes.

Por su parte, cabe resaltar aquí la omisión que hacen tanto las normas comunitarias como convencionales respecto a la determinación de la legislación aplicable a ciertos supuestos laborales extraterritoriales, tales como la circulación de trabajadores en el seno de un grupo de empresas, la actividad transnacional de las ETT y el traslado (en sentido amplio) de asalariados. En relación a los mismos se podría afirmar *a priori* que, en la medida en que dichos supuestos no han sido contemplados por la normativa estudiada como situaciones particulares o excepcionales a la regla general, sería de aplicación ésta, es decir, la ley del lugar de empleo o, lo que es lo mismo, la ley extranjera. Sin embargo, se nos plantean ciertas dudas en la proyección práctica de esta afirmación, habida cuenta de las particularidades de estas relaciones de trabajo. Y ello porque, en principio, no encontramos impedimento alguno, por ejemplo, para equiparar analógicamente (a efectos de la determinación de la legislación competente) los dos primeros supuestos a la situación general de desplazamiento temporal de trabajadores, puesto que a grandes rasgos estaríamos en presencia de tres casos distintos de destacamento de asalariados al servicio de una o (si procede) varias empresas¹⁷⁵. En este sentido, si el mantenimiento de la legislación de origen se ha consagrado, como sabemos, como un principio favorecedor de la libre circulación de trabajadores con el fin de evitar los perjuicios que puede acarrear el cambio de afiliaciones en breves

¹⁷⁴ Así se dispone en los Convenios bilaterales celebrados con Chile (art. 7.3, último párrafo), Túnez (art. 7.1 e) y Uruguay (art. 7.1. c, último párrafo).

¹⁷⁵ Además, esta es la tónica que parece seguir la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, al perfilar el concepto de “desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, y encuadrar dentro del mismo a los desplazamientos ocasionados por una contrata o subcontrata, a aquellos realizados en el seno de un grupo de empresas y, por último, a los efectuados por ETT, siempre que todos ellos posean un carácter transnacional (art. 2.1).

períodos de tiempo, sería indiferente el régimen jurídico que ostentara la empresa contratante (ya fuera una ETT¹⁷⁶, un grupo de empresas, una entidad mercantil cualquiera o un empresario individual) si el factor relevante de tales supuestos se sitúa en la producción de un desplazamiento del trabajador al territorio de un Estado distinto del de envío con el objeto de realizar allí su actividad profesional por un tiempo determinado, concluido el cual, el asalariado regresará al país de origen. No obstante, esta analogía basada en la duración de la prestación de servicios en el extranjero no puede ser predicable, lógicamente, en atención al traslado definitivo de trabajadores o a aquellas otras situaciones de “destacamento” con vocación de permanencia (como las que se producirían, por ejemplo, con motivo de una recolocación de la empresa). En tales casos, parece que irremediablemente habría que acudir a la regla general de determinación de la legislación aplicable y, en consecuencia, el asalariado se vería obligado a extinguir su relación de afiliación a la Seguridad Social española para someterse al régimen social correspondiente del Estado de destino o acogida.

Finalmente, antes de concluir este apartado queremos hacer mención al caso especial de Turquía. Especial, en cuanto a la norma internacional que lo regula que no en relación al régimen jurídico establecido en materia de Seguridad Social de los trabajadores españoles que prestan servicios en el territorio turco, puesto que el mismo es muy similar al analizado hasta ahora. Esto es, como ya sabemos, no existe un Convenio bilateral entre España y Turquía, tal y como hemos entendido este tipo de instrumento, sino que se da la concurrencia de un Convenio multilateral que ambos países han ratificado como es el Convenio europeo de Seguridad Social aplicable a las relaciones sociales que puedan existir en tales Estados. Pues bien, a tenor de sus disposiciones, dicha norma contempla una regulación igual a la ya analizada, en el sentido de que dispone la regla general de la *lex loci laboris*, estableciendo distintas excepciones. Por lo que a nosotros concierne, el español que ha sido enviado por su empresa para trabajar en Turquía temporalmente podrá seguir vinculado a la legislación española por un período de tiempo de doce meses prorrogables (aunque no se delimita la duración máxima de dicha prórroga). Igualmente, si el asalariado desarrolla su

¹⁷⁶ Respecto a las ETT, parece que así lo ha entendido el TJCE en la Sentencia de 10 de febrero de 2000, as. 202/1997, *Fitzwilliam Technical Services c. Bestuur Van Het Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen*, al señalar que “la disposición del artículo 14, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 1408/71 sigue siendo una excepción a la regla del Estado de empleo y que, por ello, la empresa de trabajo temporal que desee ofrecer servicios transfronterizos, únicamente puede beneficiarse de la ventaja ofrecida por esta disposición si ejerce normalmente actividades en el Estado miembro de establecimiento”.

actividad laboral en el sector de los transportes, quedará protegido por la legislación del Estado donde la empresa contratante tenga su sede principal, que previsiblemente estará radicada en nuestro territorio. Obviamente, estos supuestos de mantenimiento de la ley interna española requieren de las formalidades y autorizaciones oportunas, como viene siendo habitual en todas estas situaciones.

Hay que advertir, en todo caso, que tanto en el Convenio europeo de Seguridad Social como en la mayoría de los Convenios bilaterales suscritos en dicha materia prevén la posibilidad de establecer excepciones a las reglas generales y particulares que determinan la legislación aplicable en interés de ciertas categorías de trabajadores y a petición de los interesados o de las autoridades o instituciones competentes.

2.2. Las soluciones particulares ante la inexistencia de norma convencional: la situación asimilada al alta.

El tema de la legislación aplicable en materia de altas y cotizaciones de aquellos trabajadores españoles que se “desplazan” al territorio de un Estado extranjero para desarrollar su carrera profesional de forma temporal o permanentemente ha sido y es una cuestión que preocupa a los gobiernos estatales que cuentan con un elevado número de migrantes, de ahí que hayan surgido instrumentos internacionales dirigidos a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social nacionales. Sin embargo, esta labor no ha sido totalmente culminada en la actualidad, habida cuenta de la existencia de numerosos países que están excluidos del AEEE y que, por circunstancias varias, no han acordado ningún convenio concreto de Seguridad Social con España. Asimismo, esta falta de vinculación intergubernamental no es acorde con los movimientos migratorios laborales, puesto que se da la existencia de relaciones laborales suscritas por trabajadores españoles y desarrolladas en el territorio de estos Estados a los que las autoridades competentes españolas no se encuentran ligadas a través de normativa coordinadora alguna.

En consecuencia, son previsibles los problemas de tráfico jurídico externo que tales situaciones pueden suscitar en cuanto a la protección social del trabajador migrante, puesto que en tales supuestos habrá que estar a la legislación interna de Seguridad

Social de cada uno de los dos países afectados, en nuestro caso, la del Estado de destino o empleo y el ordenamiento español¹⁷⁷.

2.2.1. La situación asimilada al alta adquirida de forma automática.

En primer lugar, serán de obligado cumplimiento las normas de Seguridad Social del Estado de acogida, por lo que si las mismas prevén dentro de su campo de acción a los “extranjeros” que desarrollan en su territorio una prestación de servicios, el trabajador español no tendrá más remedio que afiliarse al régimen social que le corresponda y acatar las obligaciones formales y económicas que le impongan¹⁷⁸. Pero además, por lo que a la relación de dicho sujeto con la legislación española se refiere, hay que advertir que se encontrará, durante el tiempo de estancia fuera de las fronteras nacionales, en lo que se ha venido a denominar una “situación asimilada al alta”¹⁷⁹, manteniéndose la obligación de cotizar en España mientras dure el destacamento¹⁸⁰. Ni que decir tiene los perjuicios que acarrea esta doble imposición de cuotas sociales, si bien es cierto que la situación asimilada a la de alta podrá ser total o parcial, en cuyo caso únicamente se cotizaría por determinadas contingencias. No obstante, existe una excepción en virtud de la cual ni el asalariado ni la empresa se verían obligados a cotizar a la Seguridad Social española, cuando el primero se trasladase al país de empleo acompañado de todos sus familiares beneficiarios, siempre que se afiliara el régimen social de dicho país y que éste incluyera en su ámbito de protección la

¹⁷⁷ Destacan esta doble sujeción, ESTEBAN DE LA ROSA, G.; MOLINA NAVARRETE, C., *La movilidad...*, op. cit., p. 234.

¹⁷⁸ Se ha señalado que, en tales situaciones, la aplicación del principio de reciprocidad, de tal manera que los migrantes españoles “recibirán en el país de destino el mismo trato que se dispense a los trabajadores nacionales de ese país en España”. Vid. SERRANO OLIVARES, R., *La movilidad geográfica transnacional*, La Ley, Madrid, 2000, p. 158.

¹⁷⁹ En virtud del art. 125 de la LGSS, el cual establece que los casos de traslado por la empresa fuera del territorio nacional “podrán ser asimilados a la situación de alta para determinadas contingencias, con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan”, y del art. 36.1.5º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE núm. 50, de 27 de febrero de 1996).

¹⁸⁰ Así se contempla en el art. 1 de la Orden Ministerial de 27 de enero de 1982, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el régimen general de la Seguridad Social de los trabajadores trasladados al extranjero al servicio de empresas españolas (BOE núm. 40, de 16 de febrero de 1982, p. 3888).

cobertura de asistencia sanitaria¹⁸¹. Si no se cumpliesen tales condiciones, la entidad mercantil contratante y, en su caso, el trabajador debe cumplir con las cuotas sociales en ambos Estados. Asimismo, a la empresa de la que depende el asalariado que presta sus servicios en el extranjero le corresponden otras obligaciones formales, como es la de notificar, con carácter previo a que se produzca el destacamento, a la Tesorería General de la Seguridad Social el traslado a un país distinto de los trabajadores que tiene contratados, detallando las circunstancias de cada uno de ellos, con el objeto de que quede determinada la cotización por ellos en situación asimilada al alta, si fuera necesario¹⁸².

2.2.2. La situación asimilada al alta adquirida mediante la suscripción de un Convenio especial de Seguridad Social.

Enlazando con el supuesto anterior también cabe la posibilidad de que el trabajador que presta sus servicios en un país extranjero no comunitario ni vinculado con España mediante Convenio internacional ostente la condición de “trabajador emigrante” en sentido técnico, esto es, que no sea dependiente de una empresa promotora del destacamento, sino que el sujeto es quien ha abandonado el territorio nacional en busca de un empleo en el extranjero. En tales casos, se prevé igualmente la situación de alta asimilada de tales trabajadores a efectos de tener derecho a determinadas prestaciones derivadas de contingencias comunes a través de la concertación de un Convenio especial de Seguridad Social, que le permitiría mantener el alta y las cotizaciones con el objeto de que su relación con la Seguridad Social española no se vea interrumpida.

En este sentido, la legislación española regula mediante diferentes normas tres modalidades de Convenios especiales de Seguridad Social. En primer lugar, encontraríamos el llamado Convenio especial ordinario previsto por la Orden Ministerial de 18 de julio de 1991¹⁸³, el cual puede ser suscrito, entre otros, por aquellos trabajadores que causen baja en el régimen de Seguridad Social en el que estaban encuadrados y no quedasen comprendidos en cualquier otro régimen social que diera lugar al cómputo recíproco de cotizaciones (art. 2.a) de la Orden). A través de dicho

¹⁸¹ Como se prevé en el apartado primero del art. 4 de la Orden Ministerial de 1982. Destaca este aspecto, SERRANO OLIVARES, R., *La movilidad...*, *op. cit.* p. 158.

¹⁸² Tal y como señala el art. 5 de la Orden de 1982. Para ello existe un modelo normalizado de “comunicación de traslado de trabajadores fuera del territorio nacional”.

¹⁸³ Publicada en el BOE núm. 181, de 30 de julio de 1991.

instrumento quedarían cubiertos los riesgos derivados de contingencias comunes, con algunas excepciones como la incapacidad temporal¹⁸⁴. Asimismo, para la suscripción de este Convenio el migrante debe cumplir los requisitos o formalidades contempladas por el art. 4 de la norma reguladora, que se concretan básicamente en la observancia de un plazo máximo de noventa días naturales para su solicitud, contados a partir de la fecha en que se causa la baja en el régimen anterior, y en la cobertura de un período mínimo de cotización de 1080 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a dicha baja. Cumplidas ambas premisas, el sujeto podrá concertar el mencionado convenio, teniendo la opción de elegir la base de cotización mensual entre la mínima y la media del último año que estuvo dado de alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social. Así, dicho Convenio especial de Seguridad Social estará vigente hasta que se produzca alguna de las causas de extinción previstas (a tenor del art. 9 de la Orden), tales como la inclusión del sujeto en un régimen de Seguridad Social *“que tenga establecido cómputo recíproco de cotizaciones con el régimen en virtud del cual se suscribió en Convenio Especial”*, la adquisición de la condición de pensionista por jubilación o invalidez permanente, la falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas, el fallecimiento del interesado o la decisión de extinción del Convenio por parte del trabajador, quien deberá comunicarlo por escrito a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Junto a este Convenio ordinario, se han regulado otros dos más específicos, bien por las condiciones del sujeto protegido o por las características de la prestación cubierta. Así, se establece un Convenio especial para trabajadores emigrantes, cuyo régimen se encuentra regulado en el Real Decreto 996/1986, de 25 de abril¹⁸⁵, y en la Orden Ministerial, dictada en su desarrollo, de 28 de julio de 1987¹⁸⁶. Tal instrumento es aplicable a los emigrantes españoles y sus hijos que trabajen en países no comunitarios con los que España no tenga suscrito ningún Convenio bilateral de Seguridad Social o existiendo no cubra las prestaciones o alguna de ellas incluidas en el campo de protección del Convenio especial para emigrantes¹⁸⁷. El mismo cubre específicamente

¹⁸⁴ Concretamente, el art. 1.1. de la Orden Ministerial de 1991 dispone que “el Convenio especial tendrá como objeto la cobertura de las prestaciones correspondientes a la invalidez permanente y muerte y supervivencia, derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, jubilación y servicios sociales”, pudiéndose incluir, con carácter voluntario, “la prestación de asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad o accidente no laboral” (art. 1.2).

¹⁸⁵ Publicado en el BOE núm. 125, de 26 de mayo de 1986, p. 18702.

¹⁸⁶ Publicada en el BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987, p. 24616.

¹⁸⁷ Concretamente, dispone el art. 1 del RD 996/1986 que podrán ser incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social mediante la suscripción de un Convenio especial “los

las contingencias de jubilación, incapacidad permanente derivada de enfermedad común o accidente no laboral y muerte y supervivencia. Igual que en el caso anterior, la concertación del presente Convenio debe ser solicitada por el interesado en la Tesorería General de la Seguridad Social, contando para ello con un plazo de tiempo mucho más extenso que el del Convenio ordinario, habida cuenta de que se permite su suscripción durante los cinco primeros años desde que el emigrante comenzó su actividad laboral en el Estado de inmigración (art. 1.1 de la Orden de 1987). Asimismo, los requisitos exigidos son también mucho más flexibles, puesto que no se exige la afiliación anterior del sujeto al sistema de Seguridad Social español (art. 1.1 *in fine* del RD de 1986) y, por ende, la base de cotización será la mínima establecida en el régimen general para mayores de 18 años vigente en cada momento, a la que aplicando los coeficientes que determine el Ministerio de Trabajo resultará la cuota mensual a ingresar (arts. 3.2 del RD de 1986 y 4 de la Orden de 1987).

Cabe tener en cuenta que este último instrumento no recoge la cobertura por asistencia sanitaria, a cuyo fin se ha establecido la posibilidad de concertar por el trabajador emigrante el Convenio especial de asistencia sanitaria regulado en el Decreto 1075/1970, de 9 de abril¹⁸⁸. A través del mismo el migrante cubriría la asistencia sanitaria de sus familiares residentes en España y la suya propia en los casos de retorno ocasional al territorio español. Hay que precisar que el mencionado Convenio es también factible para aquellos migrantes que prestan sus servicios en un país con el que España tiene suscrito un Convenio bilateral, cuando el mismo no comprenda la prestación de asistencia sanitaria del sujeto o la de sus familiares (art. 1 del Decreto de 1970). En estos supuestos, los trabajadores emigrantes que formalicen su solicitud a tales efectos se considerarán en situación asimilada a la de alta, respecto a la prestación de asistencia sanitaria por enfermedad común, accidente no laboral y maternidad (art. 1.1 de la Orden de 1970).

emigrantes españoles y los hijos de éstos que posean la nacionalidad española, y que trabajen en países que no tengan suscrito con España un Acuerdo o Convenio de Seguridad Social, o que, teniéndolo, no cubra todas o algunas de las prestaciones de jubilación, invalidez y muerte y supervivencia” (apartado primero), así como “los emigrantes españoles y los hijos de éstos que posean la nacionalidad española, y que trabajen en países que tengan suscrito con España Acuerdo o Convenio de Seguridad Social que cubra las prestaciones incluidas en el número anterior en el momento de su retorno a territorio español siempre que no se hallen incluidos obligatoriamente en algún régimen público de protección social en España” (apartado segundo).

¹⁸⁸ Sobre asistencia sanitaria a los trabajadores españoles emigrantes y a los familiares de los mismos residentes en territorio nacional, publicado en el BOE núm. 90, de 15 de abril de 1970, p. 5909 y desarrollado por la Orden de 10 de junio de 1970 (BOE núm. 147, de 20 de junio de 1970, p. 9674).

En cualquier caso, es preciso advertir que, al margen de cuál sea el Convenio o la situación especial que ostenta el trabajador migrante en virtud de la cual mantiene su alta y cotización en el régimen de la Seguridad Social española correspondiente, siempre habrá de observarse la normativa social que prevea el ordenamiento jurídico del país en el que el español ejerce su carrera profesional.

3. LA LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La ley de afiliación determinada de conformidad con las reglas descritas en los apartados anteriores va a ser el referente esencial para el reconocimiento y disfrute de las prestaciones de Seguridad Social a favor de los trabajadores migrantes que, al haber desarrollado una prestación de servicios en el territorio de distintos países, generalmente están o han estado sujetos a diferentes sistemas de Seguridad Social. Asimismo, comprobaremos cómo va a ser necesario tener en cuenta las previsiones que recogen todas las legislaciones a las que ha estado sometido el asalariado, habida cuenta de los requisitos estrictos de seguro que suelen exigirse por los sistemas nacionales de Seguridad Social a fin de poder reconocer el derecho a las prestaciones sociales. Sistemas nacionales de Seguridad Social, que están caracterizados de muy diferente manera según el nivel de desarrollo del Estado de que se trate por lo que ha sido necesaria la coordinación armonizadora de los mismos a través, como ya sabemos, de ciertos instrumentos internacionales regionales o convencionales.

3.1. El régimen prestacional de los Convenios bilaterales firmados por España.

El contenido prestacional de los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos entre España y otros países no signatarios del AEEE presenta bastantes diferencias en cada uno de estos instrumentos, habida cuenta de que el catálogo de prestaciones incluido en sus respectivos campos de aplicación material no es coincidente en todos los casos. Si bien, determinadas contingencias están cubiertas por todos los Tratados internacionales como son aquellas relativas a la vejez, a la invalidez y a la muerte y sus derivados, mientras que se da la existencia de otras prestaciones sociales de distinto índole que sólo son reconocidas en algunos de estos acuerdos, tales como las que se

refieren a enfermedad, entendida en su sentido más amplio, es decir, incluyendo las prestaciones en especie o en metálico así como las que derivan o no del trabajo, a la familia y, en muy pocos casos, al desempleo¹⁸⁹. Con el objetivo de estudiar el tratamiento dado por cada uno de estos Convenios bilaterales de Seguridad Social, resulta necesario hacer una catalogación de las anteriores contingencias, distinguiendo las prestaciones en especie de aquellas otras que consisten en una “renta” dineraria, por cuanto que las técnicas reguladas para el reconocimiento de las mismas a favor de aquellos trabajadores que han cotizado a la Seguridad Social en diferentes Estados va a depender de la propia naturaleza de la prestación.

3.1.1. Las prestaciones sociales en especie.

No cabe duda de que la prestación en especie por excelencia que contemplan los acuerdos internacionales es la asistencia sanitaria o médico-sanitaria. Sin embargo, tal contingencia solamente es reconocida por algunos Convenios¹⁹⁰, de tal manera que habrá que distinguir los supuestos en los que el trabajador español presta sus servicios en el territorio de uno de los Estados con los que España se encuentra vinculado mediante un Tratado que cubra la asistencia sanitaria de aquellos casos en los que, a pesar de la existencia de un Convenio bilateral de Seguridad Social entre el país de origen y el de empleo, no se prevea por el mismo dicha contingencia. Respecto a los primeros, el asalariado tendría derecho a ser asistido por algún percance sanitario¹⁹¹ en el territorio de ambos países contratantes, esto es, estaría cubierto por la legislación de Seguridad Social a la que se encuentra sometido pero también por la del Estado en el que reside temporal o habitualmente, según el caso¹⁹². En este sentido, si el sujeto

¹⁸⁹ Para mayor claridad, vid. Anexo III relativo a las prestaciones que son reconocidas por cada uno de los Convenios bilaterales de Seguridad Social.

¹⁹⁰ Es el caso de los Convenios entre España y Andorra, Brasil, Chile, Ecuador, Marruecos, Paraguay, Perú y Túnez. Además se añadiría Panamá, en virtud del acuerdo suscrito en 1978 con nuestro país para esta contingencia exclusivamente, al que ya hemos hecho referencia.

¹⁹¹ Hay que advertir que no todos los Convenios bilaterales definen la acepción de asistencia sanitaria, pero lo que si recogen un concepto de dicha prestación la entienden como aquella “prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud en los supuestos de enfermedad común o profesional, maternidad y accidente, cualquiera que sea su causa”. Vid. el art. 1.1.13 del Convenio con Andorra, el art. 1.1. j) del Convenio con Brasil, el art. 1.1. l) del Convenio con Chile y el art. 1.1. l) del Convenio con Túnez.

¹⁹² Algún autor ha propuesto una clasificación de los Convenios que recogen la protección de asistencia sanitaria atendiendo a si la misma ha sido prevista únicamente para estancias temporales o también para el caso de residencia habitual. Vid., al respecto, MARTÍN MENDIZÁBAL, M. E., “Prestaciones por enfermedad y maternidad. Exportación de prestaciones. Vinculación a los reconocimientos médicos

mantiene sus cotizaciones al sistema español, podría ser asistido en el Estado de destino y si fuera éste el país de afiliación, igualmente tendría derecho a asistencia sanitaria en España, siempre que se observen los requisitos que más adelante expondremos. Por ende, no cabe duda de que se produce una disgregación entre la ley de afiliación y la legislación que proporciona la protección asistencial¹⁹³. Mayores problemas acarrearán las situaciones en las que el empleado ejerce su actividad laboral en un país cuyo Convenio con España no prevé esta prestación. En tales supuestos, si dicho sujeto se encuentra sometido a la legislación de ese Estado tendrá derecho a la asistencia sanitaria en el mismo y con cargo a su propio sistema de Seguridad Social. No obstante, puede ocurrir que éste no incluya en su acción protectora la contingencia que venimos analizando, en cuyo caso el tratamiento de la cuestión será igual que si el trabajador prestara sus servicios laborales en un Estado con el que nuestro país no estuviera vinculado convencionalmente, como se verá más adelante¹⁹⁴.

En cualquier caso, hay que advertir que nuestro sistema de Seguridad Social tiende a evitar cualquier indicio de desprotección sanitaria de sus nacionales, aún cuando los mismos están fuera de las fronteras españolas, puesto que en todo Estado moderno la salud de los ciudadanos se constituye, no sólo como un derecho subjetivo de éstos, sino también como una cuestión de interés social¹⁹⁵, esto es, como un “bien público que

realizados en otro país. Perspectiva comunitaria e internacional”, en la obra FERNÁNDEZ DE MATA, E. (dir.), *Seguridad Social internacional*, CGPJ, Madrid, 1998, p. 401 y 402.

¹⁹³ En este sentido, GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales...*, op. cit., p. 405.

¹⁹⁴ Cabe precisar que tanto en los supuestos en los que no existe Convenio bilateral aplicable como en los que habiéndolo no se otorga por el mismo una protección social plena, habrá que estar a la legislación interna española, que, como ya sabemos, exigirá la obligación de cotizar por las contingencias no cubiertas estando el sujeto en una situación asimilada al alta, como expondremos con más detalle en el siguiente epígrafe. Lo mismo se puede predicar de aquellos casos en los que el trabajador por cuenta ajena esté sometido a la legislación extranjera pero ésta no cubra el riesgo de asistencia sanitaria.

¹⁹⁵ A partir de la consolidación de las teorías de William Beveridge sobre la gestión social y la solidaridad protectora, la prestación de asistencia sanitaria se fue universalizando en beneficio de toda la población, si bien cada Estado ha ido ampliando la protección en esta materia a todos sus nacionales pero encuentra más reparos a la hora de extenderla a los extranjeros. Recordemos que el Plan de Seguridad Social propuesto en 1942 (*Informe sobre el Seguro Social y los Servicios Afines*) por el economista británico tenía como objetivo primordial la abolición de la indigencia “asegundo que todo ciudadano que (quisiera) servir en la medida de sus fuerzas (tuviera), en todo momento, unos ingresos suficientes como para hacer frente a sus responsabilidades”. Con tal finalidad, el mencionado Plan social atendía a tres puntales importantes, como eran los seguros sociales en prestaciones en dinero, los subsidios infantiles (tanto cuando el padre ganaba dinero como cuando no lo hacía) y los cuidados médicos que debían abarcar todas las necesidades y a todos los ciudadanos, mediante un sistema nacional de sanidad. En suma, se abogó por una protección universal de “todos los ciudadanos y no sólo de quienes (trabajaban) para patrones” mediante un mecanismo de redistribución de la renta nacional, “asegurando la desaparición de la indigencia antes que el disfrute de comodidades”. Vid., al respecto, BEVERIDGE, W., *Las bases de la Seguridad Social*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, p. 65-71; y WILLIAMS, K.; WILLIAMS, J. (comp.), *Antología de Beveridge*, Madrid, 1990, p. 65-101.

afecta a toda la comunidad”¹⁹⁶. Sin embargo, en el caso concreto de una prestación en especie como es la asistencia sanitaria, ésta tutela extraterritorial es difícilmente sostenible¹⁹⁷, por lo que se ha establecido un mecanismo de cooperación sanitaria entre las instituciones nacionales para la exportabilidad de tal prestación, habida cuenta de que la misma irremediamente debe ser llevada a cabo por los organismos asistenciales extranjeros del Estado en cuyo territorio se encuentre el trabajador en el momento en el que precise la atención médica¹⁹⁸, pero ello no significa que éstos sean los que tengan que soportar los costes de la atención médica cuando el sujeto no tiene asegurada tal cobertura. En efecto, la regla general que han plasmado los Convenios bilaterales que recogen esta prestación en especie, siguiendo las directrices del Convenio multilateral de Quito¹⁹⁹, ha sido la de establecer la asistencia médica del trabajador por las instituciones del país en cuyo territorio se encuentra y por cuenta de la entidad competente del Estado de afiliación²⁰⁰. Lógicamente, ello se predica respecto de aquellas situaciones en las que, como ya hemos advertido, se produce una quiebra entre la ley de afiliación y la ley de prestación. En otras palabras, por lo que a nosotros concierne, las disposiciones convencionales consagradas en materia prestacional únicamente serán aplicables a las situaciones laborales extraterritoriales que suponían una excepción a la norma general de la *lex loci laboris*, resultando competente la legislación de origen, habida cuenta de que en el resto de los supuestos no se da la concurrencia espacial de legislaciones sociales, ya que el trabajador se encuentra

¹⁹⁶ Destaca este aspecto ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social...*, *op. cit.*, p. 298.

¹⁹⁷ Al respecto, hay quien señala que “no sólo no sería operativo, sino económicamente ruinoso”. Vid. GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales...*, *op. cit.*, p. 405. También SÁNCHEZ MONÍS, F., “El problema de los derechos adquiridos y la asistencia sanitaria en situaciones de extraterritorialidad en los Convenios internacionales de Seguridad Social”, *RISS*, 5/1959, p. 1454.

¹⁹⁸ Los servicios e instituciones del país en que se encuentre el trabajador actuarían como delegados, “por orden y cuenta del organismo asegurador competente que resultara deudor” de las prestaciones de asistencia sanitaria. Vid., en este sentido, SÁNCHEZ MONÍS, F., “El problema...”, *op. cit.*, p. 1456.

¹⁹⁹ El art. 8 del llamado Convenio Iberoamericano de Seguridad Social dispone expresamente que “las personas protegidas de un Estado Contratante que por cualquier motivo se encuentren circunstancialmente en otro Estado Contratante, tendrán derecho a asistencia médico-sanitaria en caso de urgencia, siempre que justifiquen que están en uso de tal derecho en el primer Estado, con cargo a la Entidad gestora de este Estado, salvo que en virtud de acuerdos especiales no se requiera dicho pago”.

²⁰⁰ Así, el art. 9.1 del Convenio con Andorra, el art. 10. a) del Convenio con Brasil, el art. 10.1 del Convenio con Chile, el art. 8 del Convenio con Ecuador, el art. 10 del Convenio con Marruecos, el art. 4 del Convenio con Panamá, el art. 7.1 del Convenio con Paraguay, el art. 9.1 del Convenio con Perú y el art. 9.1 del Convenio con Túnez. Es de destacar el caso concreto de los trabajadores fronterizos contemplado por el Convenio entre España y Andorra, el cual dispone que se prestará a tales sujetos la asistencia sanitaria que precisen, bien en el país de empleo o bien, en el Estado donde radique su residencia habitual y permanente (art. 28.2). De tal manera, que sólo se iniciará el mecanismo de la exportación de la prestación cuando la atención médica se otorgue en el país de residencia, puesto que el Estado de afiliación, como sabemos, es el de empleo.

afiliado al sistema de Seguridad Social del que precisa la atención²⁰¹. Obviamente, el mecanismo descrito de otorgamiento de la prestación ha sido contemplado con determinados condicionantes. Por un lado, el mantenimiento de esta situación de protección extraterritorial puede ser factible de forma temporal y no indefinida. Tal temporalidad es inherente a las circunstancias del caso, bien porque se deba a una estancia vacacional o de cualquier otra índole en el territorio de la otra Parte contratante²⁰² o bien, porque se dé en el seno de alguno de esos supuestos excepcionales que hemos citado (desplazamientos temporales o transportes internacionales, básicamente)²⁰³. Por otro lado, parece que las normas convencionales entienden que debe concurrir cierta urgencia o necesidad en la asistencia que precisa el trabajador, de tal manera que la misma deba ser inmediata a fin de no poner en peligro la vida e integridad del asegurado²⁰⁴. Igualmente, los Convenios bilaterales establecen la legislación bajo la cual se llevará a cabo el tratamiento asistencial sanitario, disponiendo que el mismo será facilitado por la entidad del Estado donde se encuentre el trabajador, de conformidad con su propia normativa en cuanto a la extensión y modalidades de las prestaciones y durante el período de tiempo que prevea el ordenamiento aplicable por la institución competente²⁰⁵. Esta dualidad de legislaciones es lógica si se tiene en cuenta que las técnicas aplicadas por los sistemas nacionales de salud no son idénticas en todos los Estados, según el nivel de desarrollo que posean los mismos²⁰⁶. Precisamente, por ello, la referencia que se hace a la legislación del Estado competente o de afiliación en cuanto a la duración de la asistencia puede resultar restrictiva e incluso perjudicial para el enfermo cuando el tratamiento que se le haya diagnosticado se alargue más allá en el tiempo que lo que, en principio, podría durar en el territorio de origen. Evidentemente, tal limitación convencional está justificada por motivos económicos, puesto que cuanto

²⁰¹ Sin embargo, incluso en este caso se podría plantear la extraterritorialidad de la prestación de asistencia sanitaria cuando el español sometido a la legislación del Estado en el que ejerce su actividad profesional precisara atención médica en España debido a su estancia temporal en nuestro territorio con motivo de algún período vacacional o ausencia justificada. Así, se invertirían los conceptos resultando que la institución prestadora del servicio sería la entidad española correspondiente mientras que la institución competente de afiliación que correría con los gastos sería la extranjera.

²⁰² Como lo disponen los Convenios suscritos entre España y Andorra (art. 9.1), Ecuador (art. 8.1), Marruecos (art. 12), Paraguay (art. 7.1), Perú (art. 9.1) y Túnez (art. 9.1).

²⁰³ Al respecto, es peculiar la redacción dada por los Convenios firmados con Brasil (art. 10. a) y Chile (art. 10.1), los cuales hacen una mención concreta a tales situaciones excepcionales disponiendo que tales trabajadores “se beneficiarán durante el tiempo que desarrollen su actividad en el territorio de la otra Parte de las prestaciones de asistencia sanitaria concedidas por la Institución de esa Parte (...) y con cargo a la Institución Competente”.

²⁰⁴ No obstante, hay que señalar que el Convenio suscrito con Panamá no exige tal carácter urgente.

²⁰⁵ Así se prevé en los Convenios firmados entre España y Andorra (art. 9.2), Brasil (art. 9.a), Chile (art. 9.1), Marruecos (art. 15), Panamá (art. 6) y Túnez (art. 9.1).

²⁰⁶ En este sentido, GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales...*, op. cit., p. 409 y 410.

más largo sea el período de convalecencia del trabajador, mayor coste social será el que tenga que afrontar la institución competente. Por tanto, parece que la cuestión financiera, como ocurre casi siempre, se superpone a esas ideas de protección y solidaridad social inherentes a todo sistema de Seguridad Social. Igualmente, tales connotaciones monetarias infieren, en cierto modo, en el tipo de tratamiento médico prescrito, habida cuenta de que las normas convencionales parecen estar pensando en una asistencia básica, aún en el caso en el que sea necesaria la hospitalización. Ello se deduce de los preceptos recogidos en los distintos Convenios relativos a lo que se ha venido a llamar “prestaciones de gran importancia” (prótesis, órtesis, rehabilitación y grandes aparatos), para cuyo suministro será precisa la autorización de la institución competente, salvo en casos de urgente necesidad y siempre que los gastos no se sufraguen mediante cuotas globales²⁰⁷. Con todo lo expuesto, se debe dejar claro que los gastos ocasionados por la institución sanitaria que ha dispensado la asistencia médica deben ser abonados por las entidades del Estado de afiliación, para lo que se ha previsto un sistema de reembolso de las prestaciones sanitarias, el cual puede ser de distintas modalidades, a saber: mediante el pago del importe efectivo o coste real de la atención dispensada; a través del abono de cuotas globales acordadas por los Estados contratantes en atención a diferentes factores sociales; y por el mecanismo de la compensación de costes cuando ambas instituciones han prestado asistencia sanitaria a los afiliados de la otra parte firmante²⁰⁸. No cabe duda de que el establecimiento de este sistema de reembolso constituye una manifestación de uno de los principios básicos del Derecho internacional de la Seguridad Social como es la colaboración técnica y administrativa

²⁰⁷ Al respecto, los Convenios bilaterales suscritos con Andorra (art. 12), Brasil (art. 14), Chile (art. 14), Panamá (art. 6 *in fine*) y Túnez (art. 14). Si bien, debemos recordar que algunos Convenios contemplan dentro de su ámbito de protección ciertas prestaciones especializadas como la rehabilitación de inválidos (Andorra, Marruecos y Perú).

²⁰⁸ La práctica habitual de los Convenios bilaterales suscritos por España en materia de Seguridad Social ha ido encaminada a establecer la concurrencia y aplicación subsidiaria de, al menos, dos de estas modalidades e incluso, en algunos casos, las tres. Así, el art. 13 del Convenio con Andorra, que recoge el reembolso por importe efectivo (apartado primero) y mediante cuotas globales (apartado segundo); el art. 13 del Convenio con Chile, que establece los tres mecanismos, tanto los costes reales y globales como su compensación cuando los conceptos del debe y haber son similares; el art. 8.2 del Convenio con Ecuador, que prevé la liquidación por gastos efectivos y globales; el art. 13 del acuerdo administrativo con Marruecos, el cual contiene la misma dualidad de sistema de reembolso de costes sociales; el art. 7.2 del Convenio con Paraguay también señala el abono de los gastos por su importe efectivo o global; y el art. 15 del Convenio con Túnez, que también prevé las modalidades efectiva y global. Especial supuesto comporta el Convenio firmado con Panamá, cuyo art. 8 dispone que serán las entidades las que fijarán “de común acuerdo y anualmente, el procedimiento para el reembolso de los gastos causados por las prestaciones médicas otorgadas”, por lo que parece desprenderse que, según sean las circunstancias acaecidas, optarán por el abono del importe efectivo, por el establecimiento de cuotas globales o por la compensación de los gastos que corran a cargo de ambas instituciones.

entre las entidades gestoras caracterizada por la gratuidad, confianza y transparencia de las actuaciones²⁰⁹.

Para terminar esta exposición del régimen convencional de la asistencia sanitaria, debemos señalar que el mecanismo de asistencia por el organismo de residencia con cargo a la institución de afiliación es aplicable igualmente y por analogía a los familiares de los trabajadores asegurados, en cuanto al aspecto subjetivo se refiere, y respecto de otras prestaciones sociales que requieran una atención médico-sanitaria (maternidad²¹⁰, accidentes laborales o no, etc.), en lo que tiene que ver con el campo material u objetivo.

3.1.2. Las prestaciones dinerarias o en metálico.

El régimen convencional previsto en cuanto a las prestaciones dinerarias o en metálico dista mucho del anteriormente descrito por la propia naturaleza diversa que poseen unas y otras prestaciones. Al respecto, ofreceremos un análisis global de todas ellas, por cuanto que las técnicas previstas para su reconocimiento y disfrute son muy similares en todos los casos y las pensiones a las que vamos a hacer referencia (vejez, invalidez, muerte y supervivencia) han sido recogidas por todos los Convenios bilaterales²¹¹.

Es de destacar el hecho de que se trata de prestaciones cuya concesión exige largos períodos de cotización a un mismo sistema de Seguridad Social que en el caso de los trabajadores migrantes son de difícil observancia. Precisamente, las normas internacionales de coordinación en materia de Seguridad Social han potenciado, como sabemos, el principio de la conservación de los derechos en curso de adquisición, justificado en la problemática de que determinados derechos sociales que adquiere el migrante durante su carrera profesional no pueden ser solicitados cuando dicho sujeto cambia su ley de afiliación, con motivo de las migraciones en el empleo que realiza,

²⁰⁹ No obstante, esta confidencialidad mutua se pone en tela de juicio en algunas ocasiones al establecerse ciertas reglas de control a fin de comprobar si la asistencia sanitaria ha sido dispensada efectiva y regularmente. Al respecto, vid. el art. 10 del Convenio de Seguridad Social entre España y Perú. También destaca este aspecto ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social...*, op. cit., p. 306.

²¹⁰ Contingencia prevista en los Convenios suscritos con Andorra, Brasil, Chile, Ecuador, Marruecos, Paraguay, Perú y Túnez, además de otros que protegiendo tal riesgo no extienden su ámbito de aplicación a las prestaciones médico-sanitarias.

²¹¹ La mayoría de los Convenios internacionales regulan la adquisición, conservación y recuperación de estas prestaciones de forma conjunta (Australia, Brasil, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Rusia, Suiza, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela) y los que lo hacen de una forma separada se remiten a las normas establecidas en la primera que han contemplado (normalmente, la vejez).

sino que, por el contrario, aquéllos únicamente podrán ser reconocidos cuando se produce el hecho causante, esto es, cuando el trabajador alcanza la edad de jubilación, cuando sufre alguna alteración de su estado físico que le imposibilite para trabajar o cuando fallece, según la contingencia de la que se trate. Una primera cuestión que se nos plantea acerca del reconocimiento de tales prestaciones consiste en la determinación de la legislación e institución competente para el otorgamiento del derecho, habida cuenta de la variedad de regímenes sociales a los que ha estado sometido el asalariado y, por tanto, a los que ha cotizado por dichas prestaciones. Al respecto, la mayoría de los Convenios bilaterales que ha suscrito España en esta materia optan por la aplicación conjunta²¹² de las legislaciones de los dos Estados contratantes a las que ha estado sometido el migrante²¹³. No obstante, es peculiar la técnica utilizada por los acuerdos internacionales firmados con Canadá, Estados Unidos y Suiza, por cuanto que establecen por separado los supuestos concretos de aplicabilidad de la legislación de cada Parte contratante, lo que parece indicar la competencia de uno de los dos ordenamientos pero no ambos al mismo tiempo²¹⁴. Determinada la institución competente, ésta será la que comprobará si el trabajador migrante cumple los requisitos exigidos por su legislación para el reconocimiento de la prestación económica de que se trate. Por lo que a nosotros respecta, el sistema español de Seguridad Social requiere esencialmente, a fin de acceder a las prestaciones contributivas, que el sujeto se encuentre en situación de alta o de asimilación al alta en el régimen correspondiente, lo que, obviamente, supone grandes inconvenientes para aquellos sujetos cuyo último lugar de prestación de servicios antes de la producción del hecho causante haya estado ubicado en territorio extranjero y, en consecuencia, el alta en la Seguridad Social sea en

²¹² O, como se ha manifestado, la aplicación de “una en concurrencia con la otra”. Vid. GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales...*, op. cit., p. 380.

²¹³ Al efecto, la regla generalmente utilizada (salvo algunas excepciones) por estos instrumentos dispone que “el organismo competente de cada una de las Partes Contratantes determinará, según su propia legislación, si el interesado reúne las condiciones requeridas para tener derecho a las prestaciones previstas por esta legislación (...)”. Así, el art. 15. a) del Convenio con Andorra, el art. 6.3 del Convenio con Argentina, el art. 16 del Convenio con Brasil, el art. 16.1 del Convenio con Chile, el art. 10.2. a) del Convenio con Ecuador, el art. 11. 1 del Convenio con Filipinas, el art. 17.1 del Convenio con Marruecos, el art. 7.1 del Convenio con México, el art. 9.1. a) del Convenio con Paraguay, el art. 15.1. a) del Convenio con Perú, el art. 10.1 del Convenio con Rusia, el art. 17.1 del Convenio con Túnez, el art. 10.1 de Convenio con Ucrania, el art. 9.1 del Convenio con Uruguay y el art. 11.1 del Convenio con Venezuela.

²¹⁴ Este régimen diferenciado se recoge en los Títulos II y III del Convenio suscrito con Australia, en los Capítulos II y III del Título III del Convenio entre España y Canadá, en los dos Capítulos que comprende el Título III del Convenio firmado con Estados Unidos y en el Capítulo I del Título III del Convenio hispano-suizo.

el sistema del país de empleo y no en España²¹⁵. Tal controversia ha sido tenida en cuenta por los Convenios bilaterales de Seguridad Social, considerando que el requisito del alta es cumplido cuando el trabajador ha estado sometido a la legislación social del otro Estado firmante²¹⁶. Junto a esta condición de acceso a las prestaciones contributivas que venimos estudiando, destaca la relativa al período de carencia exigido por nuestro sistema de Seguridad Social. Al igual que en el caso anterior, los trabajadores migrantes ostentan dificultades a la hora de completar el mismo bajo una única legislación, habida cuenta de la larga duración que suelen comprender estos plazos de cotizaciones²¹⁷. Dificultades, que han sido solventadas por las disposiciones convencionales tras el establecimiento de la llamada técnica de “totalización de períodos de seguro”, consistente en la totalización o consideración conjunta de los períodos de seguro, asimilados y equivalentes que se hayan cumplido por el asegurado en virtud de la legislación de cada uno de los Estados contratantes²¹⁸, siempre que los mismos no se superpongan²¹⁹. Si bien, la plasmación convencional de esta regla no es

²¹⁵ Destaca este aspecto, ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social...*, op. cit., p. 319.

²¹⁶ Esta “compensación de altas” se establece en los Convenios celebrados con Andorra (art. 14.6), Australia (art. 15), Brasil (art. 17), Chile (art. 19.1), Canadá (art. 13.2), Ecuador, (art. 13), Estados Unidos (art. 14.1), Filipinas (art. 29), Marruecos (art. 44), México (art. 9.1), Paraguay (art. 10), Perú (art. 24), Rusia (art. 13.1), Suiza (art. 13), Túnez (art. 19.1), Ucrania (art. 13.1), Uruguay (art. 11.1) y Venezuela (art. 19). También el art. 5 del Convenio hispano-argentino viene a limar este requisito al recoger una cláusula general que señala que “los trabajadores españoles y los trabajadores argentinos que puedan hacer valer en uno de los dos Estados contratantes un derecho a prestaciones económicas por causa de invalidez, vejez o muerte o el Seguro contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, *conservan tal derecho, sin limitación alguna, al trasladarse al territorio de su propio Estado*” (la cursiva es nuestra).

²¹⁷ No obstante, se prevé la posibilidad de que las instituciones de los dos Estados competentes determinen el importe de la prestación según su propia legislación y atendiendo a los períodos cotizados satisfechos bajo la misma, cuando el sujeto cumple las condiciones de ambos sistemas de Seguridad Social para tener derecho a la prestación de que se trate. En este sentido, los Convenios suscritos entre España y Chile (art. 16.1), Estados Unidos (art. 9.1), Filipinas (art. 11.1), Marruecos (art. 17.1), México (art. 7.1), Suiza (art. 12), Túnez (art. 17.1), Uruguay (art. 9.1) y Venezuela (art. 11.1).

²¹⁸ Hay que destacar la mención hecha por algunos Convenios a los períodos cotizados en terceros países vinculados convencionalmente con uno o ambos Estados firmantes del Convenio bilateral en cuestión. Recogen esta disposición los instrumentos suscritos con Andorra (art. 14.2), Ecuador (art. 14) y Paraguay (art. 11), los cuales señalan que “los períodos de cotización y asimilados que se acrediten por súbditos de una de las Partes Contratantes en terceros países, serán tomados en consideración y totalizados para la apertura del derecho y cálculo de las prestaciones (...), siempre que la Parte Contratante de la que sea súbdito el asegurado haya convenido disposiciones similares con estos terceros países”.

²¹⁹ En relación a la superposición de períodos de seguro, algunos Convenios bilaterales que venimos analizando se han preocupado de matizar tal restricción disponiendo determinadas reglas al respecto, a saber: 1. “Si un período de cotización obligatorio cumplido en una de las Partes Contratantes coincidiera con un período de cotización voluntario acreditado en la otra Parte, este último período no se totalizará”; 2. “Si un período de cotización obligatorio o voluntario cumplido en una de las Partes Contratantes coincidiera con un período equivalente acreditado en la otra Parte, se tomará en consideración solamente el período de cotización”; 3. “Si coincidieran dos períodos de cotización voluntaria cumplidos, respectivamente, en una y otra Parte Contratante, sólo se totalizará el que corresponda a la legislación en que conste con anterioridad un período obligatorio de seguro. Cuando consten períodos de seguro obligatorio en ambas Partes Contratantes, el período de seguro voluntario a totalizar será, de entre los

uniforme sino que cada Convenio ha precisado sus propias particularidades²²⁰. Siguiendo a ÁLVAREZ CORTÉS²²¹, podemos distinguir cuatro fórmulas diferentes a través de las cuales se ha consagrado la mencionada técnica en los acuerdos suscritos por nuestro país en materia de Seguridad Social²²². Así, encontramos un único Convenio bilateral que utiliza de forma exclusiva la totalización de períodos, sin que quepa otro método de reconocimiento de las prestaciones²²³; otros en los que dicha técnica constituye un derecho opcional del asegurado, en la medida en que éste puede elegir la aplicación separada de las dos legislaciones sociales aplicables, renunciando al cómputo totalizado de los períodos de seguro²²⁴; numerosos acuerdos que establecen la consideración conjunta de los períodos satisfechos en cada una de las Partes contratantes de manera subsidiaria, esto es, solamente cuando el sujeto protegido no pueda acceder a la prestación correspondiente por ser insuficientes los períodos de aseguramiento cumplidos bajo la legislación de uno de los Estados²²⁵; y algunos

coincidentes, el cumplido en la misma legislación en que conste el período obligatorio de seguro más próximo a dicho período voluntario. Cuando no consten períodos de cotización obligatorios anteriores en ninguna de las Partes Contratantes, el período voluntario de cotización a totalizar será, de entre los coincidentes, el cumplido en la legislación donde, con posterioridad a dicho período voluntario se hubiera cumplido primero un período obligatorio de cotización”; y 4. “Si coincidieran dos períodos equivalentes cumplidos, respectivamente, en una y otra Parte Contratantes, sólo se totalizará el acreditado en la Parte en cuya legislación se haya cumplido con anterioridad un período de cotización. Cuando consten períodos de cotización anteriores en ambas Partes Contratantes, el período equivalente a totalizar será, de entre los coincidentes, el cumplido en la misma legislación en que conste el período de seguro más próximo a dicho período equivalente. Cuando no consten períodos de cotización anteriores en ninguna de las Partes Contratantes, el período equivalente a totalizar será, de entre los coincidentes, el cumplido en la legislación donde con posterioridad a dicho período equivalente se hubiera cumplido primero un período de cotización”. Este es el tenor del Convenio hispano-peruano (art. 14), si bien el resto de los acuerdos que recogen normas específicas en cuanto a la superposición de períodos sólo prevén algunas de las transcritas, aunque añaden una peculiar presunción de no superposición al preceptuar que “cuando en una Parte no sea posible precisar la época en que determinados períodos de seguro hayan sido cumplidos, o se trate de períodos que hayan sido reconocidos como tales por la legislación de una u otra Parte, se presumirá que dichos períodos no se superponen con los períodos de seguro cumplidos en la otra Parte”. Así, los Convenios con Brasil (art. 20), Chile (art. 17), Filipinas (art. 8.2), México (art. 17) y Venezuela (art. 12). Especiales son los casos de los Convenios hispano-marroquí e hispano-tunecino por cuanto que engloban toda esta normativa (arts. 8 y 33, respectivamente).

²²⁰ Respecto a la interpretación jurisdiccional de las diferentes cláusulas establecidas en los Convenios bilaterales de Seguridad Social en relación a la totalización de los períodos, vid. las Sentencias del TSJ de Galicia de 25 de septiembre de 2001 (Ar. 2916) (Convenio hispano-suizo) y de 25 de octubre de 2000 (Ar. 3544) (Convenio hispano-argentino) y del TSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2001 (Ar. 4094) y de 10 de mayo de 2001 (Ar. 2586) (Convenio hispano-andorrano), entre otras.

²²¹ Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social...*, op. cit., p. 322 y 323.

²²² También hacen referencia a tales reglas y mecanismos, ESTEBAN DE LA ROSA, G.; MOLINA NAVARRETE, C., *La movilidad...*, op. cit., p. 245 y 246.

²²³ Es el caso del acuerdo suscrito con Paraguay (arts. 6 y 9).

²²⁴ En este sentido, los Convenios bilaterales entre España y Andorra (art. 16), Argentina (art. 10), Ecuador (art. 10.3), Perú (art. 16) y Rusia (art. 10.2).

²²⁵ Así, los Convenios con Chile (art. 16), Canadá (art. 9.1), Estados Unidos (art. 9, apartados 1 y 2), Filipinas (art. 11), Marruecos (art. 17.2), México (art. 7.2), Suiza (art. 12) y Venezuela (art. 11).

instrumentos consagran un sistema de totalización “*pro beneficiario*”²²⁶ aplicable cuando en virtud del mismo se otorguen derechos más beneficiosos al trabajador migrante²²⁷. En cualquier caso, siempre que tenga lugar la totalización de los períodos cotizados, hay que tener en cuenta la restricción contemplada por la mayoría de estos acuerdos internacionales para el cómputo conjunto de las cotizaciones, cuando éstas se hayan satisfecho bajo la legislación de alguna de las Partes contratantes durante un plazo de tiempo inferior a un año. En tales casos, no será de aplicación la técnica totalizadora “*si, teniendo en cuenta estos períodos, no se adquiere derecho a prestación de conformidad con la legislación de esa Parte Contratante*” y salvo que se hayan cumplido “*en cada una de las Partes períodos de seguro o de trabajo inferiores a un año que, por sí mismos, no abran derecho a prestación*”, pero con la totalización se adquiriera la misma²²⁸. En suma, serán computados los períodos de seguro inferiores al año únicamente cuando sea necesario para la concesión de la prestación bajo las legislaciones de los dos Estados firmantes. Hasta aquí hemos expuesto el tratamiento convencional respecto de los requisitos comunes (alta y período de carencia) para la concesión de las prestaciones de jubilación, invalidez y muerte; junto a ellos, los Convenios bilaterales de Seguridad Social incluyen asimismo una serie de reglas particulares inherentes a cada uno de estos riesgos asegurados, entre las que destaca, sin duda, la determinación del grado de incapacidad propio de las prestaciones por invalidez de origen no laboral. Respecto a la misma, tales acuerdos internacionales de Seguridad Social han establecido que, sin perjuicio de que cada institución competente someta al asegurado a los reconocimientos médicos oportunos previstos en su legislación, las entidades de ambos Estados tendrán en consideración los informes facultativos y datos administrativos emitidos por los organismos de la otra Parte contratante²²⁹.

²²⁶ Tal y como lo denomina ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social...*, op. cit., p. 323.

²²⁷ Al respecto, vid. los Convenios hispano-australiano (art. 12.2), hispano-brasileño (art. 16.3), hispano-tunecino (art. 17.3), hispano-ucraniano (art. 10.3) e hispano-uruguayo (art. 9.3).

²²⁸ En este sentido, los Convenios concertados entre España y Australia (art. 10.3), Brasil (art. 18), Canadá (art. 10), Chile (art. 18), Estados Unidos (art. 10), Filipinas (art. 13), Marruecos (art. 18), México (art. 8), Rusia (art. 11), Túnez (art. 18), Ucrania (art. 11, apartados 1 y 2), Uruguay (art. 10) y Venezuela (art. 13).

²²⁹ Al respecto, vid. los Convenios bilaterales suscritos con Andorra (art. 19), Argentina (art. 6.3), Brasil (art. 19), Chile (art. 21), Ecuador (art. 15), Estados Unidos (art. 15), Filipinas (art. 14.2), Marruecos (art. 20.2), México (art. 12), Túnez (art. 22), Ucrania (art. 16) y Uruguay (art. 13). Para un estudio pormenorizado de la cuestión, vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social...*, op. cit., p. 331-335.

Una vez que ha sido declarado por las instituciones competentes el derecho a la prestación de conformidad con las reglas anteriores, las disposiciones convencionales relativas a la determinación de la cuantía de las prestaciones se han visto condicionadas por la utilización de la técnica de totalización en el reconocimiento de las mismas²³⁰. Básicamente, se establece que cada institución nacional calculará la cuantía de la pensión teórica que le correspondería abonar según su propia legislación pero incluyendo el período cotizado en el otro Estado como si se hubiera satisfecho en su propio territorio (es lo que los Convenios han venido a llamar el cálculo de la “*pensión teórica*”). Sobre la base de esta cantidad, la institución competente de cada Estado fijará el importe efectivo de la prestación que debe sufragar en proporción al tiempo cotizado por el asegurado en su propio sistema de Seguridad Social, puesto en relación con la totalidad de los períodos de seguro cumplidos en ambas Partes contratantes (calculando así la pensión “*pro rata temporis*”, tal y como se denomina por los acuerdos internacionales). La cuantía resultante es la que corresponde satisfacer a la institución o entidad gestora de cada Estado competente²³¹. Si bien, tal montante no podrá ser inferior al mínimo establecido para la pensión de que se trate, pues en tal supuesto el ente gestor del país de residencia deberá completarla hasta alcanzar dicha cifra²³². Asimismo, a las prestaciones reconocidas mediante este sistema de totalización y proporcionalidad se le aplicarán las reglas de revalorización que recojan las legislaciones internas, prorrateando, en su caso, la cuantía en que se aumente la pensión²³³. Finalmente, advertir que estas mismas reglas de reconocimiento

²³⁰ También destacan este aspecto, ESTEBAN DE LA ROSA, G.; MOLINA NAVARRETE, C., *La movilidad...*, op. cit., p. 246.

²³¹ Especial énfasis ha mostrado la jurisprudencia española en este aspecto, advirtiendo que “una cosa es el que la pensión (...) haya de calcularse en función de los períodos cotizados a uno y otro sistema de Seguridad Social, dada la insuficiencia de los abonados a las entidades gestoras de cada uno de los Estado contratantes y otra muy distinta es que, una vez calculada dicha pensión, de acuerdo con tales criterios y señalada una porción de la misma, con carácter autónomo, para cada una de las Seguridades Social implicadas, haya de imponerse a una de éstas (...) el abono de la totalidad de la pensión reconocida”; vid. la Sentencia del TS de 31 de julio de 1992 (El Dcho. 8473). También la Sentencia del TS de 24 de febrero de 1992 (El Dcho. 1733) y la de 24 de septiembre de 1993 (El Dcho. 8264) que, desde otra perspectiva, establece que “en el sistema “pro rata temporis” no se otorga una sola pensión fraccionada en dos porciones, sino que se conceden dos pensiones distintas con reglas de cálculo y liquidación especiales, de las que son responsables dos entidades gestoras diferentes”.

²³² Como se prevé en los Convenios suscritos entre España y Andorra (art. 17.2), Australia (art. 12.2), Brasil (art. 16.2), Perú (art. 17.2) y Ucrania (art. 10.4). En este sentido, vid. las Sentencias del TS de 22 de noviembre de 2000 (Ar. 1429), del TSJ de Murcia de 5 de octubre de 1999 (Ar. 265639), del TSJ de Cataluña de 12 de julio de 2001 (Ar. 3632) y del TSJ de Galicia de 4 de diciembre de 2001 (Ar. 24410) y de 6 de febrero de 2001 (Ar. 129558).

²³³ Así lo establecen los instrumentos celebrados con Andorra (art. 17, apartados 1 y 3), Brasil (art. 29), Chile (art. 34), Estados Unidos (art. 12), Filipinas (art. 31), Marruecos (art. 18), México (art. 19), Perú (art. 17, apartados 1 y 3), Túnez (art. 35), Ucrania (art. 17), Uruguay (art. 21) y Venezuela (art. 22).

extraterritorial de pensiones son predicables respecto de otras prestaciones que, junto a la faceta asistencial, poseen una esfera económica, tales como la contingencia de maternidad y, en general, las referidas a enfermedad.

Especial atención debemos ofrecer a determinados aspectos de las prestaciones que derivan del ejercicio de la actividad laboral, concretamente, las de accidentes laborales y enfermedades profesionales²³⁴. En aplicación de las disposiciones convencionales, hay que precisar que el derecho a este tipo de prestaciones será determinado según la legislación del Estado de afiliación del trabajador en el momento de producirse el accidente o de contraerse²³⁵ la enfermedad profesional. Así pues, será la institución competente de dicho país la que abonará la pensión correspondiente. Por su parte, la valoración de la incapacidad o disminución de capacidad del trabajador que sufre un accidente laboral o padece una enfermedad profesional, se llevará a cabo tomando en consideración las secuelas de anteriores accidentes o enfermedades acaecidos en la persona del asegurado, incluso en el supuesto de que se hubieran producido cuando el sujeto estaba afiliado al sistema de Seguridad Social del otro Estado contratante²³⁶.

3.1.3. Otras prestaciones de Seguridad Social.

Finalmente, abordar la previsión que se hace en algunos acuerdos internacionales acerca de otras prestaciones, como las familiares²³⁷ y el desempleo²³⁸. En cuanto a las primeras, los Convenios bilaterales de Seguridad Social que extienden su ámbito de

²³⁴ Recogidas por todos los Convenios bilaterales a excepción de los suscritos con Australia, Canadá y Estados Unidos.

²³⁵ Nótese, que se habla del nacimiento de la enfermedad y no de su diagnóstico. Así parece extraerse de lo preceptuado en los Convenios bilaterales de Seguridad Social que establecen la cláusula de que tales prestaciones “se regularán de acuerdo con la legislación de la Parte Contratante que fuere aplicable al trabajador durante el tiempo que desempeñó la actividad que provocó la enfermedad profesional, aún en los casos en el la enfermedad se diagnostique por primera vez, estando sujeto a la legislación de la otra Parte Contratante”, añadiéndose además que “en el supuesto de que el trabajador haya realizado la actividad que le provocó la enfermedad profesional de manera sucesiva y alternativa estando sujeto a la legislación de una y otra Parte Contratante, sus derechos se determinarán de acuerdo con la legislación de la Parte Contratante a la que el trabajador hubiera estado sujeto en último lugar por razón de dicha actividad. Si no alcanza derecho a prestación en esa Parte Contratante, sería de aplicación lo dispuesto en la legislación de la primera”. Vid., al respecto, los Convenios bilaterales suscritos con Brasil (art. 26), Chile (art. 29), Filipinas (art. 19), Marruecos (art. 26.2), México (art. 15, apartados 1 y 2), Rusia (art. 14.2), Túnez (art. 28) y Ucrania (art. 14).

²³⁶ En este sentido, vid. los Convenios celebrados entre España y Andorra (art. 24.1), Brasil (art. 25), Chile (art. 30), Ecuador (art. 16), Filipinas (art. 18.1), Marruecos (art. 26.1, párrafo segundo), México (art. 16), Paraguay (art. 13), Perú (art. 23) y Túnez (art. 30).

²³⁷ Contempladas por los Convenios firmados con Brasil, Canadá, Chile, Marruecos, Paraguay, Perú, Rusia, Suiza, Túnez, Ucrania y Uruguay.

²³⁸ Únicamente previstas por los Convenios entre España y Australia, Chile y Perú.

protección a la familia del asalariado establecen la regla general de que tales prestaciones serán reconocidas al trabajador por cuenta ajena o al titular de una pensión, de acuerdo con la legislación del Estado en cuyo territorio se ejerza la actividad laboral o de cuyo sistema social sea beneficiario el sujeto, aún en el caso de que los familiares por los que se solicita la prestación residan en el territorio del otro país contratante²³⁹. No obstante, cuando se cause derecho a tal contingencia durante el mismo período y para idéntico familiar en el régimen oportuno de Seguridad Social de ambos Estados, habida cuenta de que el titular o el trabajador adquiera esta condición en los dos territorios, tal concurrencia de legislaciones se resolverá a favor de aquella bajo la cual resida el familiar-beneficiario potencial²⁴⁰. Esto es, la prestación reconocida será abonada por la entidad gestora del Estado de residencia de la familia del asalariado o pensionista. Igualmente, algunos Convenios bilaterales prevén para el reconocimiento de estas prestaciones la aplicación de la totalización de períodos analizada anteriormente²⁴¹. En cualquier caso, la pensión familiar concedida se abonará directamente al sujeto a cuyo cargo se encuentre el miembro de la familia benefactor²⁴². Por lo que a la prestación de desempleo se refiere, los pocos acuerdos sociales que la han incluido en su ámbito de protección también atienden a la totalización de períodos de seguro a fin de conceder tal pensión²⁴³, siempre que el sujeto haya desempeñado en el Estado donde la solicita algún trabajo contenido en la protección por desempleo y cumpla el resto de los requisitos exigidos por la legislación de dicho país²⁴⁴. Asimismo, se dispone la necesidad de que el desempleado resida en el territorio del mismo durante todo el período de tiempo que cobra la prestación²⁴⁵.

3.2. La específica protección en ausencia de convenio internacional: los convenios especiales de Seguridad Social.

²³⁹ Así, los Convenios bilaterales celebrados con Brasil (art. 27), Chile (art. 31.1), Marruecos (art. 32), Paraguay (art. 15.1), Rusia (art. 15, primer párrafo), Suiza (art. 21), Túnez (art. 31.1), Ucrania (art. 15.1) y Uruguay (art. 18).

²⁴⁰ Al respecto, vid. los Convenios firmados con Rusia (art. 15, segundo párrafo), Túnez (art. 31.2) y Ucrania (art. 15.2). Cabe destacar la disposición excepcional que recoge el Convenio hispano-paraguayo al señalar que “si por un mismo beneficiario se pudiera invocar derecho a prestaciones familiares en virtud de las legislaciones de las dos Partes Contratantes, se reconocerán únicamente las prestaciones debidas en virtud de la legislación del lugar de trabajo del cabeza de familia” (art. 15.2).

²⁴¹ Tales como los Convenios celebrados por nuestro país con Marruecos (art. 31) y Suiza (art. 21 *in fine*).

²⁴² Así lo dispone el art. 15.3 del Convenio suscrito entre España y Paraguay.

²⁴³ En este sentido, vid. el art. 16.1 del Convenio hispano-australiano.

²⁴⁴ Tal y como lo señala el art. 32.1 de Convenio suscrito entre España y Chile.

²⁴⁵ Así se establece en los Convenios bilaterales con Australia (art. 16.2) y Chile (art. 32.2).

La regla general de la totalización de los períodos de seguro consagrada, como hemos visto, en las fuentes internacionales de Seguridad Social quiebra cuando se trata de un Estado no signatario del AEEE al que España no se encuentra vinculado convencionalmente, habida cuenta de que los períodos cubiertos bajo la legislación de ese país extranjero no podrán ser reconocidos por las instituciones españolas de la Seguridad Social a fin de reconocer cualquier prestación que se solicite. Consecuentemente, si las cotizaciones satisfechas en el país de destino no son suficientes, de conformidad con su propia normativa, para otorgar el derecho a una prestación que requiera un amplio período de seguro, el trabajador perderá las mismas a efectos de la legislación española. *A sensu contrario*, solamente se tendrán en cuenta los períodos cubiertos en el régimen de Seguridad Social español para acceder al derecho oportuno²⁴⁶. No obstante, como ya sabemos, puede ocurrir que el trabajador migrante haya suscrito un Convenio especial de Seguridad Social, en cuyo caso, serían computables también las cotizaciones realizadas en España durante la vigencia de dicho convenio a efectos del reconocimiento de la prestación social. En cualquier caso la, ya citada, Orden Ministerial de 27 de enero de 1982 impone la obligación de mantenimiento de las cotizaciones a la Seguridad Social española cuando se trata de trabajadores españoles que prestan sus servicios en el extranjero al que son enviados por sus respectivas empresas, quedando los mismos sujetos a la legislación nacional de forma asimilada al alta (art. 1.1). Por tanto, dichos sujetos no van a ver afectados sus derechos como consecuencia de su “estancia” fuera de nuestras fronteras, con independencia, claro está, de los costes que le haya acarreado tal situación de doble cotización durante parte de su carrera profesional, aunque es previsible que la mayoría de los mismos hayan corrido a cargo de la empresa contratante.

En cuanto al disfrute de las prestaciones individualmente consideradas, es preciso mencionar el caso concreto de la asistencia sanitaria por sus propias particularidades. No cabe duda de que la misma deberá ser dispensada por las entidades asistenciales del Estado de acogida, máxime cuando se trate de una situación de gravedad o urgencia²⁴⁷. Asimismo, serán las instituciones españolas las que hagan efectiva esta prestación en especie a los familiares del titular que la precisen, cuando los mismos residan en España

²⁴⁶ Como reconocen algunos autores, “se descarta la posibilidad de computar períodos de aseguramiento cubiertos bajo la legislación de un Estado para acceder a una de las prestaciones en otro Estado”. Vid., ESTEBAN DE LA ROSA, G.; MOLINA NAVARRETE, C., *La movilidad...*, op. cit., p. 247.

²⁴⁷ Así lo dispone el art. 6.1 de la Orden de 1982, que además señala que las Entidades asistenciales del país de desplazamiento serán preferentemente centros asistenciales de carácter oficial o de la Seguridad Social.

o, en su caso, cuando habiendo establecido su residencia en el extranjero, necesiten ser asistidos médicamente durante sus desplazamientos a nuestro país (art. 6 de la Orden, apartados 2 y 3). Sin embargo, la cuestión es determinar con cargo a qué institución se realiza tal asistencia. Así, a tenor de la normativa española, parece que los gastos ocasionados pueden ser satisfechos por el organismo competente español a través de un sistema de compensación de costes a la empresa, siempre que esta aporte una certificación suficiente en relación a los honorarios de los facultativos, el coste de las hospitalizaciones y los gastos de cualquier prestación farmacéutica (art. 6.1, párrafo segundo de la Orden de 1982). Igualmente, por lo que a las prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria se refiere, se ha previsto en la Orden reguladora la posibilidad de reintegro a las empresas contratantes de las cantidades satisfechas por tal contingencia, siempre que se cumplan los requisitos formales establecidos y se certifique el período de tiempo que ha durado la situación de baja laboral (art. 6.4 de la Orden de 1982).

En cuanto a las prestaciones monetarias de jubilación, invalidez y muerte y supervivencia, ya hemos expuesto en otro momento que las mismas pueden quedar cubiertas, a falta de protección otorgada por cualquier otro sistema social, por el Régimen General de Seguridad Social español mediante la suscripción del Convenio especial regulado por el Real Decreto 996/1986, en virtud del cual el trabajador migrante quedaría comprendido en nuestro sistema de Seguridad Social asimilado a la situación de alta, siempre que abone las cotizaciones oportunas.

Finalmente, señalar que el trabajador español que ha prestado sus servicios durante cierto tiempo en el territorio de un Estado no comunitario ni relacionado con España a través de Convenio bilateral tiene la posibilidad de percibir la prestación por desempleo a su vuelta a nuestro país, siempre que se encuentren en situación legal de desempleo, no perciban ninguna cantidad por dicho concepto a cargo del país de destino y acrediten haber cotizado el tiempo suficiente antes de su salida hacia el extranjero (art. 208.5 de la LGSS)²⁴⁸.

4. CONCLUSIONES.

²⁴⁸ Ampliado por el art. 11 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo (BOE de 5 de junio de 1985).

El carácter territorial de los sistemas estatales de Seguridad Social y las nuevas tendencias hacia la extensión extraterritorial de las normas nacionales de Seguridad Social generan la problemática relativa a la concurrencia espacial de leyes cuando el trabajador español se desplaza o emigra a otro país, ya sea comunitario o extracomunitario, para desarrollar su actividad laboral, planteándose así la cuestión sobre la determinación de la ley aplicable a las relaciones de Seguridad Social.

A los conflictos de leyes que surgen en la relación de afiliación a la Seguridad Social del trabajador migrante atienden los Convenios bilaterales que España tiene suscritos con determinados países, recogiendo criterios muy similares, si bien con un régimen jurídico diferente, a pesar de seguir todos ellos idéntica sistemática. En estas normas se parte de la premisa basada en el sometimiento de los trabajadores migrantes a la legislación de un único Estado, con el fin de eludir los perjuicios que puede acarrear la doble cotización de los sujetos que se desplazan en el ejercicio de su carrera profesional de un territorio a otro. Esa única legislación aplicable se concreta en el lugar donde se desarrolle la prestación de servicios, esto es, la *lex loci laboris*. No obstante, la normativa convencional establece una serie de reglas particulares, en relación a diversas situaciones laborales, que excepcionan o, en el menor de los casos, precisan el criterio general de determinación de la legislación aplicable a la relación de afiliación del migrante. En este sentido, se atiende a la ley del Estado de origen (para el destacamento temporal de trabajadores), la ley del lugar de residencia del empleado o del emplazamiento de la sede principal de la entidad mercantil contratante (cuando se trate de prestaciones de servicios plurilocalizadas), la legislación del lugar de trabajo o la del país al que representa el personal laboral al servicio de misiones diplomáticas y oficinas consulares (según sea el resultado del derecho de opción que ostentan tales sujetos) o, salvo excepciones, la ley del pabellón del buque en el que se realiza la actividad (en el supuesto específico de los trabajadores del mar). Sin embargo, es notable la omisión que hacen tales instrumentos jurídicos respecto a la determinación de la legislación aplicable en materia de cotizaciones a la Seguridad Social en otras situaciones laborales extraterritoriales como son las que representan la circulación de trabajadores en el seno de un grupo de empresas, la actividad transnacional de las ETT y el traslado definitivo de asalariados. Desde nuestro punto de vista, los dos primeros supuestos serían equiparables al desplazamiento temporal de trabajadores resultando de aplicación el mantenimiento de la legislación del Estado de origen mientras que en relación con el

traslado se produciría un cambio de ley rectora de la afiliación del sujeto migrante a favor del régimen de Seguridad Social del país de empleo.

Concretada la ley aplicable a la afiliación del trabajador migrante, la misma constituye el referente esencial para el reconocimiento y disfrute de las prestaciones de Seguridad Social a las que el sujeto pudiera tener derecho. No obstante, en la medida en que el asegurado está conectado a una pluralidad de legislaciones sociales a las que ha estado sujeto a lo largo de su carrera profesional, el proceso de concesión de prestaciones y, en su caso, la determinación de la correspondiente cuantía se hace, cuando menos, difícil. Esta circunstancia ha sido tomada en consideración por los instrumentos comunitarios y convencionales existentes en la materia, los cuales han implantado la llamada técnica de la totalización de períodos de seguro, empleo o residencia y la consecuente regla *pro rata temporis* por lo que al cálculo de la cuantía se refiere. De tal manera que para dilucidar si el potencial beneficiario tiene derecho a la prestación que solicita se producirá la aplicación conjunta de todas las legislaciones a las que se ha encontrado sometido el migrante (con la finalidad de que las cotizaciones cubiertas en cada uno de los regímenes nacionales sirvan para completar el período de carencia que exige la pensión) y, una vez que se causa el reconocimiento de la misma, se calculará su cuantía *a pro rata*, es decir, cada institución se hará cargo de la parte que le corresponda de acuerdo con el tiempo en el que el trabajador ha estado vinculado a su propia legislación. Lógicamente, el mecanismo que se prevé en la normativa internacional respecto de las prestaciones en especie es diferente por la propia naturaleza de las mismas. En tales casos y, sobre todo, en lo referido a la asistencia sanitaria, se dispone la atención médica del paciente por las instituciones del Estado en el que se encuentra, si bien los costes económicos que se generen correrán a cargo del organismo de afiliación del sujeto en el momento en que adolezca la enfermedad.

A pesar de la intensa labor de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social a través de numerosos instrumentos jurídicos convencionales, todavía hoy se da la existencia de numerosos países no comunitarios con los que España no se encuentra vinculada mediante normativa alguna y en cuyos territorios se emplazan trabajadores españoles en el ejercicio de una actividad laboral. Tal situación engendra importantes problemas de tráfico jurídico externo en cuanto a la protección social del migrante, habida cuenta de su sujeción a la legislación de los dos Estados afectados (el de origen y el de acogida). En tales casos, nuestro propio ordenamiento prevé el sometimiento del asegurado al régimen español de Seguridad Social estando en situación asimilada al

alta, manteniéndose, por tanto, la obligación de cotizar en España mientras dure el destacamento y sin perjuicio de que el trabajador también se encuentre vinculado a las instituciones del país de destino. Son relevantes los perjuicios (sobre todo, económicos) que estas situaciones provocan en la figura del trabajador migrante.

5. ANEXOS.

5.1. Anexo I: Cuadro-Resumen de los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España.

PAÍS	FIRMA CONVENIO	PUBLICACIÓN BOE CONVENIO	ENTRADA EN VIGOR CONVENIO	FIRMA ACUERDO ADMITIVO.	PUBLICACIÓN BOE ACUERDO	ENTRADA EN VIGOR ACUERDO
ANDORRA	09-11-2001	04-12-2002	01-01-2003	09-11-2001	04-12-2002	01-01-2003
ARGENTINA	28-01-1997	10-12-2004	01-12-2004	28-01-1997	10-12-2004	01-12-2004
AUSTRALIA	31-01-2002	19-12-2002	01-01-2003	—	—	—
BRASIL	16-05-1991 ²⁴⁹	15-01-1996	01-12-1995	—	—	—
BULGARIA	13-05-2002	06-11-2003	01-11-2003	—	—	—
CANADÁ	10-11-1986 ²⁵⁰	01-12-1987	01-01-1988	10-11-1986	01-12-1987	01-01-1988
CHILE	28-01-1997 ²⁵¹	25-03-1998	13-03-1998	28-01-1997	25-03-1998	13-03-1998
ECUADOR	08-05-1974 ²⁵²	29-07-1975	01-07-1975	05-12-1986	13-04-1988	05-12-1986
EEUU	30-09-1986	29-03-1988	01-04-1988	30-09-1986	29-03-1988	01-04-1988

²⁴⁹ Sustituye al anterior de fecha de 25 de abril de 1969.

²⁵⁰ Este Convenio cuenta con un Protocolo publicado en el BOE de 8 de febrero de 1997, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de mayo de 1997.

²⁵¹ Sustituye al anterior de fecha de 9 de marzo de 1977.

²⁵² Es adicional al Convenio de Seguridad Social de 1 de abril de 1960 entre España y Ecuador.

FILIPINAS	20-05-1988	11-10-1989	01-11-1989	21-05-1991	29-03-1993	01-04-1992
MARRUECOS	08-11-1979	13-10-1982	01-10-1982	08-02-1984	10-06-1985	01-10-1982
MÉXICO	25-04-1994	17-03-1995	01-01-1995	28-11-1994	17-03-1995	01-01-1995
PARAGUAY	24-06-1998 ²⁵³	02-02-2006	01-03-2006	—	—	—
PERÚ	16-06-2003	05-02-2005	01-02-2005	—	—	—
REPÚBLICA DOMINICANA	01-07-2004	12-06-2006	01-07-2006	—	—	—
RUSIA	11-04-1994	24-02-1996	22-02-1996	12-05-1995	24-02-1996	22-02-1996
SUIZA	13-10-1969	01-09-1970	01-09-1970	19-04-1990 ²⁵⁴	29-01-1991	01-08-1990
TÚNEZ	26-02-2001	26-12-2001	01-01-2002	—	—	—
UCRANIA	07-10-1996	04-04-1998	27-03-1998	17-01-2001	07-04-2001	17-01-2001
URUGUAY	01-12-1997 ²⁵⁵	24-02-2000	01-04-2000	24-07-2000	03-04-2001	01-04-2000
VENEZUELA	12-05-1988	07-07-1990	01-07-1990	05-05-1989	07-07-1990	01-07-1990

5.2. Anexo II: Duración máxima del mantenimiento de la ley española en los desplazamientos de trabajadores prevista por los Convenios bilaterales.

PAÍS DESTINO	DE	DISPOSICIÓN REGULADORA	DURACIÓN INICIAL	PRÓRROGAS
ANDORRA		art. 5.1	2 años	No se establece la posibilidad de prórroga.
ARGENTINA		art. 3.1. a)	12 meses	Se prevé la prórroga del plazo inicial sin disponerse límite de tiempo.

²⁵³ Viene a sustituir al Convenio General sobre Seguridad Social de 25 de junio de 1959 y al Convenio complementario al Convenio de Seguridad Social de 2 de mayo de 1972.

²⁵⁴ Hace referencia al Protocolo Adicional al Convenio de Seguridad Social entre España y Suiza.

²⁵⁵ Este Convenio sustituye al anterior de fecha de 21 de junio de 1979.

AUSTRALIA	art. 5	5 años	Se prevé la prórroga del plazo inicial sin disponerse límite de tiempo.
BRASIL	art. 7.1	3 años	Se dispone la prórroga por un período de dos años más.
CANADÁ	art. 6.2	60 meses	No se establece la posibilidad de prórroga.
CHILE	art. 7.1	3 años	Se dispone la prórroga por un período de dos años más.
ECUADOR	art. 3.1. a)	12 meses	Se prevé la prórroga por un período de doce meses más.
EEUU	art. 5.1	5 años	Se establece la prórroga por un período de un año más como máximo.
FILIPINAS	art. 6. a)	3 años	Se prevé la prórroga sin establecer ningún límite temporal.
MARRUECOS	art. 6.1. a)	3 años	No se establece la posibilidad de prórroga.
MÉXICO	art. 6, ap. 1 y 2	2 años	Se dispone la prórroga por un período de dos años más.
PARAGUAY	art. 4.1. a)	12 meses	Se prevé la prórroga durante doce meses más como máximo.
PERÚ	art. 6.1. a)	12 meses	Se establece la prórroga durante doce meses más como máximo.
RUSIA ²⁵⁶	art. 7.1	5 años	Se prevé la prórroga sin determinar el período de duración.
SUIZA	art. 4. a)	2 años	Se dispone la prórroga por el tiempo que acuerden las Partes.
TÚNEZ	art. 7.1, ap. a) y b)	24 meses	Se prevé la prórroga por un nuevo período de veinticuatro meses.
UCRANIA	art. 7	2 años	Se señala la prórroga por un nuevo período de dos años.
URUGUAY	art. 7.1. a)	24 meses	Se establece la prórroga del período señalado sin previsión de límite temporal.
VENEZUELA	art. 7.1	2 años	Se dispone la prórroga para un nuevo período de un año.

5.3. Anexo III: Prestaciones reconocidas por los Convenios bilaterales de Seguridad Social.

PAÍS	ASISTENCIA	VEJEZ	Y	INVALIDE	MUERTE Y	ACCIDENT	OTRAS
------	------------	-------	---	----------	----------	----------	-------

²⁵⁶ Realmente, el art. 7.1 del Convenio solamente dispone que el desplazamiento de trabajadores será “por el tiempo establecido de común acuerdo entre las autoridades competentes de ambas Partes Contratantes”. Sin embargo, el Acuerdo administrativo de aplicación del Convenio resulta ser más preciso al señalar en su art. 3 que “el período de desplazamiento no será superior a cinco años”, estableciéndose la prórroga de tal situación siempre que esté debidamente justificada.

	SANITARIA Y ENFERMEDAD	JUBILACIÓN	Z	SUPERVIV.	E LABORAL Y EE. PP.	
ANDORRA	X	X	X	X	X	Maternidad ²⁵⁷
ARGENTINA		X	X	X	X	Maternidad
AUSTRALIA	X ²⁵⁸	X	X	X		Maternidad Desempleo
BRASIL	X	X	X	X	X	Maternidad P. Familiar
CANADÁ		X	X	X		P. Familiares
CHILE	X	X	X	X	X	Maternidad P. Familiar Desempleo
ECUADOR	X	X	X	X	X	—
EE.UU.		X	X	X		—
FILIPINAS	X ²⁵⁹	X	X	X	X	—
MARRUECOS	X	X	X	X	X	Maternidad P. Familia ²⁶⁰
MÉXICO		X	X	X	X	—
PARAGUAY	X	X	X	X	X	P. Familiares
PERÚ	X	X	X	X	X	Maternidad P. Familia Desempleo ²⁶¹
REPÚBLICA DOMINICANA		X	X	X	X	Maternidad P. Familia E. Infantiles
RUSIA	X ²⁶²	X	X	X	X	Maternidad P. Familiares

²⁵⁷ Asimismo se recogen otras modalidades prestacionales como la reeducación y rehabilitación de inválidos, la asistencia social y los servicios sociales (art. 2.1. A) del Convenio).

²⁵⁸ Únicamente reconoce las prestaciones económicas en caso de enfermedad (art. 11 del Convenio).

²⁵⁹ Sólo en lo relativo a prestaciones económicas por enfermedad reguladas en el art. 10 del Convenio.

²⁶⁰ También el Convenio será aplicable a la reeducación y rehabilitación de inválidos así como a la asistencia social y servicios sociales (art. 2.1. A). 1), apartados f y g).

²⁶¹ Asimismo se encuentran incluidas dentro del campo de aplicación objetivo del Convenio las prestaciones en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y asistencia social y servicios sociales (art. 2.1.A).

²⁶² Únicamente se reconocen las prestaciones por incapacidad laboral transitoria (art. 2.1. A), letra a) del Convenio).

SUIZA		X	X	X	X	P. Familiares
TÚNEZ	X	X	X	X	X	Maternidad P. Fam. por hijos a cargo
UCRANIA	X ²⁶³	X	X	X	X	Maternidad P. Familiares
URUGUAY		X	X	X	X	Maternidad P. Familiar
VENEZUELA	X ²⁶⁴	X	X	X	X	Maternidad

LOS CONVENIOS BILATERALES DE SEGURIDAD SOCIAL SUSCRITOS POR ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO.

Susana de la Casa Quesada
Profesora Colaboradora
Universidad de Jaén

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. INCLUSIONES Y EXCLUSIONES DE NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL 3. CONVENIOS BILATERALES DE SEGURIDAD SOCIAL SUSCRITOS POR ESPAÑA. 3.1. Ámbito de aplicación objetivo. 3.1.1. Prestaciones contributivas a favor de los trabajadores extranjeros en España. 3.1.2 Prestaciones contributivas a favor de los trabajadores españoles en terceros países. 3.1.3. Las prestaciones no contributivas en los Convenios bilaterales. **3.2. Ámbito subjetivo** 3.2.1. Definición de trabajador, familiar o beneficiario dependiente 3.2.2. Ámbito de aplicación personal de los Convenios bilaterales. **3.3. Disposiciones sobre la legislación aplicable** 3.3.1. Trabajadores por cuenta ajena 3.3.2. Trabajadores por cuenta propia. **3.4. Disposiciones relativas a las prestaciones.** 3.4.1. Principio de no acumulación de prestaciones. 3.4.2. Principio de totalización de períodos de seguro. 3.4.3. El derecho a cada una de las prestaciones.

²⁶³ Sólo en lo relativo a las prestaciones por incapacidad temporal derivada de enfermedad común y accidente no laboral (art. 2.1. A). a) del Convenio).

²⁶⁴ El Convenio hace referencia exclusivamente a las prestaciones por incapacidad laboral transitoria en casos de enfermedad común y accidente no laboral (art. 2.1. A), letra a).

3.5. Disposiciones transitorias y finales. 4. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN LOS CONVENIOS BILATERALES. 5. REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

No es posible hablar en nuestros días de un Sistema de Seguridad Social internacional autónomo, diferente de los Sistemas de Seguridad Social internos de cada país. Ni siquiera a nivel comunitario contamos con un Sistema de Seguridad Social distinto del de sus Estados miembros. Cada Estado es responsable de su sistema de Seguridad Social, define prestaciones y determina la financiación, sin que exista armonización de legislaciones. Ante esta situación de ausencia de unidad en el contenido y estructura de la Seguridad Social como rama jurídica en el ámbito internacional, encontramos una regulación que responde a normas convencionales, o a mecanismos de coordinación de legislaciones²⁶⁵.

De esta manera, la Seguridad Social convencional está conformada por un conjunto de normas pactadas entre dos o más Estados, dirigidas a evitar que el individuo vea suprimidos o reducidos sus derechos, en materia de prestaciones sociales, al

²⁶⁵ Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario”. Tecnos. Madrid. 2001. pág. 128 y ss.

cambiar su residencia de uno a otro país, pero sin que ello afecte a la legislación de tales Estados.

Los Convenios bilaterales son los primeros mecanismos que surgen con el fin de coordinar las legislaciones sociales de dos países, mostrándose como el instrumento más idóneo, de mayor seguridad jurídica y nivel de eficacia para coordinar los diferentes sistemas de protección social. La finalidad que los Estados persiguen al suscribir Convenios bilaterales de Seguridad Social es la de amparar a sus nacionales que emigran a otros países y, al mismo tiempo, a los extranjeros de dichos Estados que se encuentren en su territorio, y ello mediante el establecimiento de reglas de conexión que no exijan tener que establecer un régimen común de Seguridad Social.

Entre los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos, no es frecuente que los mismos se celebren entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, pues estos últimos suelen carecer de verdaderos sistemas de Seguridad Social, a lo que se ha de unir el escaso número de nacionales extranjeros residentes en uno y otro Estado y la poca presión política de los emigrantes.

Nuestro país representa un caso excepcional en este sentido, por la cantidad de Convenios Bilaterales suscritos con países en desarrollo. Ello se debe a que nuestro Estado ha sido tradicionalmente un país de emigración y también se ha convertido, sobre todo en los últimos tiempos, en un país de inmigración procedente principalmente de África, Sudamérica y el Este de Europa.

2. INCLUSIONES Y EXCLUSIONES DE NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Las inclusiones y exclusiones de nuestro sistema de Seguridad Social aparecen delimitadas en el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social que establece que estarán comprendidos en el Sistema de Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, los españoles que residan en España y “los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España”²⁶⁶. Por tanto, atendiendo a una interpretación literal del precepto, cualquier trabajador extranjero que realice su trabajo en España, y esté dado de alta en la Seguridad Social, tendrá el mismo derecho que los españoles para acceder a todas las prestaciones sociales contributivas, sin limitación alguna, con el único requisito de que resida legalmente en España.

²⁶⁶ Vid. CARDENAL CARRO, M.: “Extranjero “ilegal” y ámbito de cobertura de la Seguridad Social”. Aranza di Social, núm. 2. 1998

Sin embargo, este amplio nivel de cobertura no se recoge en la mayoría de los Convenios bilaterales, limitándose sólo a algunas prestaciones por lo que, ¿será aplicable la legislación interna española (artículo 7 TRLGSS) o, por el contrario, será aplicable el Convenio bilateral, con las limitaciones que se contengan en el mismo?. La duda no se plantea en el caso de trabajadores que gocen de la doble nacionalidad, ya que, a todos los efectos, son ciudadanos españoles y no se les puede excluir de ninguna prestación.

No debemos olvidar que nos encontramos ante disposiciones normativas con igual valor jerárquico y de idéntica obligatoriedad de cumplimiento, que, si bien pueden contener disposiciones meramente complementarias, también pueden ser contradictorias o de diferente alcance. En la búsqueda de la solución a esta controversia entre normas, no es posible acogerse aquí el principio de especialidad, ya que tanto la legislación de Seguridad Social interna como los Convenios bilaterales afectan a la misma materia. Tampoco podemos acudir a la temporalidad de la norma como criterio aplicable, ya que ello daría lugar a situaciones jurídicamente insostenibles. Y si nos inclinamos por la aplicación indiscriminada del principio de la norma más favorable, carecería de sentido la existencia de Convenios bilaterales, generalmente más limitativos de derechos sociales que la normativa interna española, y habría que extender siempre todas las prestaciones contributivas a los trabajadores extranjeros residentes en España, lo que no es conforme al espíritu de los Convenios bilaterales ni a la misma idea actual de la Seguridad Social internacional que, como se ha expresado anteriormente, no tiende a la uniformidad de legislaciones ni a la igualdad plena de derechos sociales de los trabajadores extranjeros²⁶⁷.

Entendemos por tanto, que el artículo 7.1 de la LGSS ha de concebirse como una norma marco que admite la posibilidad de extensión a los extranjeros –que residan o estén legalmente en España- del campo de aplicación general del Sistema de Seguridad Social español contributivo, pero sin que ello implique de forma automática el derecho de los extranjeros a ninguna de las prestaciones contributivas en concreto, sino sólo a aquellas en las que se reúnan todos los requisitos legales exigidos para cada una de ellas, requisitos que, además de la residencia o estancia legal, aparecen contenidos y detallados en las normas de nuestra legislación laboral reguladoras de las diferentes

²⁶⁷ Vid. SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L.: “Los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 57, 2003, pág. 20.

prestaciones, y entre tales requisitos, habrá que incluir las exigencias y limitaciones convencionalmente pactadas entre los Estados²⁶⁸.

3. CONVENIOS BILATERALES DE SEGURIDAD SOCIAL SUSCRITOS POR ESPAÑA.

Dejando al margen los Convenios que han sido sustituidos por los Reglamentos comunitarios dentro del Espacio europeo, España tiene suscritos Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social con: Andorra, de 9 de noviembre de 2001; Rusia, de 11 de abril de 1994; Ucrania, de 7 de octubre de 1996; Bulgaria, de 13 de mayo de 2002; Argentina, de 28 de enero de 1997; Brasil, de 1 de diciembre de 1995; Canadá, de 10 de noviembre de 1986; Chile, de 28 de enero de 1997; Ecuador, de 1 de abril de 1960; Estados Unidos de América, de 30 de septiembre de 1986; Méjico, de 25 de abril de 1994; Paraguay, de 24 de junio de 1998; Perú, de 16 de junio de 2003; Uruguay, de 1 de diciembre de 1997; Venezuela, de 12 de mayo de 1988; Marruecos, de 8 de noviembre de 1979; Túnez, de 26 de febrero de 2001; Filipinas de 20 de mayo de 1988; Australia, de 31 de enero de 2002 y la República Dominicana, de 1 de julio de 2004.

3.1. Ámbito de aplicación objetivo.

Los sistemas de cobertura de la Seguridad Social difieren considerablemente de unos Estados a otros, incluso entre los Estados miembros de la Unión Europea, hasta el punto de que no pueda hablarse en la actualidad de dos sistemas coincidentes. Si bien, podemos decir que es en materia de ámbito de aplicación objetivo donde mayores son las convergencias entre los sistemas de los diversos Estados.

Ahora bien, la cobertura de los riesgos que cubre la Seguridad Social dependerá del tiempo y del país concreto de referencia, pues es obvio que cada período histórico se

²⁶⁸ Según las SSTC 99/1985, de 30 de septiembre y 130/1995, de 11 de septiembre, los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la personal en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana; por el contrario, no es posible el acceso a otro tipo de derechos como los reconocidos en el artículo 23 C.E.; y, finalmente, que existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales, como es el caso de las prestaciones de la Seguridad Social.

caracteriza por un concreto ideal de cobertura determinado en la mayoría de los casos por razones de tipo económico, más que de orden político o histórico.

La enumeración de las prestaciones y de los regímenes aplicables a los trabajadores de los Estados que suscriben los Convenios bilaterales se clasifican en aquellas que se extienden a los trabajadores españoles en los otros Estados y las aplicables a los trabajadores extranjeros en España.

3.1.1. Prestaciones contributivas a favor de los trabajadores extranjeros en España.

Por lo que se refiere a los trabajadores extranjeros que trabajan en nuestro país no se establece, como regla general, restricciones en su ámbito de cobertura en relación con los Regímenes Especiales, si bien, en algunos casos no se incluye el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Así, en las prestaciones contributivas se extiende el ámbito de cobertura, tanto al Régimen General como a los Regímenes Especiales que integran el Sistema español en los siguientes Convenios: Uruguay, Brasil, EEUU, Argentina, Ecuador, Marruecos, Perú, Canadá, Méjico, Paraguay – aunque en este convenio no se incluyen los trabajadores autónomos-, Venezuela, Filipinas y Australia. También habrá que considerar extensivas las prestaciones a ambos Regímenes en los Convenios con Ucrania, Rusia, Túnez, Chile y Andorra, en cuanto que en ellos se hace mención global “a la legislación del Sistema de Seguridad Social”, expresión amplia que permite abarcar todos los Regímenes. En el Convenio con la República Dominicana que excluyen expresamente los regímenes de funcionarios públicos civiles y militares.

La cobertura plena sólo figura reconocida a los trabajadores extracomunitarios en España en los siguientes Convenios: Perú, Marruecos y Chile, excluyéndose la cobertura de algunas prestaciones a los trabajadores en España en los Convenios con Ucrania, Rusia, República Dominicana, EEUU, Argentina, Ecuador, Canadá, Méjico, Túnez, Uruguay, Venezuela, Andorra, Filipinas, Australia y Paraguay.

3.1.2 Prestaciones contributivas a favor de los trabajadores españoles en terceros países.

Por lo que se refiere a la cobertura de los trabajadores españoles en terceros países con los que exista Convenio, exceptuando el Convenio con Brasil, que sólo reconoce prestaciones del Régimen General a los trabajadores españoles, los demás Convenios bilaterales incluyen la cobertura a favor de los trabajadores españoles en todos los Regímenes, General y Especiales. Esta extensión de la cobertura de las prestaciones se deduce más de una interpretación extensiva de los textos de los Convenios que de una referencia expresa que sólo en algunos casos se contempla: así ocurre en los Convenios con Ucrania y Rusia, EEUU, Argentina, Marruecos, Perú, México, Paraguay, Túnez, Uruguay, Venezuela, Ecuador, Andorra, Filipinas y Australia.

Sólo incluyen una protección completa a favor de los trabajadores españoles los siguientes Convenios: Marruecos, Paraguay, Túnez, Uruguay y Chile. Los demás Convenios excluyen de su ámbito de cobertura algunas prestaciones, generalmente familiares, de asistencia sanitaria, incapacidad temporal y alguna prestación de supervivencia. Hay Convenios que incluyen a favor de los trabajadores españoles algunas prestaciones que no tienen una equivalencia exacta en nuestro Sistema contributivo de Seguridad Social: República Dominicana (servicios de estancias infantiles), Brasil (tiempo de servicio y salario familiar), Ucrania y Rusia (cuidado del niño y prestaciones sociales), México y República Dominicana (cesantía en edad avanzada), y Australia (prestación en relación con el compañero).

Además de la enumeración de las distintas prestaciones objeto de cobertura, el campo de aplicación objetivo suele ser completado con una serie de previsiones destinadas a evitar continuas modificaciones convencionales por la ampliación de los Sistemas de Seguridad Social a nuevas ramas, regímenes o grupos de beneficiarios, así, se prevé:

- a) Ampliar su aplicación a la legislación que en el futuro complemente o modifique las prestaciones enumeradas (República Dominicana, Uruguay, Brasil, México, Perú, Marruecos, Argentina, EEUU, Rusia, Ucrania, Paraguay, Túnez, Venezuela, Andorra, Canadá y Chile).
- b) Extenderlos a las disposiciones legales que establezcan un nuevo Régimen Especial de Seguridad Social o que incluyan dentro de los Regímenes vigentes de una parte a nuevas categorías de personas, cuando las Partes contratantes así lo

acuerden (República Dominicana, Marruecos, Méjico, Brasil, Ucrania, Venezuela, Andorra y Filipinas).

c) Prever la posibilidad de extenderlos a otras Ramas o prestaciones de la Seguridad Social mediante acuerdos establecidos entre las Autoridades competentes de las Partes contratantes (Méjico, Marruecos, Paraguay o Túnez)

d) Extenderlos a las Leyes o Reglamentos que amplíen los Regímenes existentes a otras categorías de beneficiarios únicamente si la Autoridad competente de la otra Parte no comunica objeción alguna a la Autoridad competente de la otra Parte, dentro de una plazo a partir de la notificación de tales Leyes o Reglamentos (República Dominicana, Canadá, Perú, Marruecos, Argentina, Ucrania, Túnez, Venezuela, Andorra, Chile, Filipinas) o simplemente cuando la Autoridad competente de la otra Parte no se oponga (Brasil), o cuando las partes lo acuerden (Uruguay)

e) Prohibir su aplicación a las Leyes o Reglamentos que extiendan los Regímenes existentes a otras categorías de beneficiarios a no ser que así se convenga expresamente por las autoridades competentes (Paraguay, Australia). El Convenios con Ecuador es el único de los suscritos por España que no contiene ninguna disposición que prevea expresamente su ampliación futura a otras ramas, regímenes o beneficiarios.

3.1.3. Las prestaciones no contributivas en los Convenios bilaterales.

Los únicos Convenios bilaterales suscritos por España que contemplan expresamente la extensión de su ámbito de cobertura a las prestaciones no contributivas son los Convenios con Brasil, Chile, Uruguay, Rusia, Ucrania, Australia, Canadá y Andorra. Son características comunes de las prestaciones no contributivas reguladas en dichos Convenios el hecho de que se reconocen por cada una de las Partes a los nacionales de la otra de acuerdo con su propia legislación, y que los períodos de residencia acreditados en la otra parte no se computan o totalizan como sucede con las prestaciones contributivas.

3.2. Ámbito subjetivo

3.2.1. Definición de trabajador, familiar o beneficiario dependiente

La cualidad de beneficiario de una prestación contributiva depende de la noción de trabajador, ya que son los trabajadores los que con períodos de empleo, seguro y residencia, causan derecho a cada una de las prestaciones y, a través de ellos, sus familiares.

Sin embargo, no existe en la actualidad una concepto de trabajador internacionalmente admitido y sólo algunos Convenios bilaterales incluyen, entre sus definiciones, una descripción de lo que se entiende por trabajador a efectos de su ámbito de aplicación, considerándose en todos los Convenios que lo definen como “toda persona que como consecuencia de realizar o haber realizado una actividad laboral por cuenta propia o ajena está o ha estado sujeta a la legislación de las Partes contratantes” (Convenios con Rusia, Ucrania, Chile, Filipinas, Túnez, Venezuela, Brasil, México, Andorra, Uruguay y Marruecos), definición que, al menos en estos Convenios es extensible tanto para quien está en activo como al desempleado y al jubilado, si bien, hay que observar que, en el Convenio de Marruecos, el concepto amplio de trabajador sólo se aplica a los marroquíes que trabajan en España, ya que en el Reino de Marruecos se consideran trabajadores únicamente a los españoles que ejercen actividades por cuenta ajena o asimilados²⁶⁹. No contienen definición de trabajador, y sólo en algunos casos de “nacional” los Convenios con EEUU, Argentina, Australia, Paraguay, Perú, Ecuador y Canadá.

Mayores problemas plantea la definición de familiar o beneficiario dependiente con derecho a prestación. Las posturas de los Convenios bilaterales son diversas:

- a) En el Convenios con Australia no se define globalmente el concepto de familiares beneficiarios, pero aclaran lo que entienden por algún grupo en concreto, como el cónyuge, el compañero, el viudo o viuda (artículo 1.1).
- b) Los demás Convenios, casi en su mayoría remiten a la legislación aplicable de cada parte contratante para definir a los beneficiarios y a sus familiares, es el caso de

²⁶⁹ El artículo 1.6º del Convenio con Marruecos recoge la siguiente definición de "Trabajador": Respecto al Estado español, toda persona que como consecuencia de realizar o haber realizado una actividad por cuenta propia o ajena está sujeta a la legislación señalada en el párrafo 1 del artículo 2; respecto al Reino de Marruecos, los trabajadores por cuenta ajena o asimilados.

los Convenios celebrados con la República Dominicana, Chile, Filipinas, Túnez, Paraguay, Venezuela, Ucrania, Perú, Brasil, Rusia, Ecuador, EEUU, Canadá, Uruguay, Marruecos y Andorra.

c) Sólo dos Convenios no hacen alusión alguna a la cualidad de familiares beneficiarios que son los Convenios con Argentina y Uruguay.

3.2.2. Ámbito de aplicación personal de los Convenios bilaterales.

El ámbito de aplicación personal varía de unos Convenios a otros, recurriendo a diversas fórmulas en su delimitación:

a) La mayoría de los Convenios extienden su ámbito subjetivo a los trabajadores nacionales de las partes contratantes, con especificación o no, según el Convenio, de que estén o hayan estado sometidos a la legislación de una o ambas, así como a sus familiares beneficiarios (República Dominicana, Chile, Uruguay, Venezuela, Marruecos, Perú, Brasil, Rusia, Andorra, EEUU, Canadá, Méjico, Túnez, Filipinas y Ucrania, no contienen tal especificación).

b) Los Convenios de la República Dominicana, Ucrania y Venezuela extienden el ámbito de aplicación incluso a familiares beneficiarios de un trabajador que no ostenten la nacionalidad de ninguno de los Estados contratantes, pero siempre que los familiares sean nacionales de una de las partes y el trabajador haya estado sometido a alguna o ambas legislaciones.

c) En los Convenios de Argentina, Paraguay, Ecuador no se hace alusión expresa al ámbito de aplicación personal, aunque dicho ámbito se puede extraer de los preceptos relativos a la igualdad de trato

d) El Convenio con Australia, en su artículo tercero, es el único que diferencia la aplicación personal a quien haya sido residente en ese país o esté o haya estado sujeto a la legislación de España

También hemos de destacar que algunos Convenios, como los de la República Dominicana, Venezuela, Túnez, Filipinas y Ucrania, extienden su ámbito subjetivo de forma expresa a los apátridas y a los refugiados, siempre que residan habitualmente en el territorio de una de las partes.

3.3. Disposiciones sobre la legislación aplicable

3.3.1. Trabajadores por cuenta ajena

La mayoría de los Convenios bilaterales contienen una regla según la cual el trabajador empleado en el territorio de una Parte estará sometido a la legislación del Estado en el que ejerza la actividad laboral (Convenios con la Andorra, Rusia, Canadá, Ucrania, EEUU, Uruguay, Marruecos, Brasil, Chile, Filipinas, Méjico, República Dominicana, Túnez, Perú, Venezuela y Paraguay).

En los Convenios de Argentina y Ecuador, esta regla general no aparece expresamente formulada y hay que deducirla de su texto.

Un supuesto excepcional es el Convenio con Australia en el que no se contiene regla alguna, expresa o tácita, sobre la legislación aplicable, ya que sólo se recoge que “cuando un trabajador por cuenta ajena o propia sujeto a la legislación española de Seguridad Social sea enviado por su empresa o se traslade a Australia para desarrollar un trabajo temporal, continuará sujeto a dicha legislación, siempre que el período de trabajo propuesto no exceda de cinco años” (artículo 6).

A la regla general de los trabajadores por cuenta ajena se contraponen excepciones que, total o parcialmente, figuran en todos los Convenios:

a) Los Convenios de Andorra, Rusia, Ucrania, Argentina, EEUU, Uruguay, Marruecos, Brasil, República Dominicana, Chile, Filipinas, Méjico, Túnez, Ecuador, Perú, Venezuela y Paraguay prevén que los trabajadores sujetos a la legislación de una Parte enviados a trabajar por un determinado período al territorio de la otra continuarán sometidos a la legislación de la primera por el tiempo establecido de común acuerdo entre las Autoridades competentes de ambos Estados.

b) Por lo que respecta al los miembros de las misiones diplomáticas y consulares se regirán por el Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas de fecha 18 de abril de 1961, o por el Convenio de Viena de Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 (Convenios con Rusia, Andorra, Ucrania, EEUU, Uruguay, Marruecos, Brasil, Chile, Filipinas, República Dominicana, Méjico, Túnez, Ecuador, Perú, Venezuela y

Paraguay). En algunos casos se establece que su personal administrativo particular, técnico o incluso funcionario puede optar por la legislación de uno u otro país por el que opten (Andorra, Uruguay, Marruecos, Brasil, Chile, Filipinas, Túnez, Ecuador, Venezuela y Paraguay), o sin exigencia de nacionalidad (Argentina y Perú).

c) En cuanto al personal itinerante perteneciente a empresas de transporte terrestre y/o aéreo, que desempeñe su actividad en el territorio de ambas Partes, los Convenios con Andorra, Rusia, Ucrania, Argentina y EEUU, Uruguay, Marruecos, Brasil, Chile, México, Túnez, Ecuador, Perú, Venezuela y Paraguay, establecen que estará sujeto a la legislación del país donde la empresa tenga su sede principal.

d) Los demás funcionarios públicos están sujetos a la legislación de la Parte a la que pertenezca su Administración (Convenios con Andorra, Argentina, EEUU, Uruguay, Marruecos, Chile, Túnez y Venezuela), o las mismas reglas que el personal diplomático y consular (Filipinas y Paraguay). Las personas enviadas por una de las Partes en misiones oficiales de cooperación al territorio de la otra Parte quedarán sometidas a la Seguridad Social del país que la envía (Convenios con Uruguay, Chile, México y Túnez).

e) La tripulación de buques estará sujeta a la legislación de la Parte bajo cuyo pabellón navegue (incluyéndose en algunos que los trabajadores que ejerzan una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole el pabellón de un Estado y que sean remunerados por esta actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en el territorio del otro Estado, estarán sometidos a la legislación de este último si residen en su territorio (Convenios con Marruecos, Brasil, Chile, México y Túnez).

f) Los trabajadores de una Parte que presten sus servicios en el territorio de la otra en una empresa mixta, estarán sometidos a la legislación del país en cuyo territorio esté radicada la empresa, salvo que opten por su legislación nacional (Rusia y Ucrania), o en otros caso, estarán sometidos a la legislación de país donde residen (Uruguay, Chile y Túnez).

g) Los trabajadores asalariados o asimilados que participen con su trabajo en actividades artísticas resultantes de la cooperación entre personas o empresas de uno u otro país quedan sujetos a la legislación del Estado en el que se realice el mayor número de actividades (Argentina).

3.3.2. Trabajadores por cuenta propia

Por lo que se refiere a los trabajadores por cuenta propia, la mayoría de los Convenios no contienen previsiones especiales al respecto. Sólo podemos destacar los Convenios con Ucrania, Andorra, Brasil, República Dominicana y México en los que se establece el mantenimiento de la legislación de origen cuando el trabajador por cuenta propia realice un determinado trabajo en la otra parte, por un período que no exceda de un año (Andorra), dos años (Ucrania, Brasil y México) y tres años (República Dominicana). También contienen previsiones especiales respecto a este colectivo, los Convenios con EEUU, Brasil, Filipinas y Canadá en los que ante la situación de que el trabajador pudiera estar asegurado por la legislación de ambos Estados contratantes, sólo estará sometido a la legislación del Estado en cuyo territorio reside.

3.4. Disposiciones relativas a las prestaciones

La mayoría de las reglas previstas en los Convenios referidas a las distintas prestaciones se limitan a establecer los principios de totalización de períodos de seguro y de no acumulación de prestaciones, a remitirse a la legislación de cada uno de los Estados para determinar el derecho a las prestaciones, y a coordinar normas sobre la determinación de la base reguladora o sobre aspectos muy concretos de la cobertura de alguna prestación.

3.4.1. Principio de no acumulación de prestaciones

Es posible hallar manifestaciones de este principio en los Convenios con Paraguay y Túnez en los que se establece que se reconocerán únicamente las prestaciones debidas en virtud de la legislación del lugar de trabajo del cabeza de familia, también el Convenio con Brasil recoge el reconocimiento de las prestaciones de la Parte bajo cuya legislación se halle sometido el trabajador o de la cual perciba la pensión. Por su lado, los Convenios con Rusia, Ucrania, Uruguay y Chile, establecen que en el

caso de que se tenga derecho a la percepción simultánea de las prestaciones familiares para el mismo miembro de la familia según la legislación de ambas Partes, las prestaciones serán abonadas por la Parte en cuyo territorio residan los hijos o familiar de que se trate. En los Convenios con Uruguay, Túnez, Filipinas, Brasil y Andorra se recoge que, si fallece un pensionista de las dos Partes que causara derecho al subsidio en ambas, éste será reconocido por la Institución responsable de la Parte en cuyo territorio residiera el pensionista en el momento del fallecimiento. Si fallece en un tercer país, algunos Convenios, como el de Andorra, reconocen el derecho, por la legislación del último Estado contratante de residencia. Por su parte, el Convenio con Ucrania, respecto a las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad, embarazo, parto, nacimiento y cuidado del niño, establece que se abonarán sólo por la Parte en la que esté asegurado el trabajador en el momento del hecho causante y, por último el Convenio con Brasil prevé que los familiares de un trabajador que residan en el territorio de la otra Parte no tendrán derecho a las prestaciones por asistencia sanitaria del lugar de residencia del trabajador si ya disfrutaran de tales prestaciones en el país en el que residen dichos familiares²⁷⁰.

3.4.2. Principio de totalización de períodos de seguro

Con la totalización de los períodos de seguro se pretende la suma de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como el cálculo de éstas y su pago a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros o contratantes²⁷¹.

Para proceder a la totalización se ha generalizado una fórmula que suele estar recogida en los propios Convenios y que distingue entre si se cumplen todos los requisitos exigidos por la legislación de una o de ambas Partes para causar derecho a las prestaciones, en cuyo caso la institución competente de cada Parte determinará el derecho y calculará la prestación teniendo en cuenta únicamente los períodos de

²⁷⁰ Vid. SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L.: “Los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España...”. Op. Cit. pág. 41.

²⁷¹ El criterio de la residencia, más que el de la nacionalidad, determinará la ciudadanía europea. Vid. BUZELAY, A.: “Libre circulation des travailleurs en Europe et protection sociale”, *Revue du marché commun et de l’Union européenne*, núm. 47, 2003, pág. 253.

seguro o de trabajo acreditados bajo la legislación de esa Parte; o si no se cumplen tales requisitos donde la Institución competente de cada Parte determinará los derechos a las prestaciones totalizando con los propios, los períodos de seguro o de trabajo cumplidos bajo la legislación de la otra Parte contratante.

En definitiva, y dejando a salvo los supuestos especiales, la totalización de períodos se lleva a cabo sólo cuando el trabajador que ha prestado servicios en dos países no puede causar derecho a pensión en cada uno de ellos con las cotizaciones exclusivas aportadas en uno y otro Estado. En este caso, sólo tendrá derecho a una pensión que será la suma de los importes parciales que, con arreglo al cálculo de la totalización y “prorrata temporis” corresponda abonar a cada Entidad Gestora.

3.4.3. El derecho a cada una de las prestaciones.

Los Convenios bilaterales establecen la regla general de que el derecho a las prestaciones se determina de acuerdo con la legislación de la Parte a la que el trabajador se hallase sujeto en la fecha de producirse el hecho causante, consignándose una serie de reglas específicas como:

- a) el cómputo de los períodos de seguro acreditados en la otra parte, cuando no se superpongan;
- b) el pago de la parte de la prestación correspondiente al período de seguro cumplido en cada una de las partes
- c) el derecho a los complementos por mínimos, siendo también usual admitir en los textos el derecho al incremento y revalorización de las pensiones causadas en uno u otro Estado con la misma periodicidad y en idéntica cuantía que las prestaciones reconocidas al amparo de la legislación interna;
- d) el reconocimiento de los períodos de seguro acumulados bajo la legislación de la otra parte, cuando hayan sido cumplidos en la misma profesión o empleo, o en un Régimen correspondiente o de igual naturaleza; el reconocimiento de la prestación cuando se acrediten los períodos de cotización exigidos en un tiempo determinado inmediatamente anterior al hecho causante de la prestación en cualquiera de las dos Partes;
- e) la admisión de los informes médicos emitidos por la otra parte, a la hora de valorar, calificar y determinar el estado y grado de invalidez de los interesados;

f) la aplicación de la legislación de la Parte en la que el trabajador se halle sujeto en la fecha del accidente de trabajo o enfermedad profesional, o de la recaída o agravaciones del accidente.

Por último, destacar que en los Convenios con Rusia, Ucrania, Uruguay, EEUU, Marruecos, Venezuela, Túnez, Filipinas, Chile, Brasil, Canadá y Andorra se deniegan las prestaciones y, en su caso, la totalización, cuando la duración total de los períodos de seguro o de trabajo cumplidos bajo una legislación no llegue a un año.

3.5. Disposiciones transitorias y finales.

Las Disposiciones Transitorias son utilizadas en la mayoría de los Convenios bilaterales como un cajón de sastre en el que se recogen de manera desordenada una serie de normas de muy diversa índole que en la apenas tienen carácter de transitorias sino de complementarias a otras. Así ocurre con las previsiones contenidas para la determinación del derecho a prestación respecto a la toma en consideración de los períodos de seguro y de trabajo que se hayan cumplido bajo la legislación de la otra antes de la entrada en vigor del Convenio; también es el caso del reconocimiento de la posibilidad de revisión de las prestaciones reconocidas antes de la entrada en vigor del Convenio, a instancia del interesado; también algunos Convenios reconocen el derecho a la percepción de prestaciones por hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, aunque no se origina ningún pago por los períodos de tiempo anteriores a esa fecha, salvo que el reconocimiento de tales prestaciones derive del propio Convenio (Ecuador).

Por último, los Convenios recogen una serie de disposiciones finales relativas a la fecha de entrada en vigor y a la duración del Convenio: respecto a la fecha de entrada en vigor puede ser, bien en los treinta días siguientes a la fecha del intercambio de los Instrumentos de ratificación (Convenios con Rusia, Ucrania, Chile y Australia), o bien el día primero del segundo mes siguiente al de la fecha de canje de los Instrumentos de ratificación (República Dominicana, Argentina, EEUU, Uruguay, Marruecos, Brasil, Filipinas, Méjico, Canadá, Andorra, Túnez, Ecuador, Venezuela y Paraguay), o en la fecha en que se produzca el canje de instrumentos de ratificación.

Por lo que se refiere a la duración del Convenio, se suelen suscribir por tiempo indefinido, con la posibilidad de denunciarlos notificándolo a la otra Parte por vía diplomática con un tiempo determinado de antelación (Convenios con Rusia, Ucrania, EEUU, Uruguay, Chile, Filipinas, Perú, Australia, Canadá, Andorra, Túnez, Ecuador, Paraguay); algunos tienen un plazo de duración determinado, con prórrogas tácitas (Convenios con Argentina, Marruecos, Brasil, México y Venezuela). La denuncia del Convenio no afecta a los derechos adquiridos al amparo de lo dispuesto en los mismos. Para las situaciones determinadas por derechos en vía de adquisición en el momento de extinción del Convenio, suele preverse que sean reguladas de común acuerdo entre los Estados contratantes (Convenios con Argentina, EEUU, Uruguay, Marruecos, Brasil, Chile, Filipinas, México, Perú, Canadá, Andorra, Túnez, Ecuador, Venezuela y Paraguay).

4. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN LOS CONVENIOS BILATERALES.

Los trabajadores españoles que prestan sus servicios en países miembros del Espacio Económico Europeo y en los no comunitarios con los que exista Convenio de protección por desempleo, obtendrán en España estas prestaciones en la forma prevista en las normas comunitarias o en los Convenios correspondientes (D.A. 33^a LGSS en su redacción dada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre). Además, el derecho al subsidio asistencial por desempleo se concede también a los españoles retornados de países no comunitarios con los que no exista convenio de protección por desempleo, si acreditan un mínimo de doce meses de trabajo en dichos países durante los últimos seis años desde su última salida de España y no tienen derecho a la prestación por desempleo.

La prestación por desempleo aparece recogida sólo en tres de los veinte Convenios bilaterales suscritos a día de hoy entre España y terceros países; concretamente en los Convenios con Australia (artículo 18), Bulgaria (artículo 22) y Chile (artículo 32) y en todos ellos de forma muy escueta; lo cual contrasta con su regulación teórica en los instrumentos internacionales, la cual es abundante desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23).

Por lo que se refiere al ámbito comunitario, las prestaciones por desempleo están incorporadas al campo de aplicación material del Reglamento 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de su familia. Este Reglamento será sustituido, cuando se apruebe el Reglamento de aplicación, por el Reglamento 883/2004, de 29 de abril, de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. A este respecto, la proyectada reforma sustituye el término “trabajador” por el de “persona” en el considerando primero que establece: *“las normas sobre coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, forman parte del marco de la libre circulación de **personas** y deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de éstas”* (Artículo 1 del Reglamento 883/2004)²⁷².

Las reglas, en materia de desempleo, previstas en los artículos 67 a 71 del Reglamento 1408/1971, no sólo se caracterizan por su singularidad en materia de totalización, de exportabilidad o en la determinación del Estado competente, sino que, en algún caso, exceden de la mera coordinación para imponerse a las legislaciones nacionales.

La exportación de las prestaciones es uno de los principios de la Seguridad Social comunitaria que aparece formulado en diferentes artículos del Reglamento 1408/1971. Concretamente, en materia de desempleo, su regulación se encuentra en los artículos 69 y 70.

En virtud de este principio se permite causar la prestación en un Estado, ya sea el competente o el de residencia, y conservarla en su desplazamiento. En este sentido existen dos fórmulas, una, la de los trabajadores que causan prestación en un Estado y disfrutan de la misma conforme a las reglas nacionales, exportando finalmente la prestación a otro Estado; y otra, la de los trabajadores que residen y trabajan en Estados diferentes causando la prestación en uno de ellos y pudiendo exportarla a un Estado y otro de la Unión.

²⁷² Acerca de las posturas enfrentadas entre el legislador comunitario más a favor de la protección del trabajador y del TJCE basada en la protección a los ciudadanos. Vid. MAESTRO BUELGA, G.: “Constitución económica y Derechos sociales en la Unión Europea”. Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 7. 2000. págs. 144-146. Asimismo, sobre la necesidad de que el legislador comunitario adopte una visión más integradora de la Seguridad Social que proteja no sólo al trabajador sino al ciudadano en la medida en que el concepto de unidad de mercado se ha visto ampliado por el concepto de ciudadanía, véase CORNELISSEN, D.R.: “Un debate europeo sobre el futuro de la protección social”. Noticias de la Unión Europea, núm. 158. 1998. pág. 98.

La percepción de la prestación por desempleo exportada se condiciona al cumplimiento de los límites establecidos en el Reglamento, es decir, que antes de trasladarse a otro Estado miembro, el trabajador beneficiario de una prestación por desempleo debe inscribirse como solicitante de empleo y estar a disposición de los servicios de empleo del Estado competente durante cuatro semanas, y deberá inscribirse como solicitante de empleo en cada uno de los Estados miembros a los que se traslade.

Además de la exportabilidad, el Reglamento 1408/1971 establece el principio de no acumulación de prestaciones, aunque sí de cotizaciones y la determinación como Estado responsable de las prestaciones del último Estado en el que se haya cotizado, a excepción del caso de los emigrantes retornados, por cuanto han residido anteriormente en el país al que solicitan la prestación.

5. REFLEXIÓN FINAL

Sería deseable que la Seguridad Social convencional se encaminara hacia su unificación, a través de una auténtica armonización de legislaciones que sustituya la tradicional coordinación normativa, insuficiente para la consecución del objetivo pretendido. En este sentido, sería deseable la elaboración de un Texto Único de Seguridad Social de obligado cumplimiento para todos los Estados, al menos en aquellos aspectos básicos, tanto sustantivos como procesales-administrativos, con el lógico respeto a las especialidades históricas o insustituíbles de cada legislación.

Este texto, evitaría la divergencia de criterios que existen respecto al número, estructura y contenido de los Convenios bilaterales sobre Seguridad Social suscritos por cada uno de los Estados de la Unión con terceros países. Sin ir más lejos, los Convenios bilaterales sobre Seguridad Social suscritos por España muestran, como hemos podido comprobar, criterios dispares en cuanto a su estructura y contenido, los cuales no estaría de más unificar, labor que sí es factible realizar sin necesidad de esperar a que se produzca la deseable, pero todavía lejana, armonización legislativa, ya que nada impide a nuestro país unificar por vía convencional su legislación de Seguridad Social con la de terceros países no comunitarios.

Es obvio que esta labor conlleva una dificultad técnico-jurídica de envergadura, pero todo esfuerzo encaminado a dicho objetivo estará justificado si se consigue que la

actual dispersión y confusión convencional existente en una materia tan importante para los trabajadores como es la Seguridad Social propia y de sus familiares, sea sustituida por una norma referencial única que les garantice las mismas prestaciones y los mismos derechos sociales en cualquiera de los países a los que se vean obligados a trasladarse para prestar sus servicios.

LAS PRESTACIONES POR VEJEZ Y SUPERVIVENCIA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

Dolores Carrascosa Bermejo
Redactora Social en Ediciones Francis Lefebvre
Profesora Doctora ICADE. Madrid

1.- INTRODUCCIÓN.

2.- AMBITO SUBJETIVO DEL CAPÍTULO III DEL TÍTULO III DEL RGTO CEE/1408/71/CEE.

2.1.- Requisito de nacionalidad

2.2.- Reconocimiento de una pensión de viudedad a favor del cónyuge superviviente de un matrimonio homosexual

3.- RECONOCIMIENTO DE PENSIONES DE JUBILACIÓN.

3.1.- Las pensiones de jubilación anticipada: los mutualistas .

4. INTRODUCCIÓN AL SISTEMA DE CÁLCULO DE PENSIONES.

5.- PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA TEÓRICA ESPAÑOLA. 5.1.- Determinación de la base reguladora: bases de cotización computables. 5.2.- Determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora: límite a la totalización de cotizaciones foráneas.

6.- PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA DETERMINACIÓN DE LA PRORRATA TEMPORIS.

7.- CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La normativa comunitaria de coordinación se caracteriza por su neutralidad respecto del contenido material de las normas nacionales de Seguridad Social de los Estados miembros, a las que únicamente interacciona a través de normas de conflicto que determinan la ley aplicable en cada supuesto, pues todos los derechos y obligaciones que se generan como consecuencia de la coordinación comunitaria son siempre nacionales, esto es, se inscriben en el marco de uno de los sistemas nacionales de Seguridad Social objeto de coordinación.

El **objeto de esta ponencia** es realizar una aproximación a la normativa comunitaria destinada a coordinar las legislaciones nacionales de seguridad Social destinadas a proteger las denominadas contingencias de vejez y muerte, a las que se consagra el Capítulo III del Título III del vigente Rgto CEE/1408/71, normativa que es desarrollada a través del Rgto CEE/574/72.²⁷³ En concreto se pretende analizar algunos problemas que pueden suscitarse para el reconocimiento y cálculo de pensiones de

²⁷³ Ambos Reglamentos se recogen por separado dentro del Rgto CE/118/97 de 2-12-1996 cuya versión consolidada ha sido modificada parcialmente, por los Reglamentos que se mencionan a continuación, sin que se haya procedido todavía a una refundición de todos ellos en un único texto normativo: Rgto CE/1290/97 de 27-6-1997; Rgto CE/1223/98 de 4-6-1998; Rgto CE/1606/98 de 29-6-1998; Rgto CE/307/1999 de 8-2-1999; Rgto CE/1399/1999 de 29-4-1999, el Rgto CE/1386/2001 de 5-6-2001; Rgto CE/631/2004 de 31-3-2004; Rgto CE/647/2005 de 13-4-2005; Rgto CE/629/2006 y Rgto CE/1992/2006. Además, debe mencionarse que el Rgto CEE/574/72 de 21-3-1972 también fue objeto de modificación en sus Anexos a través del Rgto CE/207/2006 de 7-2-2006 y el ya mencionado Rgto CE/629/2006.

jubilación y viudedad. El tratamiento de ambas contingencias en la normativa citada, y también en este trabajo, es conjunto. En principio, se hará referencia a la jubilación aunque la gran mayoría de las consecuencias jurídicas que se extraigan sean plenamente extrapolables a la pensión de viudedad. Respecto de esta última contingencia, no obstante, se analizará de forma específica el acceso a este tipo de pensiones en otro Estado miembro, por parte del cónyuge superviviente cuando el causante, trabajador migrante, tenía su mismo sexo, en definitiva, la virtualidad en el ámbito de la coordinación de los matrimonios entre homosexuales.

Debe señalarse que, junto a la normativa actualmente vigente y aplicable se encuentra una nueva norma de coordinación simplificada: el **Rgto CE/883/2004**; el cual aunque entró en vigor en el 2004, **no** será de **aplicación** hasta que se negocien algunos de sus anexos más conflictivos y se apruebe un Reglamento de desarrollo, tal y como dispone su propio artículo 91. Proceso que se presume que se prolongará durante 2007, pues la Comisión no presentó su propuesta del que será el “nuevo Rgto CEE/574/72” hasta el año pasado (31-1-06, COM 2006 16 final.2006/0006 (COD)).

La normativa vigente de coordinación ha sido interpretada en múltiples ocasiones, por la jurisprudencia del **TJCE** que ha dictado en torno a 400 sentencias, mayoritariamente respecto al capítulo III del Título III del Rgto CEE/1408/71 a cuyo análisis se dedica este trabajo. Actividad interpretativa en la que también participa la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, en lo sucesivo **CASSTM** que ha dictado, más de doscientas Decisiones²⁷⁴ que interpretan y facilitan la aplicación práctica de las normas de coordinación, también mediante la aprobación de los modelos de formularios comunes para su aplicación. Decisiones que aunque no son obligatorias jurídicamente, al aprobarse por unanimidad de los representantes de los Gobiernos de los ahora 27 Estados miembros, poseen una gran importancia a la hora de considerar el correcto sentido de la norma de coordinación (TJCE 14-5-81, asunto Romano 98/80 y TJCE8-7-92, asunto Knoch C-102/91), al igual que la propia CASSTM a la que pueden acudir los Estados miembros en caso de conflicto para que dirima sobre controversias (Rgto CEE/1408/71 art. 84 bis.3) y que posee también servicios de traducción Rgto CEE/1408/71 art. 81.b).

Con carácter general debe señalarse, asimismo, que los Reglamentos, como fuente comunitaria, son de **aplicación automática** y poseen **efecto directo**, esto es,

²⁷⁴ Decisión CASSTM nº 205 (2006/351/CE) DOUE L 130

deben acatarse sin necesidad de incorporación previa al ordenamiento nacional sobre el que prevalecen. La inobservancia del Reglamento, por parte de un Estado a través de sus organismos administrativos u órganos jurisdiccionales competentes en materia de Seguridad Social, puede generar la responsabilidad de la Administración nacional infractora (TJCE 28-6-01, asunto Lasy C-118/00). Debiendo hacerse constar que los Reglamentos de coordinación no sólo se aplican por las instituciones de Seguridad Social y los órganos jurisdiccionales de los 27 Estados miembros de la UE, sino también en los e algunos países de la AELC (Noruega, Islandia y Liechtenstein), en virtud del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo suscrito con la CE y sus Estados miembros (BOE 25-1-94) y desde el 1-6-2002 también con Suiza en virtud de acuerdo suscrito con la CE el 21-6-99. A este mismo ámbito geográfico de 31 Estados queda circunscrito el derecho a exportar prestaciones reconocido en la normativa comunitaria de coordinación.

El **Título III del Rgto CEE/1408/71** se divide en ocho capítulos donde se van abordando la coordinación de las contingencias previamente listadas de forma exhaustiva en su artículo 4. Solamente estas contingencias, tanto en su modalidad contributiva como no contributiva, son las que están coordinadas, quedando fuera otras como la prejubilación que, sin embargo, si se ha incluido en el nuevo Rgto CE/883/2004. Además, las disposiciones de cada capítulo se dirigen únicamente a las contingencias que coordina, salvo que se haga una remisión expresa desde otro capítulo a sus disposiciones. Como sucede precisamente en el capítulo II destinado a las prestaciones de invalidez cuya coordinación se remite, en algunos supuestos, al capítulo III del Título III del Rgto CEE/1408/71 destinado en principio exclusivamente a las prestaciones de vejez y muerte.

En lo que respecta al alcance de la **contingencia de vejez** a la que alude el mencionado capítulo III, en el marco de la Seguridad Social española hay que señalar que se refiere al reconocimiento y cálculo de las pensiones españolas de Seguridad Social de jubilación contributiva y no contributiva. Estas últimas están consideradas Prestaciones Especiales No Contributivas (PENC) y no son exportables (Rgto CEE/1408/71 art.10 bis; Anexo II bis.G-modif Rgto CE/647/2005). Quedan fuera de dicho capítulo la protección que brinde la previsión social complementaria: tanto los planes de pensiones contratados de forma individual, o tercer pilar del sistema de protección social; como los compromisos por pensiones que pudieran haber asumido los

empresarios, o segundo pilar,²⁷⁵ que son objeto de una normativa de coordinación mucho menos ambiciosa recogida en el Dir 98/49/CE.

En cuanto a la **contingencia de muerte** está referida básicamente a las pensiones de viudedad, pues las de orfandad son reguladas de forma específica en el Capítulo VIII y los subsidios por defunción, como suma abonada de una sola vez en caso de fallecimiento, tiene sus normas específicas en el Rgto CEE/1408/71 Tit.III Cap V (auxilio por defunción o la indemnización por muerte por contingencias profesionales, aunque debe hacerse constar que además el Accidente de trabajo y la Enfermedad Profesional tienen su propio capítulo regulador).

Como se ha señalado, la coordinación de las prestaciones mencionadas en el marco del **capítulo III** se hace de forma conjunta e indistinta, esto es, con independencia de la contingencia. No obstante, en este trabajo se hará principalmente referencia al cálculo de la pensión de jubilación contributiva que es la que más problemas ha planteado como pone de manifiesto tanto la jurisprudencia comunitaria, como nacional sobre el Rgto CEE/1408/71.

Debe señalarse asimismo que el tenor del capítulo III no ha cambiado de forma significativa en el marco de la nueva norma de coordinación simplificada todavía inaplicable (**Rgto CE/883/2004**). En efecto, en su seno tan sólo se ha simplificado la redacción de las normas existentes siguiendo las pautas trabajosamente consensuadas en el Rgto CE/1248/1992. Las divergencias únicamente parece que pueden venir de las disposiciones que específicamente para España se establezcan en su Anexo XI del Rgto CE/883/2004, correspondiente al vigente y polémico Anexo VI, actualmente todavía en fase de negociación. En materia de pensiones tan sólo cabe apuntar algún cambio que puede afectar a las **pensiones de invalidez españolas** imponiendo siempre que su coordinación se haga en el marco del capítulo III. El nuevo Reglamento mantiene la diferencia entre legislaciones tipo A, como las pensiones de invalidez españolas cuya cuantía es independiente de la carencia que se acredita;²⁷⁶ y las de tipo B, como las pensiones de jubilación contributiva españolas, cuya cuantía es proporcional a la carencia. Sin embargo, a diferencia de su antecesor, el nuevo Reglamento CE/883/2004

²⁷⁵ Por sus especiales características si se incluyeron los sistemas complementarios de vejez franceses AGIRC Y ARRCO que son obligatorios y financiados a reparto (Rgto CE/1386/2001).

²⁷⁶ Debe señalarse, no obstante, que en el marco del actual Proyecto de Ley de Reforma del Sistema de Seguridad Social, proveniente del Acuerdo firmado el verano pasado con los interlocutores sociales, entre otras muchas materias, se introduce un elemento de contributividad hasta ahora inexistente, pues se dota de cierta relevancia al período de carencia que acredite el beneficiario a la hora de calcular las pensiones de incapacidad permanente.

establece que únicamente las legislaciones nacionales sobre incapacidad permanente que se incluyan en el Anexo VI podrán seguir coordinándose en el marco del capítulo II del Rgto CEE/1408/71, consagrado a la invalidez y donde se establece la aplicación de una única norma nacional en cuyo seno podría reconocerse, en todo caso, una sola pensión. De manera que abandonada la actual técnica de la remisión del capítulo II al III, cuando se cumplen ciertos requisitos, si España no solicita la inclusión de sus pensiones de incapacidad permanente contributivas en dicho Anexo VI, la coordinación de las mismas será siempre objeto de las normas del capítulo III que se destina a jubilación. Normativa, que como se verá, puede imponer la aplicación de varias leyes nacionales de Seguridad Social en cuyo seno se pueden reconocer, normalmente de forma simultánea, una pensión que se ha de calcular mediante las técnicas de totalización y prorata temporis.

2.- AMBITO SUBJETIVO DEL CAPÍTULO III DEL TÍTULO III DEL RGTO CEE/1408/71.

Los destinatarios de las normas de coordinación comunitaria sobre **jubilación contributiva**, son los trabajadores migrantes que han desarrollado una carrera de seguro en varios Estados miembros. Esto es sujetos que hayan estado afiliados en calidad de trabajadores por cuenta ajena, propia o incluso como funcionarios en 2 ó más Estados miembros. No se encontraría en tal situación, por ejemplo, un trabajador por cuenta ajena que aunque hubiera trabajado durante cortos períodos de tiempo en otros Estados miembros como desplazado siempre mantuviese el aseguramiento a un único sistema de Seguridad Social.

Respecto de los destinatarios de las normas de coordinación de las **pensiones de viudedad**, hay que señalar que al cónyuge supérstite se le debe entender incluido dentro del término más amplio de superviviente que se menciona al definir el ámbito subjetivo del Rgto CEE/1408/71 art.2. Respecto de este último término, el legislador comunitario establece en el Rgto CEE/1408/71 art.1.g) que su contenido y extensión será el que se fije en la ley nacional de Seguridad Social en virtud de la cual se concedan las prestaciones. Junto a este reenvío a la normativa nacional aplicable, el Rgto establece una asimilación de condiciones que facilita una de las posibles exigencias que podría establecerse en su seno para ser considerado superviviente. En efecto, señala que si esta legislación nacional exige la convivencia con el causante, se entiende cumplido tal

requisito cuando la persona de que se trate hubiera estado principalmente a su cargo. Considerando básicamente que no todos los emigrantes llevan su familia con ellos

2.1.- Requisito de nacionalidad

Desde el 1-6-2003, en virtud del Rgto CE/859/2003 de 14-5-2003, ya no hace falta que estos trabajadores sean nacionales de un Estado miembro, pues también se aplica la normativa comunitaria de coordinación a los **trabajadores extracomunitarios residentes legales** en un Estado miembro y que hayan estado afiliados como trabajadores, no sólo en España sino también en otro u otros Estados miembros. Trabajadores que pueden beneficiarse de las normas de coordinación para el reconocimiento y cálculo de su pensión de jubilación contributiva por la entidad gestora española.

El Rgto CE/859/2003, pese a propiciar la extensión de la cobertura de la norma de coordinación a los nacionales de terceros Estados, no modificó el tenor del Rgto CEE/1408/71 art. 2.2, que define su ámbito subjetivo de aplicación exigiendo el desaparecido requisito de nacionalidad, excepto para apátridas y refugiados residentes. Esa misma norma otorga a los supervivientes de nacionalidad comunitaria la posibilidad de obtener derechos derivados de trabajadores y estudiantes extracomunitarios. Sujetos estos últimos que, sin embargo, hasta el 1-6-2003 estuvieron excluidos de la cobertura de la coordinación para obtener derechos propios de Seguridad Social. Debe hacerse constar que esta última previsión legal del Rgto CEE/1408/71 art.2 carece ya de relevancia, pues desde la entrada en vigor del Rgto CE/859/2003 se benefician de la coordinación comunitaria los trabajadores migrantes y sus supervivientes con independencia de que tengan o no la nacionalidad de un Estado miembro. Debe señalarse, no obstante, que al fundamentarse el Rgto CE/859/2003 en el art.61 y 63.4 del Tratado CE, esa normativa es directamente **inaplicable** en Dinamarca que no resulta obligada por la misma, y por otro lado, Irlanda y Reino Unido tuvieron que admitir expresamente su aplicación mediante un “opting-in”.

La incorporación de este colectivo de extracomunitarios al ámbito subjetivo de la norma de coordinación, todavía la desvincula más de su objetivo originario plasmado en el TCE art.42 y que conectaba con la libre circulación de trabajadores, de la que dicho colectivo carece.

2.2.- Reconocimiento de una pensión de viudedad a favor del cónyuge supérstite de un matrimonio homosexual

La cuestión que se va a analizar versa sobre la repercusión en el ámbito de la coordinación comunitaria de los sistemas de Seguridad Social, de la reciente reforma del Código Civil operada en nuestro país, a través de la Ley 13/2005, y que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, posibilidad que ya existía en otros Estados miembros de la UE concretamente en Holanda y Bélgica. El Estado civil de las personas es una materia que recae totalmente sobre el legislador nacional, pues adolece la Comunidad europea de una competencia general que le permita regular el Derecho aplicable en materia de estado civil.

Desde un punto de vista interno es claro que el cónyuge supérstite de un trabajador afiliado a la Seguridad Social española tendrá derecho a una pensión de viudedad si cumple los requisitos, con independencia de que el matrimonio hubiera sido entre personas del mismo o distinto sexo. El **problema** se plantea respecto de la virtualidad de este tipo de matrimonio en otros Estados miembros en los que no es aceptado o incluso se considera que contraviene su orden público, pero a los que, en virtud de las normas de conflicto del Reglamento comunitario, el cónyuge supérstite podría dirigir solicitudes de pensiones de viudedad cuando el causante hubiera trabajado y hubiese estado afiliado a su sistema de Seguridad Social, quedando de manifiesto en los formularios comunitarios de solicitud de estas pensiones la coincidencia de sexo entre beneficiario y causante. En otras palabras se trata de dilucidar en un supuesto hipotético como el descrito, pues parece que todavía no se ha producido en la realidad, que efectos posee un matrimonio español celebrado entre contrayentes del mismo sexo y perfectamente válido en nuestro país, incluso conforme a la Ley personal de sus contrayentes, por ejemplo siendo ambos españoles, cuando se hace valer su existencia con la finalidad de conseguir que, en el seno de esos ordenamientos jurídicos que no reconocen este tipo de matrimonios, se reconozca al supérstite una pensión derivada de viudedad.

Para contestar a la cuestión planteada hay que partir del alcance de la propia norma de coordinación que, como se deduce del propio Tratado CE art.42, no genera derecho subjetivo alguno de origen comunitario sino que únicamente propicia y ayuda a que se alcancen derechos a prestaciones nacionales de Seguridad Social en los Estados

miembros. Esta perspectiva meramente **instrumental de la coordinación** se pone de manifiesto en la propia definición de superviviente que se contempla en la norma derivada y que, como se ha señalado, reenvía la concreción de su contenido y extensión a la existente en la legislación de Seguridad Social del Estado miembro que sea competente para la concesión de las prestaciones (Rgto CEE/1408/71 art.1.g).²⁷⁷ Se trata de una solución uniforme, pues siempre será esa legislación la que reconoce las pensiones y no otra la defina su alcance, lo que no implica necesariamente que exista una única acepción de cónyuge superviviente. Circunstancia acorde con el carácter neutral de la coordinación respecto de las legislaciones nacionales y con la propia definición, siempre en el marco de esa misma legislación nacional de Seguridad Social, de los restantes requisitos que se exijan para obtener una pensión de viudedad. De la norma comunitaria de coordinación no puede deducirse que exista un derecho de los cónyuges supervivientes de matrimonios entre personas del mismo sexo a que se les reconozcan pensiones de viudedad en otro Estado miembro donde no existan tales matrimonios. Siguiendo esa argumentación, en mi opinión, no habrá una única solución o respuesta unívoca a la cuestión que se planteaba, sino 31 soluciones, una por Estado miembro donde se aplica el Rgto CEE/1408/71 (27 Estados miembros, 3 del AELC y Suiza). En efecto, hay que estar a la solución que se otorgue en **el ordenamiento de cada uno de los Estados** miembros donde el causante haya trabajado y haya estado asegurado:

.- Así, **en primer lugar**, habrá Estados, como Holanda, Bélgica y la propia España, que al reconocer este tipo de matrimonios los asimilarán a su propia institución matrimonial y reconozcan la existencia de un cónyuge superviviente al que se podría reconocer una pensión de viudedad siempre que cumpla los requisitos. A partir de este momento se podría aplicar la norma comunitaria de coordinación que facilita, por ejemplo, el cumplimiento de la exigencia de acreditar determinada carencia que pudiera existir, pues se impone la totalización de los períodos cumplidos en otros Estados miembros por el causante, debiéndose computar la carrera de seguro llevada a cabo en todos ellos con independencia de que sean Estados contrarios o no a este tipo de matrimonios.

²⁷⁷ Así, no me parece que exista en la normativa vigente, tampoco en la simplificada de próxima de aplicación, una ausencia total de definición de tales términos, ni una laguna de cobertura derivada de la misma, como ha podido afirmarse ver SANCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina “¿Una laguna del Reglamento 1408/71? El (in)existente concepto de cónyuge en derecho comunitario” /en/ VV.AA SANCHEZ RODAS, Cristina (dir). Migrantes y Derecho: Problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España. Laborum. Murcia. 2006. p 257 s.

.- **En segundo lugar**, podría haber Estados que no reconozcan este tipo de matrimonios en el marco de su legislación, pero que partiendo de la validez de estos matrimonios en España o conformes a la ley nacional de contrayentes, pueden dotarlos de cierta virtualidad, por lo que si reconociera la existencia de un cónyuge supérstite podría reconocerse una pensión de viudedad a su favor, también prevaleciendo, si fuera necesario, de la totalización que permite la norma de coordinación.

.- **Por último**, tampoco es descartable que existan Estados que pueden entender que estos matrimonios son contrarios al orden público y partiendo de su nulidad o inexistencia denieguen el reconocimiento de pensiones de viudedad al no considerar, en el marco de su sistema nacional de Seguridad Social, “superviviente”, al cónyuge supérstite cuyo sexo coincide con el del causante; como de hecho sucedía en España hasta hace poco tiempo. En este caso no hay norma comunitaria que pueda imponer a los Estados miembros que no reconocen tales matrimonios que vayan más allá de la propia igualdad de trato con sus nacionales a los que no concederían una pensión en esa situación. En este contexto los homosexuales que contraigan matrimonio en España deben asumir el riesgo de un matrimonio claudicante, a estos efectos prestacionales. En el sentido, de que sus efectos terminan en nuestras fronteras, siendo inexistente, en los Estados en los que la Ley aplicable al matrimonio es contraria a su orden público y a los principios jurídicos básicos allí imperantes.

En cierta manera, aunque hay que admitir que se trata de una cuestión diferente y al margen del derecho comunitario, considerando el reenvío a la norma nacional, se puede encontrar un cierto paralelismo con las soluciones, no unificadas, que viene aportando la doctrina judicial española al reconocimiento de pensiones de viudedad a favor de los **cónyuges supérstites de matrimonios polígamos musulmanes**, que habían sido celebrados válidamente por extranjeros en sus países de origen, esto es, conforme a sus leyes personales. Las sentencias de los TSJ españoles parten de la ilegalidad del matrimonio polígamo en nuestro ordenamiento interno, donde incluso se considera delito (CP art.217) y al que expresamente no se reconoce virtualidad a los efectos de reagrupamiento familiar en la Ley de extranjería (LOEX art.16.2); para a continuación asumir dos posturas bien diferentes respecto del reconocimiento y liquidación de una pensión de viudedad en nuestro sistema de Seguridad Social, se han seguido las dos siguientes posturas.

Por un lado hay sentencias que al considerar que estos matrimonios son válidos en los Estados de origen de acuerdo con la ley personal de los extranjeros contrayentes,

se ha procedido al reparto de la pensión española de viudedad mediante: bien su división en partes iguales al número de cónyuges contrayentes con independencia del tiempo de duración de los diferentes matrimonios (TSJ Galicia 13-7-98, AS 1493 ; 2-4-02, AS 899 sobre matrimonios polígamos senegaleses); bien a su división proporcional al tiempo de convivencia con cada uno de los cónyuges (TSJ Madrid 26-12-03, AS 995/04 ; 31-5-05, AS 1525).

Por otro lado, encontramos pronunciamientos que consideran que sólo es válido el primer matrimonio y nulos o inexistentes los restantes, prevaleciendo el orden público español frente a la ley personal de los contrayentes (CC art.8.1 y 12.3; LO 4/2000 art.3.2). En este contexto la nulidad del segundo y subsiguientes matrimonios, conduce a equipararlos a una unión estable de hecho y es bien sabido que la convivencia more uxorio no da derecho a la pensión de viudedad, por lo que tan sólo percibe pensión de viudedad el primer cónyuge con el que exista vínculo matrimonial válido (TSJ Cataluña 30-7-03, AS 3049 , sobre matrimonios poligámicos en Gambia y que contiene un voto particular que entiende incongruente la sentencia de la Sala al pronunciarse sobre la nulidad del segundo matrimonio. En el mismo sentido TSJ C. Valenciana de 6-6-05, AS 2454, respecto de un matrimonio por poderes celebrado en México sin inscripción en el Registro Civil, cuando el contrayente continuaba casado con otra persona).

En otro orden de cosas, el hecho de que la norma de coordinación comunitaria **no de una solución ad-hoc** al problema que nos ocupa, no presupone que no pudiera hacerlo. De hecho, volviendo al paralelismo con el caso de los matrimonios polígámicos entre musulmanes, hay que señalar que aunque en España se consideran nulas tales uniones, en el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8-11-75 (BOE nº 245 de 13-10-1982) se contempla expresamente que *“la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”*. En este mismo sentido, en la norma de coordinación comunitaria, se podría llegar a redactar una disposición donde se dotase de efectos a este tipo de matrimonios a los efectos de obtener una pensión de viudedad; disposición cuya aplicación, como ocurre en otras muchas, se circunscribiese a los Estados miembros que por estar conformes solicitaran su inclusión en un determinado Anexo del Reglamento. Esta solución, al menos produciría una clarificación de la situación y una mayor seguridad jurídica respecto de las expectativas

de derechos a pensiones de supervivencia futura de los contrayentes de estos matrimonios.

Ha de advertirse que el **Rgto CE/883/2004** mantiene la misma postura que los Reglamentos actualmente vigentes, pues se puede afirmar que en su seno también se reenvía el concepto de cónyuge superviviente a la legislación nacional ante la que cabe solicitar una pensión de viudedad.²⁷⁸ En su marco, no obstante, se podría considerar un apoyo a la virtualidad de tales matrimonios la nueva **asimilación de condiciones genérica** que impone respecto de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos ocurridos en otros Estados miembros (Rgto 883/2004/CE art.5). Esta asimilación de condiciones tan amplia, diferente a la actualmente vigente, que precisa de un reconocimiento expreso caso a caso, quizás permitiría, a los efectos de obtener una pensión de viudedad, asimilar siempre a un matrimonio nacional válido los celebrados en otro Estado miembro.

En este último sentido, el TJCE se ha pronunciado, en el marco de la norma de coordinación vigente, sobre la necesaria **cooperación leal** entre administraciones, exigiéndolas que den por válidas certificaciones extranjeras que acreditan su estado civil expedidas en otros Estados miembros utilizando el mecanismo de las denominadas asimilaciones de condiciones. En este pronunciamiento no se permite dudar sobre la veracidad de dichos certificados extranjeros, debiéndose asumir tal y como si hubieran sido expedidos por el Estado que está reconociendo las prestaciones. En efecto en su sentencia de 2-12-97, Dafeki C-366/97, el TJCE se pronuncia sobre una cuestión prejudicial planteada en el marco de un pleito en el que Alemania había rechazado ciertos certificados de nacimiento griegos de los que dudaba de su exactitud o validez, al sospechar que habían sido rectificadas, en cientos de casos, cambiando la fecha de nacimiento por una anterior. Cambio sencillo, pues la legislación griega permitía su realización ante ciertos órganos jurisdiccionales unipersonales y únicamente mediante la

²⁷⁸ En el nuevo Reglamento CE/883/2004 los supervivientes no tienen una definición ad-hoc sino que se engloban dentro del término “miembro de la familia”, que a su vez es definido en el artículo 1 letra i), de nuevo, mediante una remisión al contenido de una determinada norma nacional. En efecto, se identifican como tales “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”. En cualquier caso “si la legislación de un Estado miembro aplicable con arreglo a lo dispuesto en el punto 1 no distingue entre miembros de la familia y otras personas a las que sea aplicable dicha legislación, se considerarán miembros de la familia: **el cónyuge**, los hijos menores de edad y los hijos mayores de edad a cargo.” En el punto 3 de la mencionada disposición se vuelve a considerar cumplida la condición de residencia que pudiera oponer un Estado miembro “cuando la persona de que se trate esté principalmente a cargo de la persona asegurada o del titular de una pensión.”

declaración de dos testigos. Ante esta situación, Alemania venía denegando la jubilación anticipada de nacionales griegos al comprobar que la fecha de nacimiento declarada al comienzo de la actividad profesional en Alemania difería considerablemente de la declarada al solicitar la concesión de una pensión. En el marco de este asunto el TJCE señaló que no es posible ejercer los derechos derivados de la libre circulación de los trabajadores sin presentar documentos relativos al estado civil de las personas, que generalmente son expedidos por el Estado de origen del trabajador. De ello se deduce que las autoridades administrativas y judiciales de un Estado miembro están obligadas a respetar las certificaciones y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que emanen de las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos, referidos al caso de que se trate, que hagan dudar seriamente de su exactitud. En estas circunstancias, una norma nacional como la alemana que establezca la presunción general y abstracta conforme a la cual, en caso de conflicto entre varios documentos sucesivos, prevalece el cronológicamente más próximo al acontecimiento que debe probarse, si no existen otras pruebas suficientes, no puede justificar la negativa a tener en cuenta una rectificación efectuada por el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, en este caso, Grecia. Máxime considerando que la Comunidad Europea no disponía de competencia general para regular el Derecho aplicable en materia de estado civil o las cuestiones relacionadas con la fuerza probatoria de las certificaciones de estado civil. Por consiguiente, el TJCE respondió que, en los procedimientos destinados a determinar los derechos a prestaciones sociales de un trabajador migrante nacional comunitario, las instituciones nacionales competentes en materia de Seguridad Social y los órganos jurisdiccionales nacionales de un Estado miembro están obligados a respetar las certificaciones y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que emanen de las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos, referidos al caso de que se trate, que hagan dudar seriamente de su exactitud.

A la luz de esta doctrina vertida en la sentencia *Dafeki* se podría llegar a entender que se impone a los Estados miembros que asuman los matrimonios en otros Estados miembros como válidos, siempre que no haya duda sobre la veracidad del matrimonio homosexual que acredita un certificado español. Sin embargo, a mi modo de ver, debe reconocerse que el supuesto que nos ocupa, no versa sobre la veracidad del matrimonio certificado, sino que se refiere más bien a la imposibilidad de que en el marco de la institución matrimonial de un Estado miembro se equipare o incluya un

supuesto de unión extranjera claramente excluida o no contemplada para sus propios nacionales. Tampoco resulta convincente que la obligación de asimilación de condiciones respecto de los matrimonios homosexuales conecta con la prohibición de **discriminación por razón de la orientación sexual** reconocida en el TCE art.13.²⁷⁹ En efecto, tal afirmación no es factible, pues dicha disposición no es susceptible de aplicación directa. Máxime cuando la normativa derivada que se ha fundamentado en ella, básicamente la Dir 2000/78/CE art.3.3 y su considerando 13 de su exposición de motivos, excluyen expresamente de su ámbito de aplicación a la Seguridad Social.

Conectando con este último punto de vista de la discriminación algunos problemas conexos con prestaciones de supervivencia se han planteado en supuestos que, no obstante, son internos, esto es carentes de elementos de transnacionalidad y además no se han enfocado desde la **prohibición de discriminación** por la orientación sexual, sino **por razón de sexo** al tratarse de transexuales. Se está aludiendo al problema de los matrimonios entre personas, en principio del mismo sexo, pero que tras la operación de cambio de sexo de uno de los miembros de la pareja (transexual), podría entenderse que son de distinto sexo, pero que en algunos países como Reino Unido no se admitían. El TJCE en su sentencia de 7-1-04, asunto K.B. C-117/01²⁸⁰ se alineó con

²⁷⁹ Art. 13. 1.- *Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.*

2.- *No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando el Consejo adopte medidas comunitarias de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1, decidirá de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251.*

²⁸⁰ K.B., demandante en el litigio principal, es una mujer que trabajó durante aproximadamente veinte años para el NHS, en particular como enfermera, y que está afiliada al NHS Pension Scheme. K.B. mantiene una relación afectiva y convive desde hace varios años con R., una persona nacida mujer e inscrita como tal en el registro civil pero que, a raíz de una operación de cambio de sexo, pasó a ser un hombre, sin poder, no obstante, modificar su partida de nacimiento para inscribir dicho cambio de sexo. Por este motivo, y en contra de su voluntad, K.B. y R. no pudieron contraer matrimonio. K.B. afirmó en sus escritos y recordó en la vista que su unión fue consagrada mediante «una ceremonia en la iglesia autorizada por un miembro del consejo episcopal de Inglaterra» y que intercambiaron votos matrimoniales «del mismo modo que una pareja tradicional». Al no existir matrimonio, la NHS Pensions Agency comunicó a K.B. que, en caso de premoriencia de ésta, R. no podría recibir una pensión de viudedad, puesto que sólo puede disfrutar de esta prestación el cónyuge superviviente y ninguna disposición jurídica del Reino Unido reconoce la condición de cónyuge a falta de matrimonio legal. K.B. presentó una demanda ante el Employment Tribunal (Reino Unido) alegando que las disposiciones nacionales que circunscriben tales prestaciones a los viudos y viudas de afiliados constituían una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 141 CE y a la Directiva 75/117. Según K.B., la normativa comunitaria mencionada exige que, en tal contexto, el concepto de «viudo» se interprete en el sentido de que también comprende al miembro superviviente de una pareja que habría alcanzado esa condición si su adscripción sexual no hubiese sido el resultado de una operación de cambio de sexo

la sentencia Goodwin dictada por el TEDH y señaló que el artículo 141 Tratado CE se oponía a la legislación británica que impedía a una transexual inglesa contraer matrimonio con quien ya no consideraba de su propio sexo.²⁸¹ El juez nacional debía valorar si se podría invocar el Tratado CE art. 141 para que la pareja superviviente disfrutara de una pensión de supervivencia,²⁸² aunque no se cumpliera una condición previa para la concesión, como era el matrimonio.²⁸³ La transexualidad ha tenido también repercusión en el propio reconocimiento de pensiones de jubilación, pues un transexual, convertido en mujer, pidió en Reino Unido su pensión a los 60 años, derecho que denegó la Administración de la Seguridad Social británica al considerar que como hombre debería esperar hasta los 65 años, postura que se consideró una discriminación por razón de sexo.²⁸⁴

Por último se podría entender que el no reconocimiento de este tipo de matrimonios a efectos prestacionales, podría vulnerar la **libre circulación del causante**, nacional de un Estado miembro, de tal manera que podría provocar que decidiese no ejercer ese derecho por el temor a no lucrar un derecho a pensión de viudedad en el Estado de destino a favor de su cónyuge. Sin embargo, tal argumentación no se sostiene

²⁸¹ Sobre la conexión con la jurisprudencia del TEDH y los pronunciamientos del TJCE previos a la sentencia que se cita ver SANCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina “¿Una laguna del...” op. Cit. P. 262 s. Que en la pág. 280 señala, con base en la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 31-1-01, que si existe ese derecho en España.

²⁸² El artículo 11, letra c), de la Matrimonial Causes Act 1973 (Ley de 1973, reguladora del matrimonio) considera nulo todo matrimonio en el que los cónyuges no sean, respectivamente, de sexo masculino y femenino. El artículo 29, apartados 1 y 3, de la Birth and Death Registration Act 1953 (Ley de 1953 sobre la inscripción de los nacimientos y las defunciones) prohíbe toda modificación registral de la partida de nacimiento, salvo en caso de error de transcripción o de error material. Las NHS Pension Scheme Regulations 1995 (Reglamento de 1995 relativo al régimen de pensiones del NHS) establecen, en su artículo G7, apartado 1, que si una afiliada de sexo femenino fallece en las circunstancias descritas en dicho Reglamento, su viudo tendrá derecho, en principio, a una pensión de supervivencia. El término «viudo» no se define, pero consta que, en el Derecho inglés, dicho término hace referencia a la persona casada con la afiliada.

²⁸³ El fallo textualmente señaló en el asunto K.B. que “*El artículo 141 CE se opone, en principio, a una legislación contraria al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que impide que una pareja como K.B. y R cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro. Incumbe al juez nacional comprobar si, en un caso como el del litigio principal, una persona en la situación de K.B. puede invocar el artículo 141 CE para que se le reconozca el derecho a que su compañero pueda disfrutar de una pensión de supervivencia.*”

²⁸⁴ En la sentencia del TJCE 27-4-06, asunto Sarah Margaret Richards C- 423/04 se estableció que “*El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación que no reconozca la pensión de jubilación, por no haber alcanzado aún la edad de 65 años, a una persona que, con arreglo a los requisitos que establece el Derecho nacional, cambia de sexo masculino a sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el Derecho nacional, era mujer.*”

en el marco de la coordinación, pues siempre cabe la posibilidad de que la legislación nacional de Seguridad Social aplicable sea muy exigente o diferente a lo exigido en tu normativa nacional. Siendo preciso recordar aquí que la diferencia de trato por razón de la orientación sexual reconocida en el TCE art.13 no es directamente aplicable y la Seguridad Social está excluida de su principal normativa derivada (Dir 2000/78/CE art.3.3).

En cualquier caso, debe señalarse que parece garantizado el derecho mismo a la libre circulación de un ciudadano comunitario y el **derecho derivado a la misma de su cónyuge**, aunque tenga el mismo sexo y carezca de la nacionalidad comunitaria. En efecto, si se puede aventurar una posición uniforme y positiva a la virtualidad de estos matrimonios en el marco exclusivo de la libre circulación, en nuestro caso de trabajadores, a diferencia de lo que venía sucediendo en el marco de la norma de coordinación comunitaria donde no existe una solución unívoca, pues depende del Estado miembro ante el que se pretenda hacer valer a efectos prestacionales. La diferente conclusión estriba, a mi modo de ver, en primer lugar, en que no se trata de un derecho nacional, como los de Seguridad Social, pues si existe en este caso un derecho fundamental de origen comunitario: la libre circulación de personas TCE art. 18 y trabajadores TCE art.39, derecho este último de reconocida aplicación directa y al que la propia norma comunitaria fija ciertos límites TCE art. 39.3.

Además en la normativa derivada que desarrolla este derecho, el término cónyuge se incluye entre los **familiares**, con derecho a la libre circulación, que contempla la Dir 2004/38/CE art.2 y 3, plenamente aplicable desde abril de 2006, normativa que amplía la definición contenida hasta el momento en el Rgto 1612/68/CE arts.10 y 11. En este contexto, es interesante destacar que mientras la categoría de cónyuge no lleva aparejada ninguna puntualización o salvedad, la libre circulación de la pareja de unión registrada exige que estas uniones sean reconocidas en el Estado miembro de destino. De manera, que parece que de un **matrimonio nacional válido**, con independencia del sexo de los contrayentes, se derivan derechos a la libre circulación no sólo para el contrayente extracomunitario, sino también para sus descendientes y ascendientes directos. Esta tendencia aperturista respecto de la libre circulación también se pone de manifiesto cuando la mencionada Directiva señala que se debe facilitar la entrada y salida de la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable debidamente probada, debiéndose justificar su denegación. En consecuencia, las parejas de hecho, excluidas de la categoría de familiar

con derecho a la libre circulación, también son mencionadas y gozan de cierta virtualidad a estos efectos. En cualquier caso debe resaltarse que no se alude a que estos sujetos (tanto cónyuges, como uniones de hecho, como meras parejas) deban ser de sexo distinto al ciudadano comunitario, lo que parece acorde con el marco comunitario de interdicción del trato diferenciado por razón de la orientación sexual reconocido en el ya mencionado TCE art.13.

De manera, que aunque no se admita el matrimonio entre personas del mismo sexo en la mayoría de los Estados miembros, se debería aceptarlo a los meros efectos aplicativos de las normas comunitarias que protegen este derecho fundamental a la libre circulación de aplicación directa y preferente, frente a las normas nacionales que pudieran obstaculizarlo.²⁸⁵ Parece que los ordenamientos que no reconocen este tipo de matrimonio o lo consideran nulo, difícilmente podrán oponer la restrictiva excepción a la libre circulación relativa al orden público y que se menciona en el Tratado CE art. 39.3, desarrollada en la Dir CE/38/2004 art. 28 cuya regulación sustituye, a su vez, a la regulación de la derogada Dir 64/221/CEE. En esta excepción el matrimonio controvertido solamente podría encajar, en el supuesto de que pudiera considerarse una conducta personal de interesado que constituye una amenaza real actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

En todo caso la libre circulación de estos sujetos, no resulta completamente amenazada, pues el cónyuge podría equipararse con un miembro de pareja de hecho, si en el Estado de destino se admitieran tales uniones, o en todo caso con la persona con la que el nacional comunitario mantiene una relación estable.

4.- APROXIMACIÓN AL RECONOCIMIENTO DE PENSIONES DE JUBILACIÓN.²⁸⁶

Las normas destinadas a la jubilación obligan a una máxima coordinación, pues resultan competentes las legislaciones nacionales de Seguridad Social de los Estados

²⁸⁵ Llegando a esta misma conclusión ver CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZALEZ, J. “Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho internacional privado español”. La Ley nº 6391 de 2-1-06, p. 8 y s.

²⁸⁶ Ampliamente sobre los problemas que plantea el reconocimiento de una pensión de jubilación contributiva en el marco de la coordinación comunitaria, véase CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento CEE/1408/71*. Consejo Económico y Social. (Col Estudios). Madrid. 2004. p 187 y s. Más resumidamente, por la misma autora “La pensión de jubilación y derecho supranacional” /en/ VV.AA (SEMPERE NAVARRO, Antonio V. Dir.) *Pensiones por Jubilación o Vejez*. Aranzadi. (Colección Grandes Tratados).Navarra. 2004. p. 593 s.

miembros donde haya estado afiliado como trabajador el solicitante de cobertura. Tan sólo pueden eximirse de tal obligación, bajo ciertos requisitos, los sistemas donde el trabajador haya estado asegurado, como trabajador, durante por lo menos un año (Rgto CEE/1408/71 art.48).²⁸⁷ La valoración de la concurrencia de este requisito de vinculación al sistema de Seguridad Social española, debe contemplarse desde la óptica de cada ordenamiento nacional, en cuyo marco se debe determinar no sólo si existe tal aseguramiento sino también para establecer la virtualidad que los períodos de cotización españoles pudieran tener respecto del reconocimiento del derecho y su subsiguiente cálculo (Rgto CEE/1408/71 art.1.r).

La aplicación de estas normas puede ser de **forma simultánea o diferida**, por ejemplo, solicitando la pensión en algunos Estados miembros y esperando el cumplimiento de los requisitos en otros, tanto de carencia como de edad. En cualquier caso todas las administraciones de Seguridad Social de los Estados miembros donde se reconozca el derecho a una pensión han de seguir el mismo procedimiento común de cálculo comunitario. Tanto el reconocimiento como el cálculo exigen un constante intercambio de información entre instituciones a través de sus correspondientes formularios.

Para el reconocimiento de una pensión de jubilación contributiva española se han de cumplir los requisitos exigidos en el seno de la LGSS, debiéndose tratar a los nacionales de otros Estados miembros igual que si fueran españoles. Para favorecer tal cumplimiento destaca, entre las asimilaciones de condiciones que la norma de coordinación establece, la totalización que permite computar, en la medida de lo necesario, los períodos de seguro foráneos cumplidos en otros Estados miembros con el fin de acreditar el período de carencia (Rgto CEE/1408/71 art.45). Respecto de período de carencia específico se aplica el Rgto CEE/574/72 art.15.1.f) que permite computar los períodos cubiertos en otro Estado miembro si se sitúan dentro del período de referencia.

A los períodos de cotización cumplidos en España²⁸⁸ se han de adicionar los cumplidos en:

²⁸⁷ Si computando ese período inferior al año no se reconoce una pensión de jubilación o viudedad en el marco de alguna de esas normativas. Ese período de año no se pierde, pues es computando por los restantes Estados competentes el período cumplido es inferior al año y pudieran todos quedar exentos de reconocer pensión, se crea la ficción que todos los períodos cumplidos en su carrera de seguro se han cumplido en el último Estado donde estuvo asegurado.

²⁸⁸ Debe tenerse en cuenta que si el hecho causante se produjo a partir del 1-1-1999 no es posible computar las cotizaciones delegadas por el SPEE-INEM durante la percepción del subsidio para mayores

- otros Estados miembros,
- en terceros Estados con los que España ha suscrito un convenio bilateral de Seguridad Social.²⁸⁹ Debe señalarse que de tales convenios bilaterales puede beneficiarse cualquier trabajador con nacionalidad comunitaria, pues la cobertura exclusiva de los españoles sería discriminatoria por razón de la nacionalidad (TJCE 15-1-02, C-55/00 asunto Gottardo); TCE art. 307; Recomendación CE de la CASSTM nº 22 de 18-6-2003 (DOUE L 327/35 13-12-03).²⁹⁰

La totalización de estos períodos al amparo de convenios bilaterales españoles sólo afecta a la entidad gestora española, esto es, no puede tener consecuencia jurídica alguna respecto de los restantes Estados miembros involucrados en el reconocimiento y cálculo de otra pensión a favor del mismo trabajador migrante (TJCE 5.7.1988, 21/87 (Borowitz)).

3.1.- Jubilación anticipada como mutualista

El Rgto CEE/1408/71/CE art. 45.5 permite asimilar el alta en cualquier otro Estado miembro a la española, pues establece que si el reconocimiento se supedita al aseguramiento en el momento del hecho causante se presumirá cumplido si se acredita ese requisito en cualquier otro Estado miembro. El alta o la asimilación al alta es un requisito que se exige para acceder a la jubilación anticipada, para acreditar el período de carencia común o reforzado (en el caso de desempleados mayores de 61 años sirve la totalización ya mencionada).

de 52 años con el objeto de acreditar el período de carencia necesario para acceder a una pensión de jubilación. Tales períodos sólo se computan a efectos del cálculo de la pensión de jubilación ya reconocida (LGSS disp.adic. 28ª; STS 16.10.2003, (Rec. 981/03); STS 10.2.2004, (Rec. 2880/03), STS 3.12.2004, (Rec. 138/2004); STS 2.6.2005, (Rec. 1708/04). Señalando que tal exclusión no es contraria al Derecho comunitario y no puede calificarse de discriminatoria ver TJCE 20.1.2005, C-306/03 (Salgado Alonso) que resuelve una cuestión prejudicial española sobre esa cuestión.

²⁸⁹ Una referencia completa de los 20 convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España en VV.AA. *Memento Practico Seguridad Social 2006-7* op. cit. p. 758, hay que considerar también el recientemente suscrito con República Dominicana que entró en vigor el 1-7-06 (BOE 12-6-06).

²⁹⁰ La solicitud de información a las instituciones de terceros Estados sobre períodos de cotización de personas no incluidas en el ámbito de aplicación del convenio bilateral con España puede ser **inviabile en la práctica**. De hecho España a raíz de la sentencia Gottardo se puso en contacto con las autoridades competentes de los Convenios bilaterales que tiene suscritos pidiendo su necesaria colaboración y ninguno ha contestado VIVES CABALLERO, Marta “Seguridad Social y Constitución Europea. Presente y Futuro. Ejemplar mecanografiado de la ponencia realizada en el curso del CGPJ en 2005 “Aspectos y cuestiones actuales de Seguridad Social” p. 8.

En la norma comunitaria no se encuentra una asimilación de condiciones que permita asimilar a los mutualistas los trabajadores migrantes que con anterioridad a 1-1-1967 hubieran estado asegurados en otro Estado miembro.

Por su parte, en la norma nacional, en virtud del RDL 5/1998 y L 47/1998, a partir del 1-4-1998 quedan equiparados en la práctica a los mutualistas aplicándoseles, en principio, la reducción del 8% por año de anticipación los siguientes sujetos (L 47/1998 art.único.1 y 3):

1) Quienes hayan cotizado durante su vida activa en régimen de pluriactividad, es decir, a varios Regímenes del Sistema de Seguridad Social cuando no hayan cumplido la edad mínima para causar derecho a una pensión en el régimen donde deba resolverse el derecho cumplan ciertos requisitos.²⁹¹

2) Trabajadores migrantes que:

a) Por un lado, posean certificado por algún país extranjero períodos cotizados o asimilados, en razón a actividades realizadas en el mismo, con anterioridad a las fechas indicadas, que, de haberse efectuado en España, hubieran dado lugar a la inclusión de aquél en alguna de las Mutualidades Laborales, y que, en virtud de las normas de Derecho internacional o comunitario de coordinación de sistemas de Seguridad Social que deban ser tomadas en consideración. En definitiva, no es válida cualquier cotización extranjera previa a 1967, siendo preciso que se certifique la actividad o la naturaleza de

²⁹¹ La determinación del régimen competente para el reconocimiento de la pensión se hace de acuerdo con el siguiente orden legal:

- en primer lugar, el régimen en el que estaban en alta en el momento del hecho causante,
- en segundo lugar, aquél en el que reúna mayor número de cotizaciones, computando como cotizadas en el mismo la totalidad de las que acredite el interesado.

Sin embargo, cuando el trabajador, en el margen de ese régimen competente (salvo en el de clases pasivas) no tenga la edad mínima exigida, puede jubilarse en su seno de forma excepcional a partir de los 60 años, independientemente de que exista derecho a tal anticipación en la normativa aplicable, siempre que se cumplan los dos siguientes requisitos (L 47/1998 art.único.2):

a) Tener la condición de mutualista el 1-1-1967 o en fecha anterior (debiéndose entender que las referencias a dicha fecha también se entienden realizadas a la que fijen los respectivos regímenes especiales respecto de la anticipación de la edad de jubilación).

b) Que la cuarta parte de las cotizaciones totalizadas a lo largo de la vida laboral del trabajador se hayan efectuado en el marco de un régimen que reconozca el derecho a la jubilación anticipada o a los precedentes de dichos regímenes. Todo ello salvo que la vida laboral del trabajador sea de 30 o más años en cuyo caso será suficiente que se acredite un mínimo de 5 años en los regímenes antes mencionados. Para la acreditación de este segundo requisito, debe tenerse en cuenta exclusivamente las cotizaciones acreditadas o reales, por lo que no pueden computarse los denominados años y días de abono por la edad que se tuviera el día 1-1-1967, los cuales sólo sirven para mejorar la cuantía de la pensión reconocida incrementando el porcentaje aplicable a la base reguladora. La solución contraria supondría que prácticamente todos los antiguos Mutualistas podrían acceder sin más a la jubilación anticipada del RETA (TSJ Cataluña 21-6-01, AS 3225). Sobre la no acreditación de este requisito y la denegación de la jubilación anticipada ver TSJ Cataluña 11-5-04, AS 2470. Declarándose finalmente la responsabilidad por daños y perjuicios de la administración pública por suministrar información errónea a la solicitante, inicialmente de un subsidio para mayores de 52 años, ver AN cont-adm 26-1-05, JUR 209039).

la cotización que permita realizar una asimilación con las que se hubieran hecho al Mutualismo Laboral español.

No obstante, se ha considerado que en el caso de cumplirse este segundo requisito no se ha considerado necesario que exista pluractividad, ni tampoco el consiguiente cómputo recíproco de cotizaciones, pudiendo el trabajador migrante haber estado siempre encuadrado en el RGSS, aunque en sistemas de Seguridad Social de distintos Estados. Con esta postura se pretende no hacer de peor de condición al trabajador migrante que al sedentario (TSJ Galicia 30-5-03, AS 319).

b) Por otro lado, se exige que las cotizaciones certificadas a uno o varios regímenes de Seguridad Social extranjeros supongan:

- la cuarta parte de las cotizaciones totalizadas, o;
- cinco años, como mínimo, cuando el período totalizado sea de treinta o más años. Al igual que en el supuesto anterior, estas cotizaciones deben tener carácter real o certificado no admitiéndose adicionarse los que se reconocen como bonificación por edad establecida por la OM de 18-1-1967 disp.trans.2ª, 3ª (TSJ Valladolid 20-5-05, AS 1052).

No existe una postura jurisprudencial unificada en cuanto a la equiparación de trabajadores migrantes con los mutualistas a efectos de jubilación anticipada, aun cuando se hayan certificado en el marco de un sistema de Seguridad Social extranjero períodos de cotización o asimilados anteriores a 1967:

1) En un sentido favorable a la equiparación cuando se acreditan cotizaciones anteriores al 1-1-1967 en Alemania (TSJ Extremadura 30-12-93, AS 5147 ; TSJ Sevilla 13-9-00, AS 469/01 ; TSJ C.Valenciana 17-1-94, AS 351) o en Francia por cuenta de empresas de construcción y obras públicas que hubieran supuesto la inclusión en la Mutuality Laboral de Construcción (TSJ Galicia 17-10-03, JUR 178093/04).

2) Por el contrario, se deniega la equiparación y la jubilación anticipada a quienes realizaron cotizaciones previas a 1-1-1967 en Estados miembros como Francia (TSJ Galicia 31-1-96, AS 697); o Alemania considerando que no se acredita a que ramo de actividad pertenecían, por lo que no se puede presumir que sean asimilables a las que hubiera hecho al mutualismo y que fueron devueltas al ahora solicitante de jubilación anticipada (TSJ Galicia 21-5-04, JUR 236553). Tampoco se asimilan las realizadas antes de 1-1-1967 a los sistemas de Seguridad Social de terceros Estados como Suiza (TS 18-10-93, RJ 9617) o Perú (TSJ Canarias 27-10-99, AS 4369).

3.2.- Introducción al cálculo comunitario

La determinación de la cuantía de esta pensión sigue el procedimiento de cálculo establecido en el Rgto CEE/1408/71 art. 46.2, el cuál trata de impedir que el trabajador migrante beneficiario de una pensión resulte perjudicado como consecuencia de sus desplazamientos profesionales a otros Estados miembros.²⁹² El procedimiento de cálculo varía en función de si la entidad gestora española reconoció una “pensión nacional” o lo que se denomina una “pensión comunitaria”²⁹³:

A) Se entiende por **pensión <comunitaria>**, la pensión española cuyo derecho surge gracias a la totalización que permite computar, en la medida de lo necesario, los períodos de seguro foráneos cumplidos en otros Estados miembros con el fin de acreditar el período de carencia (Rgto CEE/1408/71 art.45).²⁹⁴ Este tipo de pensiones se han de calcular aplicando únicamente el procedimiento de cálculo descrito en el artículo 46.2 del R. CEE/1408/71 que incluye dos pasos principales que, grosso modo y sin perjuicio de un ulterior análisis, se describen a continuación:

- 1) El cálculo de la <cuantía teórica> (Rgto CEE/1408/71 art.46.2.a, considerando las pautas complementarias establecidas en el art. 47 y en el Anexo VI.D.4º). Implica la totalización de los períodos de cotización acreditados en otros Estados miembros, pues la entidad gestora española ha de calcular la pensión de jubilación que hubiera percibido el migrante de haber acreditado en España toda su carrera de seguro.
- 2) El cálculo de la <prorrata temporis> de la cuantía teórica adecuándola al tiempo cotizado en España (Rgto CEE/1408/71 art.46.2.b). La prorrata temporis es el porcentaje resultante de la fracción que tiene como numerador: los períodos cumplidos

²⁹² Véase el apartado 33 de la TJCE 12.9.1996, C-251/94 (Lafuente Nieto); el apartado 17 de la TJCE 17.12.1998, C-153/97 (Grajera Rodríguez); el apartado 13 de la TJCE de 6.6.1990 C-342/88 (Spits) o el apartado 24 de la TJCE de 9.8.1994, C-406/93 (Reichling) donde se señala que tanto el artículo 42 del Tratado constitutivo de la CE en su versión consolidada, como el Rgto. CEE/1408/71 suponen “...*que los trabajadores migrantes no deben perder los derechos a las prestaciones de Seguridad Social ni sufrir una reducción de su cuantía por haber ejercido el derecho a la libre circulación que les reconoce el Tratado.*” Muy clarificador en este sentido resulta la TJCE de 7.3.1991, C-10/90 (Masgio) que no admite que las desigualdades de trato entre sedentarios y migrantes en el cálculo de una pensión de jubilación al amparo del R. CEE/1408/71 puedan “... *justificarse por las dificultades prácticas que puedan encontrar las instituciones de Seguridad Social a la hora de calcular el derecho a prestaciones.*”

²⁹³ Un esquema de este procedimiento en el Anexo I de la monografía Dolores Carrascosa Bermejo. *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social...* op. cit p. 305, donde se resume lo establecido en las páginas 238 y ss. Un esquema más simple en CARRASCOSA BERMEJO, Dolores “Trabajo en el Extranjero” /en/ VV.AA. *Memento Practico Social 2005*. Francis Lefebvre. Madrid. 2005. p. 1615 o “Trabajadores migrantes” /en/ VV.AA *Memento Práctico Seguridad Social 2005-2006*. Francis Lefebvre. Madrid. 2005. p.681.

en España, y como denominador: la duración total de los períodos cumplidos por el migrante en los distintos Estados miembros computados para calcular la cuantía teórica.

B) Si se reconoció una **pensión de jubilación <nacional o autónoma>**, esto es, sin recurrir a las asimilaciones de condiciones establecidas en el Rgto CEE/1408/71 se ha de realizar un doble cálculo:

.- por un lado, se ha de calcular la pensión siguiendo el procedimiento del artículo 46.2 del R. CEE/1408/71, ya mencionado de cuantía teórica prorrateada.

.- por otro lado, se ha de calcular la pensión aplicando exclusivamente lo establecido en la normativa interna española de Seguridad Social.

Los resultados de ambos cálculos deben compararse, imponiendo la norma comunitaria a la entidad gestora española que realiza su cálculo el abono de la pensión más elevada.

Esta comparación, a tenor del Rgto CEE/1408/71 art. 46.3 se debe realizar una vez consideradas las **normas nacionales anticúmulo**, en lo sucesivo NNA. Sin embargo, su aplicación, siempre respetando los límites que impone la norma comunitaria, no se produce en el seno de la legislación de Seguridad Social española, pues la normas anticúmulo nacionales no cumplen el requisito imprescindible de poseer carácter externo, al que supedita su aplicación a tenor del artículo 46 bis.3.a) del Rgto CEE/1408/71,²⁹⁵ pues todas aluden a prestaciones o ingresos obtenidos en el marco de la normativa nacional española o en nuestro territorio (Rgto CEE/1408/71 14-6-1971 art.46 bis.3.a); RD 1578/2006 art.9).

Se impone además a la institución competente española una segunda comparación entre la pensión resultante del procedimiento comunitario descrito y la pensión calculada en el marco de un **Convenio bilateral suscrito por España** con otro Estado miembro, con

²⁹⁵ 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. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 1999. p.418. Un análisis detenido de la aplicación de la normativa anticúmulo nacional y comunitaria en el marco del Reglamento de coordinación en CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social...* op. cit. p 264-273. Debe señalarse que tampoco existe jurisprudencia comunitaria ni española que aluda a la aplicación de NNA alguna en la liquidación de una pensión española en el marco del Rgto CEE/1408/71. Sin embargo, debe advertirse la existencia de dos sentencias del TS (véanse los FºJº 3º de las TS de 7-12-99 (RJ 9693) y TS 13-6-00 (RJ 7170), en cuyo marco se hace una valoración de la posible aplicación de la Norma Comunitaria Anticúmulo, NCA, incluida en el antiguo artículo 46.3 del Rgto CEE/1408/71. Estas sentencias aluden a la versión existente de este apartado del artículo 46 en un momento previo a la reforma operada al Rgto CE/ 1248/1992 que, como es sabido, supuso su derogación. Se trata de un error llamativo, si se considera además que la mencionada disposición, en virtud de la TJCE 21-10-1975, 24/75 (Petróni), poseía ya desde ese momento tan solo una virtualidad residual.

el objeto de nuevo de abonar la más elevada. Esta obligatoria comparación con la norma convencional se exige que el trabajador migrante hubiera generado una expectativa de derecho en el seno del Convenio bilateral antes de la entrada en vigor de la normativa de coordinación en el Estado que lo aplica, en el caso de España antes del 1-1-1986.

El origen de esta comparación surgió originariamente de la jurisprudencia del TJCE²⁹⁶ e impone, en definitiva, la aplicación del principio de norma más favorable en lugar de la sustitución de la norma convencional por los Reglamentos de coordinación comunitaria, lo que va en detrimento de la uniformidad que la aplicación exclusiva de la norma comunitaria propiciaría. Actualmente ha sido recogida por el Rgto CE/647/2005 que ha modificado el artículo 7.2.c) del Rgto CEE/1408/71 imponiendo la inclusión de tales convenios bilaterales en su Anexo III.²⁹⁷

Esta obligación, especialmente a partir del pronunciamiento expreso que sobre este tema realizó la TJCE 17-12-98, C-153/97(Grajera Rodríguez) resolviendo una cuestión prejudicial española, ha sido plenamente asumida por las entidades gestoras españolas y amparada por los tribunales españoles. En cualquier caso, es conveniente la alegación del convenio bilateral más beneficioso en la instancia, aunque no totalmente imprescindible para su consideración, pues rige el principio *iura novit curia*. Sin embargo, si es preciso la alegación de su infracción en vía de recurso extraordinario, como los de suplicación o casación para unificación de doctrina, para que pueda ser tomado en consideración y no sea considerada una cuestión nueva.²⁹⁸ Sobre los requisitos para el acceso al recurso de suplicación en estos supuestos en los que se reclaman diferencias cuantitativas ver TS unif doctrina 10-11-06, RJ 7813, Rec 4428/05; 13-10-06, JUR 256289 Rec 2980/05).

²⁹⁶ Ver TJCE 7-2-91, C-227/89 (Röndfeldt); TJCE 9-11-95, C-475/93 (Thévenon); TJCE 9-11-00, C-75/99 (Thelen) y TJCE 5-2-02, C-227/99 (Kaske). Estos convenios una vez ratificados forman parte de la legislación de los Estados miembros firmantes. De manera que conforme al principio de intangibilidad de los derechos nacionales, cuando éstos sean más favorables, no se pueden vulnerar por lo dispuesto en la norma de coordinación.

²⁹⁷ España ha suscrito convenios bilaterales de Seguridad Social con los siguientes 15 Estados miembros: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovaquia, Finlandia, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa y Suecia. Esta jurisprudencia es extrapolable al Convenio bilateral con Suiza (BOE 21.6.2002). Una referencia completa de estos convenios, sus acuerdos de aplicación y la fecha de publicación de ambos en el BOE en VV.AA. *Memento Social 2007* Ediciones Francis Lefebvre.

²⁹⁸ Exigencia puesta de manifiesto, por ejemplo, en la TS 30-4-01, RJ. 5131. Criticando esa exigencia en vía de recurso SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Laborum. Murcia. 2005. p.110.

Como se verá, la aplicación de alguno de estos convenios bilaterales, tan antiguos, puede resultar más beneficiosa respecto del cálculo de la pensión que la propia norma de coordinación comunitaria.

Por último, el art. 50 del Rgto CEE/1408/71²⁹⁹ impone que si el pensionista reside en nuestro país, la pensión que abone finalmente la Seguridad Social española debe ser complementada. Siempre y cuando su cuantía sumada a las pensiones que, en su caso, hubiesen reconocido otros Estados miembros no alcanzase el monto de la denominada **pensión mínima española**.³⁰⁰ En efecto, anualmente se fija en la LPGE y en los RD de revalorización de pensiones una cuantía mínima bruta que ha de percibir todo beneficiario de una pensión de jubilación contributiva, cuya cuantía está en función no sólo de la edad del beneficiario, sino también considerando si existe cónyuge a cargo. Este complemento a la propia pensión nacional, a diferencia la pensión misma, no es exportable, pues se asocia a la residencia, de manera que si el migrante decide trasladarla a otro Estado miembro perdería el derecho a su percepción. Debe señalarse que también procede el abono del complemento de mínimos cuando no se satisfacen de forma efectiva las pensiones de los demás Estados miembros, considerando la finalidad esencial del complemento a mínimos, que no es otro que garantizar ingresos suficientes por debajo de los cuales se entiende que el pensionista residente en España estaría en situación de pobreza. En definitiva, se puede transpolar al ámbito comunitario, la doctrina establecida respecto del impago de pensiones venezolanas reconocidas y la posibilidad de aplicar el complemento a mínimos al exigirse la suma de importes reales de pensiones no hipotéticos (TS 21-3-06, RJ 5052 que reitera la de 22-11-05, RJ 10197)

Las pensiones calculadas en el marco comunitario han de ser objeto de revalorización periódica al igual que las pensiones nacionales ordinarias. Solamente procederá su recalcu lo cuando exista un cambio normativo, en el sistema comunitario o

²⁹⁹ Ver sobre la interpretación de este artículo el apartado 5 de la TJCE 30-11-77, 64/77 (Torri) y TJCE 17-12-81, C-22/81 (Browning).

³⁰⁰ Normativa que fue incluida en el ámbito objetivo de la coordinación, hay que señalar, que en el apartado II de la Declaración española originaria (DOCE C-107 de 22-4-1987), realizada al amparo del artículo 5 del R. CEE/1408/71 y que ha sido modificada en dos ocasiones (DOCE C-304 de 21-11-1992 y la publicada en el DOCE C-321 de 27-11-1993), se recoge 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 Seguridad Social, y sólo se mencionarían en el ámbito comunitario en la declaración comunitaria de 1993 para calificarlas como PENC.

nacional, que así lo prevea en las disposiciones transitorias que establezca; recálculo que siempre será a instancia de parte.³⁰¹

En el derecho interno la doctrina judicial ha entendido que la **revisión de la cuantía** de la pensión de jubilación ya reconocida es imprescriptible y siempre puede realizarse judicialmente salvo que conculque el principio de cosa juzgada.

En cualquier caso, debe entenderse que procede un trato diverso la revisión de un acto administrativo que se fundamenta en la jurisprudencia interpretativa del TJCE. Así parece deducirse de la Sentencia TJCE 13-1-04, asunto Kühne & Heitz NV C-453/00 que, aunque relativa a una cuestión no social, establece con que: *“El principio de cooperación que deriva del artículo 10 CE obliga a un órgano administrativo ante el que se presenta una solicitud en este sentido a examinar de nuevo una resolución administrativa firme para tomar en consideración la interpretación de la disposición pertinente del Derecho comunitario efectuada entre tanto por el Tribunal de Justicia cuando:*

- según el Derecho nacional, dispone de la facultad de reconsiderar esta resolución;*
- la resolución controvertida ha adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia;*
- dicha sentencia está basada en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, es errónea y que se ha adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el artículo 234 CE, apartado 3, y*
- el interesado se ha dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia.”*

Respecto de los **efectos económicos** de estas revisiones de la cuantía de una pensión mal calculada por la Entidad Gestora, realizadas a instancia de parte, se venía entendiendo que debían retrotraerse al momento de su reconocimiento inicial; no limitándose a los 3 meses previos a tal revisión. Todo ello sin perjuicio, de que puedan entenderse prescritas las diferencias devengadas y no abonadas más allá de los 5 años previos (TS unif doctrina 21-11-06, JUR 292291 Rec 3897/05; TS 22-11-06, JUR 22877/07 Rec 3372/05).³⁰² También se llegó a esta misma conclusión al amparo de la L

³⁰¹ TJCE 22-2-01, C-52/99 (Camarotto), sobre un recálculo de una pensión a la luz de la nueva norma comunitaria favorable ver TJCE 12-2-98, C-366/96 (Cordelle).

³⁰² Véase respecto de una pensión de incapacidad permanente liquidada en el marco del capítulo III del Título III del Rgto CEE/1408/71, cuya cuantía se revisa a la luz del Convenio Hispano-alemán la TS de 11-6-03 (RJ.6009)

30/1992 art. 57.3, siempre que los supuestos de hecho necesarios ya existieran en la fecha en que se retrotraiga la eficacia del acto y no lesiones derechos o intereses legales de otras personas. En el marco de esta doctrina, que considera inaplicable a este supuesto de revisión de la cuantía de pensiones ya reconocidas de la LGSS art. 43, se ha revisado la cuantía de la pensión a la vista de la jurisprudencia interpretativa del TJCE que no limitaba temporalmente su propia aplicación (TSJ Castilla-León (Valladolid) 23-1-06, AS 14 Rec 2366/05).

Sin embargo, debe señalarse aquí que la **LGSS art.43 ha sido modificada** por la reciente Ley de presupuestos para 2007 (L 42/2006) limitando los efectos económicos de tales revisiones en la cuantía de las prestaciones a tres meses. Modificación que afecta a todas las solicitudes cursadas ante la gestora después del 1-1-2007 (LGSS art.43- modif. L42/2006). Esta modificación normativa, parece pretender limitar las consecuencias económicas que derivaban de esa jurisprudencia que ampliaba los efectos al momento del reconocimiento; y también coartar el alcance de la posibilidad revisoria que abrió la TCo 307/2006 incluso para sujetos a los que el INSS venía denegando la revisión de oficio que, con carácter general, venía realizando en las pensiones fijadas en vía administrativa como consecuencia de un giro jurisprudencial, al considerar que al haber pleiteado su base reguladora era cosa juzgada inamovible. Sin embargo, el TCo ha señalado que no existe una justificación razonable a esta desigualdad en la aplicación de la Ley por parte de la Administración, que estaba vulnerando la Const art.14.³⁰³

³⁰³ En este sentido razona el TCo que “en el presente caso no se aprecia la existencia de una justificación objetiva y razonable, resultando por el contrario arbitraria la razón opuesta por el INSS para denegar la revisión de la pensión. En efecto, el instituto de la cosa juzgada no puede ser justificación para que la Administración depare un peor tratamiento a pensionistas que se encuentran en idéntica situación y que se verían perjudicados por el único hecho de haber acudido a los órganos jurisdiccionales para obtener el reconocimiento de su derecho. Lo que está en tela de juicio en el caso de autos es el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley (art. 14 CE [RCL 1978, 2836]) y frente a ello no puede oponer el INSS que la base reguladora de determinadas pensiones hubiera sido declarada en sentencia judicial firme, de la misma manera que no ha opuesto en el caso de las restantes el que su base reguladora hubiera quedado establecida por una resolución administrativa, pese a ser la misma igualmente firme al haber sido consentida y no recurrida o, incluso, al haber sido recurrida y desestimado el recurso en sede jurisdiccional. Porque lo que se discute no es si el INSS tenía o no la obligación de revisar el conjunto de las pensiones de invalidez permanente reconocidas mediante la aplicación de un nuevo criterio de cálculo derivado de un cambio jurisprudencial, ni los límites que respecto de tal eventual obligación pudieran derivarse del efecto de cosa juzgada, sino la cuestión más precisa y relevante desde la perspectiva constitucional de si, habiendo decidido el INSS revisar tales pensiones, puede excluir de la revisión únicamente a aquellos pensionistas que obtuvieron su pensión como consecuencia de una resolución judicial. Y la respuesta ha de ser negativa, al ocasionarse con tal exclusión una desigualdad en el tratamiento de ciudadanos en idéntica situación que carece de justificación objetiva y razonable y que es, por ello, contraria al derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE.”

5.- PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA TEÓRICA.

La determinación de la “cuantía teórica” en España, como se señaló, equivale a la pensión que cobraría el migrante si hubiera cumplido toda su carrera de seguro en España, se trata de una pensión ficticia que luego se prorratea para adecuarla al tiempo de aseguramiento efectivo en nuestro país.³⁰⁴

Los problemas para la determinación de la cuantía teórica se plantean en los **dos momentos básicos de su cálculo**, esto es, tanto en lo que se refiere a la base reguladora como al porcentaje que sobre ella se aplica en función del período de carencia cumplido:

a) Para la determinación de la **base reguladora**, según la normativa nacional, se han de computar las bases de cotización del solicitante en un período de referencia de 15 años, ubicados en el momento previo al hecho causante. En el caso de un trabajador migrante el problema se suscita cuando durante tal período no existen bases de cotización españolas, o éstas resultan insuficientes para colmar el período de referencia en su totalidad. Estas lagunas de cotización española en beneficiarios que pudieron obtener el derecho a la pensión que se calcula vía totalización de períodos de seguro foráneos, pueden ser consecuencia precisamente del mantenimiento de una relación de afiliación-cotización al sistema de otro Estado miembro donde trabajaban por aplicación imperativa de las normas de conflicto del Título II del R.CEE/1408/71 que impone, como regla general, la aplicación de la ley del lugar de trabajo.

b) Respecto de la determinación del **porcentaje** aplicable a tal base, la problemática ha girado en torno a la identificación de los períodos de seguro computables y a preceptiva aplicación de los límites a la totalización que la propia norma comunitaria establece en el artículo 47.1.a) del R. CEE/1408/71; materia esta última sobre la que ha incidido de manera indirecta la TJCE de 12.9.96, C-251/94 (Lafuente Nieto).

³⁰⁴ En otro artículo de esta monografía se estudian los problemas relativos a la obligatoriedad de computar ciertos períodos ficticios en la determinación de la *prorrata temporis* o porcentaje aplicable a la cuantía teórica cuyo cálculo es el objeto de este trabajo.

4.1.- Determinación de la base reguladora: bases de cotización computables.

El primer problema relativo a la determinación de las bases de cotización computables en la base reguladora de la cuantía teórica española se regula específicamente en el **artículo 47.1.g) del Rgto CEE/1408/71, que desarrolla el art. 46.2.a)**. Como premisa interpretativa ha de tenerse en cuenta que el artículo 47 no es más que “... 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,(actual artículo 42 TCE) que implica, en particular, que los trabajadores migrantes no deben sufrir una reducción de la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social por el hecho de haber ejercitado su derecho a la libre circulación.”³⁰⁵ También ha de considerarse el Anexo VI.D.4° del Rgto. CEE/1408/71³⁰⁶ introducido por el Rgto CE/1248/92 y que a su vez interpreta al propio artículo 47 respecto del cálculo de las pensiones españolas, estableciendo, en lo que aquí interesa, el cómputo exclusivo de las bases de cotización reales del asegurado.

La gran dificultad interpretativa anudada a las normas comunitarias mencionadas se puso de manifiesto al plantearse dos cuestiones prejudiciales españolas. De ellas surgieron tanto la TJCE de 12-9-96, C-251/94 (Lafuente Nieto), previa a la introducción del Anexo VI.G (se ha movido de la letra D con la adhesión de nuevos Estados), cuyo contenido curiosamente coincidiría en lo esencial con la TJCE 9-10-97, C-31/96, 32/96 y 33/96 (Naranjo Arjona) que si tuvo en cuenta ya dicho Anexo al pronunciarse. Ante la importante litigiosidad existente el Tribunal Supremo se decidió a plantear su primera cuestión prejudicial sobre el Rgto CEE/1408/71, que dio lugar a la TJCE de 17-12-98, C-153/97 (Grajera Rodríguez).³⁰⁷ Cuestión prejudicial, esta última

³⁰⁵ Véanse en este sentido el apartado 33 de la TJCE de 12-9- 96, C-251/94 (Lafuente Nieto), que se reitera en el apartado 17 de la TJCE 9-10-97, C-31/96, 32/96 y 33/96 (Naranjo Arjona).

³⁰⁶ El Anexo VI.G.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 Seguridad Social 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.”

³⁰⁷ Un análisis pormenorizado de esta jurisprudencia comunitaria en CARRASCOSA BERMEJO, 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 Derecho Social N° 5/1999, P. 137 y ss. En un sentido similar incidencia sobre la dificultad de aplicar en el ámbito nacional el último pronunciamiento del TJCE, ver DÍAZ MÉNDEZ, Angel. “La sentencia del Tribunal de Justicia de las

en la que se confirmó la propia validez del citado Anexo VI.D.4º a la luz de los artículos 39 a 42 del Tratado CE.

Considerando la jurisprudencia nacional, consecuencia de los cambios normativos comunitarios y la jurisprudencia del TJCE citada, se puede afirmar que la situación actual es la siguiente:

1. – Rechazo a las tres teorías nacionales de integración de la laguna cotizadora en el período de referencia previo al hecho causante mediante bases de cotización denominadas mínimas, máximas o medias. Estas tres posibilidades desechadas empleaban bases ficticias, es decir, no realizadas efectivamente en el marco de nuestra legislación nacional. La elección de una de estas tres técnicas que se desarrollan a continuación no era neutra, pues arrojaba pensiones de cuantía excesivamente diversa, lo que impulsó a muchos migrantes a litigar en defensa de una mejor cuantificación de su pensión española.³⁰⁸

a) La Entidad Gestora en virtud de la normativa interna cubría la laguna aplicando **las bases mínimas** de cotización correspondientes a la categoría que tenía el trabajador migrante en el período de referencia anterior al hecho causante.³⁰⁹ Su aplicación suponía equiparar al trabajador migrante con el trabajador sedentario sin obligación de cotizar, motivo por el que fue declarada contraria al Derecho comunitario al no respetarse 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”*.³¹⁰

Comunidades Europeas en el “Caso Grajera (TJCE 1998, 319)” o la jurisprudencia imposible (Sobre el cálculo de las pensiones de los trabajadores migrantes de la Unión Europea).” Aranzadi Social Nº 8/2000.

³⁰⁸ Las consecuencias económicas de la aplicación de las distintas interpretaciones son muy diferentes, según RIOS SALMERÓN, Bartolomé “Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez (nota de urgencia a la TJCE 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”*.

³⁰⁹ 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 la práctica 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 *“... 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.

Su aplicación sólo sería posible 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.

b) También fue rechazada la integración de la laguna a través de las **bases máximas** que tomaba como base de cotización las que hubiera realizado el trabajador migrante en nuestro país de haber recibido aquí sus salarios extranjeros normalmente de muy elevada cuantía. 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 47.³¹¹ Sistema que, aunque no encaja exactamente con la definición realizada 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.

c) Por último, también fue rechazada la teoría de **las bases medias** implantada en la TS 25-2-92 (RJ.1376) y que consistía 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,³¹² 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.³¹³ A pesar de que la jurisprudencia comunitaria se decantara por las bases

³¹⁰ Principio que se desprende del artículo 42 TCE, tal y como se recoge en el Apartado 38 de la TJCE de 12-9-96, C-251/94 (Lafuente Nieto) que cita, a su vez, el apartado 26 de la TJCE 9-8-94, 406/93 (Reichling).

³¹¹ Véase apartado 39 de la Sentencia Lafuente. En este sentido contrario a este descarte de las bases máximas se defiende su pervivencia en 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 despues del 12 de septiembre de 1996." *Aranzadi Social*. Junio N° 5/1997 p.36. Más recientemente, ver OJEDA AVILÉS, Antonio "El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia". *Aranzadi Social*. N° 1/2000. P.58. Autor que defiende esta teoría, a pesar de que parece inviable en el marco del Anexo VI.D del R. CEE/1408/71 cuya validez ha sido ratificada por el TJCE.

³¹² Esta es la opción elegida por los tribunales españoles que podrían haber elegido también 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 n° 16 p.92.

³¹³ GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDÁ, Carlos. "La cotización extranjera en la pensión de jubilación española." *Tribuna Social* n° 95/1998. p.25.

reales, el TS siguió aplicando esta teoría en pronunciamientos como se puede apreciar en la TS de 27-3-95 (RJ. 2560) que incluía un voto particular sobre esta cuestión, o en el Fundamento Jurídico tercero de la TS 17-1-97 (RJ. 558). La negativa taxativa no vendría hasta la sentencia dictada por el pleno de la Sala Cuarta y que puso fin al litigio Grajera Rodríguez tras la cuestión prejudicial TS 9-3-99 (RJ. 2755).

2.- Validez del Anexo VI.G.4º del Rgto CEE/1408/71³¹⁴ en cuyo marco el TJCE entiende que se puede conseguir el objetivo del art. 46.2.a del Rgto CEE/1408/71. Donde se establece que la cuantía teórica ha de ser igual a la pensión que le hubiera correspondido al migrante si hubiese seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en España, a pesar de que su aplicación supone:

- a) Cómputo exclusivo de “**las bases de cotización reales del asegurado**”³¹⁵.
- b) Traslación del **período de referencia** que abarca los 15 años previos a la última cotización española. De manera que no ha de situarse, como establece la LGSS con carácter general, en el momento previo al hecho causante.³¹⁶
- c) El TJCE señala que en el cálculo de la cuantía teórica se puede emplear de forma indistinta la **actualización** de las bases de cotización o la **revalorización** propia pensión mediante los aumentos y revalorizaciones acordados anualmente.³¹⁷ El Tribunal

³¹⁴ En la TJCE 17-12-98, C-153/97 (Grajera) tan sólo se detectó una fisura en el Anexo VI.D.4º, según el propio TJCE poco relevante y que supuso la invalidez de la actualización limitada de la cuantía teórica que se establecía en el apartado b) in fine del punto 4º. El Rgto CE/1223/1998 (DOCE L 168, p.1) suprimió de su texto “*hasta el año anterior al hecho causante*” poniendo fin a esta discrepancia (ver Considerando 8º de la Exposición de motivos).

³¹⁵ Así se señala en el Apartado 21 de la TJCE 17-12-98, C-153/97 (Grajera) que reitera el fallo de la TJCE 9-10-97, C-31 a 33/96 (Naranjo Arjona) que, a su vez reproduce en buena medida lo establecido previamente en la TJCE 12-9-96, C-251/96 (Lafuente Nieto). Doctrina que se asume desde el plano nacional en la TS 9-3-99 (RJ.2755) donde se señala “*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...*” Reiterando esa doctrina, véase, por todas, el FºJº 3º de la STS de 20.1.2000 (RJ. 984); el FºJº 5º de la STS de 30.5.2000 (RJ. 5895); el FºJº 5º de la STS de 11.10.2001 (RJ.1501) y el FºJº 2º de la STS de 30.4.201 (RJ. 5131); STS 19.12.2003 (Rec.2121/03).

³¹⁶ De esta forma el Anexo parecía asumir respecto del cálculo de pensiones de los migrantes, la doctrina jurisprudencial del paréntesis creada por el TS con un objetivo diverso: acreditar un cierto período de carencia en el estricto marco del Derecho nacional

Supremo, por su parte, considera que son los beneficiarios disconformes los que han de alegar y probar que mecanismos puede brindar el Derecho interno para la cobertura de posibles lagunas de bases de cotización, su actualización, o la revalorización de la propia pensión resultante.³¹⁸ Se trata de una cuestión difícil, pues en buena medida la cuestión prejudicial planteada por el propio TS surgió de la constatación de la ineficacia del Derecho interno para proteger al migrante en el marco del Anexo VI del Rgto CE/CEE/1408/71, de una manera acorde a los objetivos del Tratado CE.³¹⁹ A la vista de la jurisprudencia nacional y comunitaria se pueden mencionar las siguientes propuestas:

c-1) Aplicación a las cotizaciones españolas computables “los incrementos experimentados por el **salario mínimo interprofesional** hasta el momento del hecho causante” (ver Fº Jº 5º de la TS de 12-3-03 (RJ.3642), lo que en este supuesto permitió actualizar tales cotizaciones en un nada desdeñable 3701,66%. Este criterio de actualización de la pensión que el Tribunal Supremo ha considerado adecuado, equitativo, no excluye la aplicación de otros criterios, como el establecido en el artículo 162 del TRLGSS relativo a la aplicación del índice de precios al consumo. Este criterio, muy interesante respecto de las cotizaciones remotas, pues el SMI se estableció en 60 ptas diarias (0,36 €) en 1963 que debe ponerse en relación con el SMI vigente en el momento del hecho causante, se reiteró por el TS 3-6-03, RJ 4890 Rec 2627/02 y ha sido acogido por la doctrina judicial (TSJ C. Valenciana 10-1-06, AS 916 Rec 3407/05; TSJ Valladolid 7-4-04, AS 1490). Se trata, sin duda, de un método más generoso que el

³¹⁷ En la TJCE 17.12.1998, C-153/97 (Grajera) se señala que 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 CEE/1408/71 se corresponden con esta interpretación”. Esta afirmación ya se habían insinuado en la TJCE 12.9.1996, C-251/96 (Lafuente Nieto), pues aunque en el Fallo se estipulaba la actualización de la cuantía teórica, en los apartados 39 y 40 de la misma ya se aludía a la actualización de las bases de cotización. Este tipo de afirmaciones se reiteraron en el apartado 28 de la TJCE 9.10.1997, C-31 a 33/96 (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.

³¹⁸ Ver TJCE de 17.12.1998, C-153/97 (Grajera) apartado 24 y la STS 9.3.1999 (RJ.2755) asume esta doctrina en su “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”.

³¹⁹ 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 muy desactualizadas. Como reconoce el Alto Tribunal, y el propio Abogado General en el apartado 17 de sus Conclusiones, la evolución histórica y carencias de nuestro sistema de Seguridad Social, 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.

de la revalorización de las pensiones que sólo se llevó a cabo de forma anual desde 1985.

c-2) Otra posibilidad sería la extrapolación de la **doctrina** de la TJCE de 24.9.1998, C-132/96 (**Stinco**)³²⁰ que podría entenderse que permite el incremento de la cuantía teórica, hasta un mínimo coincidente con el monto de la pensión de jubilación contributiva mínima fijada anualmente en la legislación española. En este sentido, la normativa interna española viene estableciendo que el importe de la pensión teórica no se incrementa hasta la pensión mínima salvo que así lo disponga la norma internacional aplicable en su caso (RD 1578/2006 art.14). En el marco comunitario, precisamente, es donde la aplicación del complemento por mínimos que se propugna resulta lógica y posee un mero carácter instrumental. En efecto, considerando que la cuantía teórica es la que correspondería al beneficiario si hubiera ejercido toda su actividad profesional en España, resulta obvio que ésta nunca podrá ser inferior a la pensión de jubilación contributiva mínima. La cuantía teórica no es sino una pensión ficticia, en el sentido que no tiene en cuenta la contributividad real del beneficiario al sistema, la cual se calcula o entra en juego en un paso posterior con la aplicación de la prorrata temporis. Considerando su carácter ficticio y que, en definitiva, no se pretende abonar tal complemento de forma efectiva, resulta irrelevante no solo que la residencia del beneficiario esté en España, sino también la cuantía de las pensiones que perciba en otros Estados miembros. No obstante, para ver si procede el cómputo del complemento por mínimos deben considerarse otros ingresos de capital o trabajo que ostente el beneficiario con el objeto de saber si supera el límite de ingresos establecido anualmente en la normativa nacional (TJCE de 4-5-2005, C-30/04 (Uriel Koschitzki). Resulta evidente que la doctrina Stinco esta lejos de ser la solución óptima a la problemática del cálculo de la pensión teórica, pero su aplicación permitiría garantizar al menos una cuantía teórica mínima mediante la aplicación del complemento por

³²⁰ “La letra a) del apartado 2 del artículo 46 del Reglamento (CEE) n. CEE/1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) n. 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, modificado a su vez por el Reglamento (CEE) n. 1247/92 del Consejo, de 30 de abril de 1992, y por el Reglamento (CEE) n. 1248/92 del Consejo, de 30 de abril de 1992, debe interpretarse en el sentido de que, para determinar la cuantía teórica de la pensión que sirve de base 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.”

mínimos, lo que impediría la liquidación de pensiones de jubilación excesivamente reducidas.³²¹

3.- Aplicación preferente de los Convenios bilaterales de Seguridad Social alegados como <norma más favorable> por los interesados,³²² pues en el seno de estos convenios se siguen aplicando las bases medias y otorgan, por tanto, pensiones más generosas.³²³ Cuando las pensiones hayan sido liquidadas previamente en el marco del Rgto CEE/1408/71 y a instancia de parte se solicite su revisión a la luz de las disposiciones convencionales. Sobre los efectos de la revisión nos remitimos a lo señalado previamente.

Como puede observarse, el TJCE al considerar válido el sistema de cálculo del Anexo VI no ha solucionado la problemática expuesta.

En **primer lugar**, respecto de la traslación del cómputo del período de referencia de 15 años a la última cotización real española que impone el Anexo, en lugar del establecido con carácter general en la LGSS art.162 hay que señalar que carece de

³²¹ A modo de ejemplo, según la TSJ Galicia 17-6-05 (AS.2224) donde se rechaza la aplicación de esta doctrina se declara como hechos probados que el Instituto Social de la Marina al calcular la pensión de un trabajador que cotizó en Holanda durante 10.858 días, esto es, casi 30 años entre 1963 y 1994 y tan sólo 381 días en España se le reconoce una base reguladora de su cuantía teórica de 653 pesetas, a la que se le aplica un porcentaje del 100% fijándose la cuantía teórica en esa misma cantidad. Al aplicarse la prorata del 3% aplicable a España que es la manera de tener en cuenta su contributividad resulta que debe abonarle tan sólo ¡20 pesetas!. Con la aplicación de la doctrina Stinco a este migrante, en el caso de reunir los requisitos, la cuantía teórica no podría ser inferior a la pensión mínima y sobre ella se aplicaría luego la prorata. Resulta también ilustrativo que en muchos casos la cuantía teórica de una pensión de jubilación contributiva española puede ser incluso más reducida que la propia pensión de vejez SOVI. Situación que pone de manifiesto, ya sin género de dudas, los perjuicios que están sufriendo los migrantes en el cálculo de sus derechos de Seguridad Social. GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDÁ, Carlos. “La cotización extranjera...” op. cit. p. 30, apunta la posibilidad de que la pensión de vejez del SOVI sea considerada como cuantía teórica mínima, opción que no comparto, al tratarse de una pensión diferente y existir precisamente una pensión mínima de jubilación contributiva que debiera ser en todo caso la aplicable.

³²² Ver el fallo con que se pone fin al asunto Grajera TS 9-3-99 (RJ.2755) 3º *Es posible, además, y al margen de las normas comunitarias, aplicar un convenio bilateral de Seguridad Social, 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...*”. En el mismo sentido, por todas, ver TS 28-12-04 (JUR. 49222).

³²³ Sobre la aplicación de las bases medias en el marco de algunos de los Convenios y su aplicación preferente, véase respecto del Convenio Hispano-Alemán, 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 de cotización correspondientes a la categoría del trabajador en España, véanse, por todas, el FºJº 2º de la TS de 15-11-01 (RJ.9760), la TS 28-5-02 (RJ.7653) y el FºJº 2º de la TS de 16-5-02 (RJ.7899) y el FºJº 2º de la TS 16-5-03 (RJ.5212). Sobre la aplicación de las bases medias en el marco del Convenio Hispano-holandés: véanse el FºJº 1º de la TS 9-10-01 (RJ.1475), el FºJº 2º de la TS 28-5-02 (RJ.7653), TS 21-10-02 (RJ.10914) y la TS 16-12-02 (RJ.2331/03), recientemente véanse la TS de 25-6-03 (RJ.7693) y el FºJº 1º de la TS de 25-11-03 (Rec. 3809/02). Véanse previamente las TS 15-3-99 (RJ.4410), TS 16-3-99 (RJ.3753), de 7-5-99 (RJ.4712), de 11-5-99 (RJ.5782) y de 21-6-99 (RJ 5226).

justificación. El TJCE ha apuntado que si se mantuviese el establecido en la LGSS, esto es, el previo al hecho causante se estaría tomando “... *como período de referencia un período durante el cual el trabajador migrante no participó efectivamente en la financiación del régimen de Seguridad Social 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,*”³²⁴ pero esta argumentación no convence si se recuerdan dos ideas básicas:

- 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 por la propia norma comunitaria, máxime cuando tal cambio va en detrimento de los intereses del migrante al que presuntamente debería proteger.

- por otro lado, los elementos de contributividad y reparto de 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 sobre ella 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**, debe señalarse que el sistema propuesto no funciona, porque si bien impide que en el período de referencia exista un vacío total de cotizaciones españolas reales (pues el beneficiario debió acreditar al menos un año de cotizaciones para que se reconociera el derecho a la pensión vía totalización), este sistema es incapaz de evitar que:

- a) Existan lagunas parciales que deban, de nuevo, ser integradas con alguno de los sistemas nacionales de integración rechazados.
- b) Resulte infructuosa la difícil tarea de identificar las bases de cotización remotas de los numerosos migrantes de los años 60,³²⁵ las cuales en todo caso al ser tan antiguas, y pese a posibles actualizaciones, dan lugar a una exigua cuantía teórica.

³²⁴ TJCE 17-12-98, C-153/97 (Grajera)

³²⁵ Si la última cotización se hubiera realizado en 1963, y el hecho causante se produjera en 2005 tras retrotraernos 15 años habrá que identificar la cuantía de las bases de cotización del interesado hasta 1948 si existiesen. La inexistencia de datos o la existencia de bases o cuotas de estructura diferente (SOVI o Retiro Obrero) en ocasiones, impedirán determinar base reguladora alguna. Así lo reconoce el propio INSS en su Circular de 20-7-1992. Citada en este sentido por RIOS SALMERÓN, Bartolomé. “Reglamentos...” op.cit. p.14. y en el FºJº1º de la TSJ (Murcia) 21-2-97 (AS.377) de la que es ponente.

En efecto, no se ha especificado por la jurisprudencia ni comunitaria, ni nacional cuál ha de ser el mecanismo de integración que se utilice para cubrir las lagunas parciales cuando no existan cotizaciones reales suficientes para cubrir un período de referencia de 15 años o cuando se desconocen tales bases por su carácter remoto.³²⁶ A la vista de esta situación, no estaría de más una nueva cuestión prejudicial que enfrentase al TJCE con sus propias contradicciones. La utilización por las entidades gestoras de criterios válidos de revalorización resulta crucial para lograr que una pensión de jubilación contributiva española, reconocida en el marco del Rgto. CEE/1408/71 a favor de un trabajador migrante, no esté vacía de contenido al poseer una cuantía ridícula. Situación 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 Seguridad Social nacionales.

Resulta **paradójico** que a los migrantes a quienes les sea de aplicación uno de los Convenios bilaterales preexistentes, al haber generado en su marco una expectativa de derecho antes de la entrada en vigor en nuestro país del Rgto. CEE/1408/71, obtengan gracias a su aplicación una pensión de jubilación más razonable. La persistencia aplicativa de estos Convenios no puede ser la solución comunitaria a los problemas mencionados, no sólo por su falta de uniformidad, pues considerando las distintas regulaciones que contienen, la aplicación de la integración de lagunas con las bases medias estará en función del Estado de destino de la emigración.³²⁷ También hay que considerar que no cubren los supuestos de migraciones a más de un Estado miembro, recibiendo el migrante que trabajo en 3 ó 4 Estados un tratamiento fraccionado e insuficiente que parecía que los Reglamentos comunitarios iban a solventar. Por último, porque es imposible recurrir a ellos cuando no se hayan generado expectativas de derecho en su seno antes de la entrada en vigor del Rgto. CEE/1408/71

³²⁶ De hecho el INSS está realizando su integración **mediante bases mínimas**, contaviniendo lo establecido en el apartado 37 de la TJCE 12-9-96, C-251/96 (Lafuente Nieto). Cuando el período de referencia es muy remoto y no existe esa posibilidad está optando por aplicar las bases tarifadas únicas. Paradójicamente, con este sistema la cuantía teórica de las pensiones de jubilación española, en ocasiones, posee un monto inferior al garantizado para las pensiones SOVI, reconocidas a favor de trabajadores que, como es sabido, tan sólo acreditan 5 años de período de carencia. Véase la TS de 30-9-99 (RJ.7869) y la TS de 19-12-03 (RJ.9381)

³²⁷ Sobre la no aplicación de las bases medias en el marco del Convenio Hispano-Británico de 13-9-74 (BOE 31-3-1975) TSJ de Galicia de 5-7-02 que devino firme al no existir sentencia contradictoria en el marco del recurso para casación para la unificación de doctrina interpuesto TS de 18-12-03 (RJ.684/04).

en nuestro país en 1986. De manera, que en estos supuestos será de aplicación el Anexo VI del Rgto. CEE/1408/71 con toda su problemática al no haberse generado expectativas de derecho en el seno de estas normas convencionales antes de la entrada en vigor de los Reglamentos de coordinación en España.

4.2.- Determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora: límite a la totalización de cotizaciones foráneas.

Para el cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora de la cuantía teórica se han de computar o totalizar todos los períodos de seguro acreditados en todos los Estados miembros a lo largo de su carrera. Se deben computar, siguiendo las normas de aplicación del Rgto CEE/574/1972 art.15 al que se remite el Rgto CEE/1408/71 art.47.1.b), **todos los períodos reconocidos** como tales por cada una de las legislaciones nacionales independientemente de que tales períodos de seguro posean carácter real o ficticio (TJCE 3-10-02, C-347/00 (Barreira Pérez)).

Junto a las cotizaciones de otros Estados miembros, o incluso cumplidas en terceros Estados (que como se señaló también se computaban para el reconocimiento del derecho), para calcular el porcentaje hay que sumar las **cotizaciones españolas** incluyendo, entre otras:

a) Los años de bonificación concedidos por edad reconocidos por la OM de 18-1-1967 disp. Trans.2.3º (TS 5-7-01 (RJ.7309); 26-6-01 (RJ.6834); 9-10-01 (RJ.1475); 15-11-01 (RJ 9760); 28-5-02 (RJ.7653) y 15-5-04 (RJ.4515).

b) Las cotizaciones compensatorias de las reducciones de la edad en el marco del Régimen Especial del Mar (Decreto 2309/1970 de 23-7-1970 y en la OM de 17-11-1983 art.4). Obligación de cómputo que no sólo se deriva de la norma comunitaria de coordinación, pues también se recoge en la normativa interna que obliga a considerar el tiempo servido por marinos españoles a bordo de embarcaciones extranjeras abanderadas en países con los que exista instrumento internacional de Seguridad Social aplicable a los trabajadores del mar (RD 2390/2004 art. 5; TS 9-10-01 (RJ.7563/02); TS 21-10-02 (RJ.10914); TS 28-5-02 (RJ.7563); TS 16-5-03 (RJ.5212) y TS 30-4-04 (RJ.4493).

La **totalización de cotizaciones foráneas** computables por la institución española al calcular la cuantía teórica tiene un **límite** establecido en el artículo 47.1.a) del Rgto CE/CEE/1408/71, aplicable en todos los Estados miembros para calcular

pensiones de jubilación mayoritariamente legislaciones tipo B.³²⁸ En efecto, la institución competente española ha de totalizar únicamente los períodos de cotización foráneos necesarios hasta alcanzar la duración máxima exigida por la LGSS para obtener una prestación completa. En otras palabras, para calcular la pensión solo se totalizan los períodos cuya agregación suponga un incremento de la cuantía de la pensión, lo que en España, normalmente salvo trabajo más allá de los 65 años, supone no comentar más allá de 35 años que son los que dan derecho a una pensión completa o el 100% del porcentaje aplicable a la base reguladora. Los efectos beneficiosos de este límite a la totalización se manifiestan al determinar la *prorrata temporis*, pues al reducir el denominador de la fracción y mantenerse constante el numerador, el porcentaje de *prorrata* que le corresponde al migrante es superior, sin perjudicar, por tanto, al migrante por haber trabajado más años en el extranjero.

Este límite a la totalización, como establece el propio artículo 47.1.a) del Rgto CE/CEE/1408/71, **no se aplica** cuando el cálculo de la cuantía teórica se refiere a legislaciones tipo A. En tales supuestos, tal aplicación carece de sentido al ser precisamente prestaciones cuya cuantía es independiente del período cotizado. Así, lo confirmó en el punto 3 del fallo³²⁹ que resume lo argumentado en los apartados 51a 53³³⁰ en la TJCE 12-9-96, C-251/92 (Lafuente Nieto) respecto del cálculo de una

³²⁸ **Artículo 47 (11) Disposiciones complementarias para el cálculo de las prestaciones**

“1.- Para el cálculo de la cuantía teórica y de la prorrata señalados en el apartado 2 del artículo 46, se aplicarán las reglas siguientes:

a) si la duración total de los períodos 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 períodos. 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. Esta disposición no será válida para las prestaciones cuya cuantía no está en función de la duración de los períodos de seguro.”

³²⁹ 3) La letra c) del apartado 2 del artículo 46 del Reglamento núm. CEE/1408/71 (LCEur 1983\411 1), antes citado, no se refiere al cálculo de prestaciones por invalidez con arreglo a 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.

³³⁰ **51 “Finalmente, del propio tenor literal de la letra c) del apartado 2 del artículo 46, en su redacción vigente en la fecha considerada por el órgano jurisdiccional nacional, resulta que esta regla se aplica cuando la duración total de los períodos de seguro cubiertos en todos los Estados miembros de que se trata sea superior al período máximo exigido por la legislación de uno de estos Estados para disfrutar de una prestación completa. Esta última definición sólo puede referirse a legislaciones conforme a las cuales las prestaciones se calculan, en principio, en función de la duración de los períodos cubiertos.**

52.-La regla controvertida (la del 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. Habiendo figurado desde el principio en la letra c) del apartado 2 del artículo 46 del

pensión de incapacidad permanente española, donde se deben totalizar todos los períodos de seguro foráneos.

Pese a la claridad de lo establecido en artículo 47.1.a) del Rgto CEE/1408/71 la jurisprudencia nacional está denegando este derecho como puso de manifiesto, inicialmente, el FºJº3º párrafo 4º de la TS de 9-10-01 (RJ.1475).³³¹ Sentencia que en contra de lo establecido en el Reglamento avala 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.³³² La vulneración del artículo 47.1.a) del Rgto CEE/1408/71 que se desprende de la TS mencionada no es un supuesto aislado sino la postura adoptada de forma generalizada por las Entidades gestoras, con el beneplácito de los tribunales como seduce de los siguientes pronunciamientos (TS 20-4-04, RJ 3656 Rec 2932/03; TS 5-5-04, RJ 4966 Rec 3262/03; TS 20-4-04, RJ 3656; ver también el FºJº 5º de la TS 16-5-03 (RJ.5212); TS 3.7.2003 (RJ.7162); o del FºJº 3º de la STS de 26.6.2001 (RJ.6834).³³³).

Los argumentos esgrimidos en la **TS de 9-10-01 (RJ 1475/02)** para defender una totalización completa de los períodos foráneos en el cálculo de la cuantía teórica resultan poco convincentes, máxime cuando ni siquiera se hace mención al artículo

Reglamento (LCEur 1983\411 1), dicha regla fue desplazada a la letra a) del apartado 1 del artículo 47 por el Reglamento núm. 1248/92 (LCEur 1992\1580), antes citado, y completada por la precisión según la cual «esta disposición no será válida para las prestaciones cuya cuantía no esté en función de la duración de los períodos de seguro».

*53.-Tal como demuestra el hecho de que, en los considerandos del Reglamento núm. 1248/92(LCEur 1992\1580), no se dé ninguna explicación al respecto, no puede estimarse que este desplazamiento de texto y esta precisión hayan introducido una **nueva disposición** en la normativa, sino que debe pensarse que se trata de una mera medida de aclaración, que corrobora la interpretación que acaba de efectuarse (véase, por analogía, la Sentencia Reichling [TJCE 1994\153], antes citada, apartado 29).*

³³¹ 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).”

³³² 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.

³³³ En esta sentencia de 2001 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. Véase TSJ de Galicia de 11-2-00 como impugnada, siendo la Sentencia de contraste elegida la dictada por la misma Sala TSJ Galicia 26-7-99 (AS.5712); esta tendencia se mantiene en la más reciente TSJ Galicia 17-6-05 (AS.2224).

47.1.a) del Rgto. CEE/1408/71 que la prohíbe. El Alto Tribunal parece confundir en el marco de su fundamentación dos cuestiones tan distintas como son:

- el cómputo de los períodos ficticios por edad españoles en el marco de la *prorrata temporis*, 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 cotización requerido para causar prestaciones*”. Se trata de una extraña afirmación, pues no se entiende, en primer lugar, como la definición de período de seguro contenida en el artículo 1.r) del Rgto CEE/1408/71, que remite a su configuración por las normas nacionales, puede restar virtualidad a la totalización limitada que preconiza el artículo 47 respecto del cálculo de la cuantía teórica. Ni tampoco, en segundo lugar, como podría influir respecto de la totalización, siempre en la medida de lo necesario, estipulada en el artículo 45 del Rgto CEE/1408/71 y cuyo único objeto sólo pudo consistir en el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación española que se está calculando. Es cierto, que este artículo no se aplica al cálculo de la pensión que, como se ha señalado, se regula en el artículo 46 que, a su vez, se completa con lo estipulado en el tan mencionado artículo 47.1.a).

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.*” Pero no existe tal incongruencia en el petitum del migrante, sobre todo si se analizan sus pretensiones a la luz del sistema de determinación del coeficiente de *prorrata temporis* aplicable por España, pues el demandante solicita:

- .- limitar la totalización de períodos foráneos con el objeto de anclar el denominador de la fracción con la que se calcula tal coeficiente;
- .- 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.

A los argumentos mencionados, el TS ha sumado otros nuevos en pronunciamientos posteriores, tales como que:

- el límite a la totalización supondría dejar al trabajador determinar la proporción en que abonarían la prestación los diferentes Estados, o;

- que el Estado con menor número de cotizaciones abonaría una mayor parte de las prestaciones.³³⁴

Argumentación cuyo fundamento recuerda a la errónea jurisprudencia mantenida respecto del adelanto de prestaciones, en cuyo marco el Alto Tribunal parecía entender que se encontraba ante el cálculo de una única pensión a repartir entre los Estados miembros donde trabajó el migrante, en lugar del cálculo de distintas pensiones nacionales bajo normativas de Seguridad Social diversas que es lo que realmente impone la normativa de coordinación.³³⁵

En otros pronunciamientos más recientes, manteniendo su postura contraria al límite impuesto en el Rgto CEE/1408/71 de 14-6-1971 art.47.1.a), se transcribe lo fundamentado ya en la TS 3-7-03 (RJ.7162) donde se consideraba que la limitación sólo procedía para el reconocimiento de la pensión y no para el cálculo, aunque en esta ocasión se cita incluso la disposición comunitaria infringida (ver TS unif doctrina 21-7-06, Rec 1003/05; 11-7-06, Rec 1991/2005; 6-7-06, Rec 24/05).

Nada parece justificar la inaplicación sistemática del artículo 47.1.a) del Rgto CEE/1408/71 que están avalando los tribunales españoles. Su inobservancia, que ya no desconocimiento, está suponiendo una penalización al migrante a la hora de calcular su derecho a una pensión de jubilación española ya reconocida. Este trabajador tras sufrir, en ocasiones, el cálculo a la baja de la base reguladora de su cuantía teórica, también puede padecer una reducción de la prorrata temporis española como consecuencia de la totalización completa de períodos foráneos empleada para la determinación del porcentaje aplicable a la mencionada base reguladora.

6.- PROBLEMAS EN EL CÁLCULO DE LA PRORRATA TEMPORIS.

³³⁴ Esta polémica argumentación ha sido utilizada por la TSJ de Madrid 11-3-05 (AS.662) para defender la totalización completa de períodos foráneos para el cálculo de una pensión del SOVI. Aunque en este caso la conclusión final es acertada la argumentación correcta hubiera sido la inaplicación del límite establecido en el Rgto CEE/1408/71 art.47.1.a) al ser tipo A la legislación reguladora del SOVI. Sobre esta cuestión, sobre la que todavía no se ha pronunciado el TS (se inadmitió un recurso de unificación en TS 20-4-04 (RJ.3655) existen posiciones encontradas. Así, el propio TSJ de Madrid 22-11-00 (JUR.52056/01) aplicó el límite a la totalización sin considerar que se trataba de una pensión tipo A; mientras que el TSJ Andalucía (Sevilla) 31-12-02, (AS.525/03) si tuvo en cuenta tal circunstancia precisamente para inaplicar el límite y totalizar al completo los períodos foráneos.

³³⁵ Sobre esta jurisprudencia ya superada afortunadamente, ver CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. *La coordinación comunitaria...* op. cit. p. 282.

Una vez calculada la pensión teórica, ésta debe ser prorrateada, para ello la Entidad Gestora aplica sobre dicha cuantía un porcentaje o fracción que tiene como numerador los períodos de seguro españoles, siendo el denominador la suma de todos los períodos cumplidos en otros Estados miembros y que fueron totalizados al calcular la pensión teórica. Es en este momento cuando se observan los efectos beneficiosos del límite de la totalización en las legislaciones tipo B (Rgto CEE/1408/71 art.47.1.a), a la que se ha aludido, pues esta disposición permite la reducción del denominador, produciendo un incremento del porcentaje de prorrata de la pensión que percibe el migrante. En cualquier caso para el cálculo de la prorrata temporis se deben computar, de entre los períodos de cotización o residencia tomados en cuenta para calcular la pensión teórica únicamente, los cumplidos antes del hecho causante (Rgto CEE/1408/71 art.46.2.b). Exigencia que, si bien resulta taxativa respecto de los períodos de cotización reales, se torna algo confusa cuando se trata de períodos ficticios de difícil ubicación temporal pero que también deben ser considerados, pues no existe ninguna norma comunitaria que les excluya.

Respecto del cómputo de períodos ficticios españoles en la prorrata hay que distinguir entre los existentes:

En primer lugar, respecto de **los años de bonificación concedidos por edad**, tales como los reconocidos por la OM de 18-1-1967 disp.trans.2.3º.³³⁶ se han pronunciado tanto el TJCE, como los órganos jurisdiccionales nacionales, señalándose que se han de **computar** en la prorrata. Períodos que, por otro lado, también son computables en el marco del Convenio bilateral Hispano-Alemania.

El **TJCE** se manifestó en sentido favorable a su cómputo en su sentencia de 3-10-02, sobre el asunto Barreira Pérez C-347/00; contestando, así a la cuestión prejudicial planteada por el JS, N° 3 de Orense.³³⁷ Al pronunciarse sobre el asunto

³³⁶ A dicha OM se remite el Reglamento General del Régimen Especial del Mar (Decreto 1867/1970 disp.transit. 3ª, con la salvedad de que en este caso la fecha de referencia es la de 1-8-1970. Se trata en ambos casos de períodos ficticios reconocidos en una norma de derecho transitorio con el objeto de paliar los efectos peyorativos de un cambio normativo en el marco del sistema nacional de Seguridad Social.

³³⁷ Según los Hechos 4º y 5º 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 FºJº 4º 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.

Barreira, el TJCE siguió las pautas fijadas por el **Abogado General en sus Conclusiones**,³³⁸ y al igual que éste consideró clave para ubicar temporalmente estos períodos ficticios, en un momento, anterior o posterior del hecho causante, el momento en que se sitúen, a su vez, los elementos o parámetros que considera la legislación nacional para otorgar tales períodos ficticios. Este mismo criterio había permitido al TJCE desestimar el cómputo de ciertos períodos ficticios alemanes por ser posteriores (TJCE 26-6-80, asunto Menzies 793/79)³³⁹ y, en sentido contrario, se calificó de anteriores a al hecho causante ciertos períodos ficticios belgas que, en consecuencia, debieron ser computados en la prorrata (TJCE 18-2-92, asunto Di Prinzio C-5/91).³⁴⁰ Por su parte, el TJCE en la sentencia Barreira, en relación con los períodos ficticios españoles, afirmó que eran anteriores al hecho causante, y debían computarse en la prorrata, valorando que su reconocimiento giraba en torno a las cotizaciones realizadas

³³⁸ En tales Conclusiones de 6-6-02 se considera que se han de computar estos períodos que califica de ficticios; orientando así a los órganos jurisdiccionales nacionales que son los que deben pronunciarse sobre su naturaleza y alcance. El Abogado General llega a esta conclusión valorando que fueron computados para el cálculo de la cuantía teórica, sin que en sus alegaciones ni Gobierno español, ni el INSS hubieran sido capaces de probar en que otro concepto distinto al de períodos ficticios obedeció su cómputo. El Abogado General considera que estos períodos ficticios se ubican en un momento previo al hecho causante, siendo clave que su reconocimiento girase en torno a las cotizaciones realizadas a regímenes de seguro previos al vigente y considerando la edad que tenía el beneficiario en 1967. El Abogado General rechazó asimismo las alegaciones del Gobierno español que consideraba que su cómputo suponía una doble ventaja para el migrante, pues podía sumarse a las mismas el cómputo de las cotizaciones foraneas reales acreditadas en otro Estado miembro entre el 1-1-60 y el 31-12-66. El Abogado General señaló que no existía tal doble ventaja, pues no es posible ubicar de forma tan precisa los períodos ficticios en el lapso temporal mencionado, de manera que, de acuerdo con el Rgto 574/72/CEE art. 15.e), se presume que no hay superposición y han de computarse ambos períodos ficticios y reales.

³³⁹ La controversia giraba sobre el cálculo en una pensión de incapacidad permanente a favor de un trabajador migrante, el Sr. Menzies, y el cómputo por la entidad gestora alemana de unos períodos ficticios que su legislación otorgaba de forma complementaria a favor de aquellos asegurados que se hubieran visto afectados por una incapacidad profesional antes de haber cumplido 55 años. A través de ellos se trataba de valorizar la pensión en caso de invalidez prematura del asegurado concediéndole como cotizado el intervalo que separa el momento del hecho causante y el cumplimiento futuro de dicha edad de 55 años por el trabajador. En este caso el legislador alemán para su otorgamiento tomaba en cuenta un período posterior al hecho causante que impedía su cómputo en la prorrata, cuestión que no era óbice para que si se hubieran tomado en consideración para el cálculo de la pensión teórica.

³⁴⁰ La controversia giraba sobre el cálculo de una pensión de viudedad a favor de la Sra. Di Prinzio, causada por un trabajador migrante ya jubilado, el Sr. Tormen. En concreto se trataba de dilucidar si se debían computar en la prorrata temporis ciertas cotizaciones ficticias que se otorgaban por el legislador belga a quienes hubieran trabajado ciertos períodos en la minería. En efecto, a quien acreditara por lo menos 25 años de cotización real se le otorgaban, como cotizaciones ficticias, las que le restaran hasta 30 años, carencia que suponía el reconocimiento de una pensión completa. En los apartados 54 y 56, se considera que estos períodos ficticios, añadidos a los años de ocupación efectiva o asimilada por la legislación que aplica la institución competente belga, son previos al hecho causante y, en consecuencia, deben computarse no sólo en el cálculo de la pensión teórica sino también para la determinación de la prorrata.

a regímenes de seguro previos al vigente y siempre considerando la edad que tenía el beneficiario en 1967. En definitiva, que los elementos o parámetros que el legislador manejaba para otorgarlos eran, sin duda, previos al hecho causante. Además, como se señala en los apartados 40 y 41 de dicha sentencia, la negativa a considerar en la *prorrata* tales períodos perjudica especialmente a los trabajadores migrantes por el mero ejercicio del derecho a la libre circulación.³⁴¹ De manera, que se impone su cómputo para alcanzar el objetivo de los artículos 39 a 42 TCE y evitar así la pérdida por parte de los trabajadores migrantes de las ventajas de Seguridad Social que concede el Sistema de español; circunstancia que disuadiría del ejercicio del derecho a la libre circulación, obstaculizándolo.

El TS también los computa desde su sentencia TS 26-6-01, RJ 6834, separándose así de pronunciamientos iniciales.³⁴² Para fundamentar su postura, en los primeros pronunciamientos, se refiere a su ubicación temporal señalando que estas cotizaciones estimadas son muy anteriores al hecho causante, esto es, correspondientes al período previo a la implantación de los regímenes actuales de Seguridad Social, cumpliendo así el requisito exigido por el artículo 46.2.b) del R. CEE/1408/71 para su cómputo en el cálculo de la *prorrata*.³⁴³ Sin embargo, separándose de la fundamentación del TJCE, el TS contempló que el cómputo de esas cotizaciones, o años de bonificación por edad, obedecía a que debían ser consideradas cotizaciones asimiladas a las reales o estimadas,³⁴⁴ esto es, lo que parece ser un tercer género, entre las reales y las ficticias.³⁴⁵ La argumentación primera sobre su ubicación temporal, que

³⁴¹ "En efecto, el interesado quedaría así privado de la bonificación que se le reconocería de haber efectuado toda su carrera al amparo de la legislación del Estado miembro competente lo que en el presente caso conduciría, como afirma el órgano jurisdiccional remitente a que el coeficiente utilizado en el cálculo de la prestación prorrateada se fijara en 0'5685 en vez de 0'6733."

³⁴² En sentido negativo se había pronunciado en el FJº 3º.4 de la TS 7-12-99, RJ 9693, sobre la desafortunada fundamentación jurídica de esa sentencia ver CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. *La coordinación...* op. cit. P. 296.

³⁴³ FºJº 6º de la TS de 26-6-01 (RJ 6834)

³⁴⁴ Han sido otorgadas "sobre la base de un cálculo estadístico, cumpliendo la función de liberar al asegurado de una prueba de cotizaciones reales difícil y azarosa" FJº 3º TS 28-5-02, Rec 2838/01)

³⁴⁵ Se cambia así la perspectiva sobre la naturaleza de tales cotizaciones pues previamente el TS había señalado que "... no son cuotas reales, puesto que la referida Disposición Transitoria 2ª 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, TS 4-7-94 (RJ 633); TS 23-11-95 (RJ. 8685) y 28-11-95 (RJ 8768).

era la verdaderamente crucial, se fue perdiendo en algunos pronunciamientos posteriores y, en ocasiones, sólo se argumentó su cómputo con base al carácter estimado y no ficticio de las cotizaciones (entre otras muchas, TS 5-7-01, RJ 7309; 26-6-01, RJ 6834; 21-10-02, Rec 276/02; 9-10-01, RJ 1475/02; 15-11-01, RJ 9760; 28-5-02, RJ 7536; 13-11-02, Rec 1382/02; 24-6-03, Rec 3943/02; 13-11-03, Rec 4792/02; 16-5-03, Rec 3809/02 y 18-12-03, Rec 3389/02 reiterando tal jurisprudencia TS 15-5-04, RJ 4515; 27-4-04, Rec 2097/03 y TS unificada doctrina 16-6-04, RJ 6930).

En segundo lugar, y a diferencia de lo que sucede con las cotizaciones ficticias mencionadas, esto es, las bonificaciones por edad, el TJCE no se ha pronunciado sobre la necesidad de computar para el cálculo en la prorrata de ciertas **cotizaciones compensatorias de las reducciones de la edad** establecidas en el marco del **Régimen Especial del Mar** (Decreto 2309/1970 de 23-7-1970 y en la OM de 17-11-1983 art.4-derog RD 2390/2004 art.6).³⁴⁶ Cotizaciones ficticias que, no obstante, si debieron ser computadas al calcular el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión teórica.

El Tribunal Supremo si se ha pronunciado de forma negativa sobre esta cuestión (TS 9-10-01, RJ 1475/02; 28-5-02, RJ 7536; TS 14-2-03, RJ 3312; TS 15-5-04, RJ 4515; TS 14-4-05, Rec 2799/04; TS 31-5-06, RJ 3780 Rec 3085/06). La fundamentación de estos pronunciamientos es controvertida, pues alude principalmente al carácter ficticio de las cotizaciones y no siempre atiende a su ubicación temporal, que como se ha señalado es el criterio que fija la normativa comunitaria y al que ha atendido la propia jurisprudencia del TJCE. Así en la sentencia TS 18-12-03 (Rec 3389/02) se rechaza su cómputo considerando que se trata de “*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 manejando un criterio que parece irrelevante para la jurisprudencia comunitaria, esto es, que “*se abonan exclusivamente para el reconocimiento de la prestación y para el cálculo del porcentaje a percibir.*”³⁴⁷ Esta

³⁴⁶ 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. Oponiéndose a su cómputo en la *prorrata* se había pronunciado previamente, sin distinguirlas respecto de las cotizaciones ficticias por edad, ver TS 7-12-99 (RJ 9693).

argumentación no es consistente, ni acorde con la seguida por el TJCE en su sentencia de 3-10-2002 sobre el Asunto Barreira,³⁴⁸ pues no se puede afirmar que la norma comunitaria no avale el cómputo de cotizaciones ficticias. En efecto, como es sabido, a tenor de la definición de períodos de seguro contenida en el artículo 1.r) del Rgto CEE/1408/71, el legislador comunitario reconoce expresamente que éstos podrán tener carácter real o ficticio. No existiendo ninguna norma comunitaria que 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*.³⁴⁹

No obstante, debe reconocerse que en los más recientes pronunciamientos del TS mencionados la negativa a computar estos <períodos de bonificación> si se avanza en la fundamentación correcta, aunque llegándose de nuevo a una **conclusión negativa** “...el ámbito temporal que cubren es posterior a la jubilación, pues se da como cotizado precisamente el tiempo posterior al cese en el trabajo, aunque, a efectos de la bonificación, se tenga en cuenta el trabajo realizado con anterioridad a aquélla.” Sin embargo, la **conclusión podría ser distinta**, pues de la lectura del vigente RD 2390/2004 se confirma que la aplicación de los coeficientes reductores de edad y la consideración, como cotizado, del período de tiempo en que resulte rebajada la edad a los meros efectos de calcular el porcentaje aplicable a la base reguladora, está en función de los períodos de vida laboral en los que el trabajador acredite el desarrollo de alguna de las actividades identificadas en el artículo 2. En este sentido, se podría entender que ese parámetro para su concesión, la vida laboral en ciertas actividades, se

³⁴⁷ Véase la TS de 9-10-01 (RJ 1475). En el mismo sentido, véase la TS de 21-10-02 (RJ 10914), la TS de 25-11-03 (Rec. 3809/02) o el FºJº 3º de la TS de 30-9-03 (RJ 7454) donde se señala que “éstas sí son cotizaciones ficticias, que no tienen como título un período de seguro efectivo. A esta doctrina unificada hemos de estar también la decisión del presente asunto.”

³⁴⁸ Máxime considerando que en la Sentencia Barreira, el TJCE sentencia asumiendo como propias las Conclusiones del Abogado General, señalaría en su Fallo que:
“1) El artículo 1, letra r) del Reglamento (CEE) n. CEE/1408/71 (...) debe interpretarse en el sentido de que los períodos de bonificación como los previstos en la legislación española, que se atribuyen, en el marco de la liquidación de los derechos a pensión, para tener en cuenta derechos causados conforme a anteriores regímenes de seguro de vejez ya derogados, deben considerarse períodos de seguro conforme a dicho Reglamento.

2) El artículo 46, apartado 2, letra b) del Reglamento n. CEE/1408/71 (...) debe interpretarse en el sentido de que los períodos de bonificación como los previstos en la legislación española que se atribuyen en el marco de la liquidación de los derechos a pensión, para tener en cuenta derechos causados conforme a anteriores regímenes de seguro de vejez, ya derogados, deben tomarse en consideración para el cálculo efectivo de la pensión.”

³⁴⁹ En este sentido véase el punto 2 del FºJº único de la TSJ de Galicia de 27-2-1998 que a tenor de la definición de período de seguro realizada por el artículo 1.r) del Rgto CEE/1408/71, sostenía que “... es una afirmación absolutamente voluntarista la de que el artículo 46.2 del Reglamento CEE/1408/71 dispone el exclusivo cómputo de cuotas reales...”.

ha de situar en un momento previo al hecho causante. Se puede establecer, por tanto, un cierto paralelismo con la ya mencionada TJCE 18-2-92, asunto Di Prinzio C-5/91. Pronunciamiento en el que se señalaba que eran previas al hecho causante y computables ciertas cotizaciones ficticias belgas que se agregaban a favor de los trabajadores que acreditaran como mínimo 25 años en la minería.

Por último, debe señalarse que resulta cuando menos sorprendente que en algunos de estos pronunciamientos el TS señale que el cómputo de tales períodos puede perjudicar a los intereses del trabajador migrante que lo solicita, cuando, por el contrario, es indudable que mejora el porcentaje aplicable sobre la cuantía teórica, incrementando finalmente la cuantía de la pensión que ha de abonar la institución competente española.³⁵⁰

7.- CONCLUSIONES

Como se ha puesto de manifiesto en este trabajo existen importantes dificultades interpretativas, empezando con el posible reconocimiento de una pensión de viudedad a favor del cónyuge superviviente de un matrimonio entre homosexuales, cuestión a la que, como se ha señalado, a mi modo de ver no se puede dar una única respuesta, sino tantas como Estados aplican la normativa de coordinación.

En cuanto al cálculo de una pensión de jubilación española de Seguridad Social en el marco del Rgto CEE/1408/71, se constata de nuevo que la aplicación práctica de esta compleja normativa no resulta pacífica. Aunque, en ocasiones, se ha achacado dicha dificultad a las inagotables modificaciones que sufre esta normativa, sin embargo se constata a la luz de la más reciente jurisprudencia, comunitaria y nacional, que la controversia se centra en artículos ya fijados de forma inalterada desde la modificación propiciada por el Rgto CE/1248/1992. Entre tanta confusión sigue llamando poderosamente la atención que el número de cuestiones prejudiciales planteadas siga siendo reducido, y en el caso del TS se limite al asunto Grajera.

En cualquier caso conviene recordar que la normativa se caracteriza por ser netamente tuitiva, debiéndose insistir en que su finalidad no puede ser otra que

³⁵⁰ En efecto, no se comprende el sentido de la siguiente afirmación del Alto Tribunal en la TS de 9-10-01 (RJ 2001/1475) y reiterada en el FºJº 5º in fine de la TS de 16-5-03 (RJ 2003/5212) donde 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.”*

preservar la eliminación de los obstáculos que, en materia de Seguridad Social, pudiera encontrar el trabajador migrante. Finalidad que obviamente no se consigue con el recorte sistemático, y en muchas ocasiones injustificado, de su derecho a una pensión de cuantía razonable.

BIBLIOGRAFÍA

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. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 1999.
- .- “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 Derecho Social* N° 5/1999.
- .- “La doctrina del Tribunal Supremo y la jurisprudencia comunitaria sobre el Reglamento 1408/1971/CEE” *Noticias de la Unión Europea* n° 222/2003.
- .- *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento CEE/1408/71*. Consejo Económico y Social. (Col Estudios). Madrid. 2004. p.350.
- .- “La pensión de jubilación y derecho supranacional” /en/ VV.AA (Antonio V. Sempere Navarro Dir.) *Pensiones por Jubilación o Vejez*. Aranzadi. (Colección Grandes Tratados). Navarra. 2004. p. 545-628.
- .- “Trabajo en el Extranjero” /en/ VV.AA. *Memento Practico Social 2005*. Francis Lefebvre. Madrid. 2005.
- .- “Trabajadores migrantes” /en/ VV.AA *Memento Práctico Seguridad Social 2005-2006 y 2006-2007*. Francis Lefebvre. Madrid.
- .- “Cálculo de la pensión de jubilación española en el marco de la coordinación comunitaria: determinación de la “cuantía teórica” /en/ VV.AA SANCHEZ RODAS, Cristina (dir). *Migrantes y Derecho: Problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*. Laborum. Murcia. 2006. p.95-115

CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZALEZ, J. “Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho internacional privado español”. La Ley n° 6391 de 2-1-06.

DESDENTADO BONETE, Aurelio.

- “La Seguridad Social de los trabajadores migrantes de la Unión Europea en unificación de doctrina” *Noticias de la Unión Europea*. Febrero 1998.

- “ 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 UE” AA.VV. *Problemática española de la Seguridad Social Europea. Instituto Europeo de Relaciones Industriales*. Comares. Granada. 1999.
- “En el laberinto: desempleo asistencial y jubilación de los trabajadores migrantes entre el Derecho Comunitario y “las leyes de acompañamiento”. La Ley. 22-2-99.

DIAZ MENDEZ, Angel. “La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el “Caso Grajera (TJCE 1998, 319)” o la jurisprudencia imposible (Sobre el cálculo de las pensiones de los trabajadores migrantes de la Unión Europea).” *Aranzadi Social* N° 8/2000.

GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBRED, Carlos “La cotización extranjera en la pensión de jubilación española.” *Tribuna Social* n° 95/1998.

GOMEZ ALVAREZ, Tomás. “Los “años de bonificación” y el cálculo de la pensión de jubilación de los emigrantes españoles retornados”. *Aranzadi Social* n° 3/2003. (BIB 2003/519).

OJEDA AVILES, Antonio. “El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia”. *Aranzadi Social*. N° 1/2000.

RIOS SALMERON, Bartolomé. “Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez (nota de urgencia a la TJCE de 12 de septiembre de 1996 caso “Lafuente.” *Actualidad Laboral* n°1/1997.

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 N° 5/1997.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina.

.- *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Laborum. Murcia. 2005.

.- ¿Una laguna del Reglamento 1408/71? El (in)existente concepto de cónyuge en derecho comunitario./en/ VV.AA SANCHEZ RODAS, Cristina (dir). *Migrantes y Derecho: Problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*. Laborum. Murcia. 2006. p.257-281.

VIVES CABALLERO, Marta. “Seguridad Social y Constitución Europea. Presente y Futuro. Ejemplar mecanografiado de la ponencia realizada en 2005 en el curso del CGPJ “Aspectos y cuestiones actuales de Seguridad Social”.

LAS PRESTACIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA: NUEVAS PERSPECTIVAS Y VISIÓN CRÍTICA.

SONIA ISABEL PEDROSA ALQUÉZAR

PROFESORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA.

SUMARIO

LAS PRESTACIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA: NUEVAS PERSPECTIVAS Y VISIÓN CRÍTICA. 187

I. INTRODUCCIÓN.....	187
2. LAS BASES JURÍDICAS DE LA PROTECCIÓN DE LOS RIESGOS PROFESIONALES EN EUROPA: LAS NORMAS INTERNACIONALES Y LA COINCIDENCIA DE REGÍMENES.	191
2.1. Las normas de la OIT y del Consejo de Europa.	191
2.2. Las coincidencias de regímenes	193
3. REGULACIÓN Y PROBLEMÁTICA DE LOS RIESGOS PROFESIONALES EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES EN EUROPA.	195
3.1. Las prestaciones por riesgos profesionales.....	196
3.2. Las prestaciones de invalidez como causa de los riesgos profesionales.	200
4. LA CALIDAD SOCIAL COMO PREMISA PARA LA EFECTIVIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL EUROPEA.....	203
5. EL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN Y SU INFLUENCIA EN LAS PRESTACIONES DE RIESGOS PROFESIONALES.....	207
5.1. El método abierto de coordinación como respuesta a las demandas de calidad social.....	208
5.2. La calidad social y el mac como principios inspiradores de unas prestaciones en riesgos profesionales efectivas.	213
6. CONCLUSIONES	216

LAS PRESTACIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA: NUEVAS PERSPECTIVAS Y VISIÓN CRÍTICA.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Comunitario de Seguridad Social está entrando en una nueva fase de desarrollo. La regulación de la Protección Social relacionada con la libre circulación de personas sobre el que este Derecho se proyecta se encuentra trufada de nuevas connotaciones y dimensiones. La normativa comunitaria de Seguridad Social debe adaptarse a la internacionalización de la economía y sus efectos en los mercados laborales de los distintos Estados miembros que suponen, en abundantísimas ocasiones, la aparición de nuevas formas de empleo, nuevas formas de trabajar y nuevas responsabilidades empresariales; al proceso continuado de la integración Europea; al fenómeno de la inmigración; a las cuestiones cada vez más demandadas de Responsabilidad Social de las Empresas; al proceso continuado de Integración Europea; a la evolución de la técnica y de la tecnología que debe llevar a regular de forma rigurosa, en cuanto posible afección del derecho a la intimidad de los trabajadores, los límites jurídicos de comunicación de datos entre Estados Miembros relacionados con la Seguridad Social; y a la propia diferencia y evolución de los Sistemas de Protección Social de los países “tradicionales” de la Unión Europea y de los que se han incorporado recientemente.

Esta evolución justifica el estudio de cómo está estructurada la Protección Social en las relaciones laborales extraterritoriales, sus posibles carencias, y la apuesta por soluciones adecuadas que garanticen, desde la proporcionalidad, la efectiva materialización del principio de igualdad de trato para todos los ciudadanos de la Unión que no deben verse desprotegidos ante la disparidad de los sistemas de Protección Social existentes. Principio éste que, sin duda, tiene mayor interés en las cuestiones de Seguridad Social relacionadas con riesgos profesionales, que van a ser objeto de concreto comentario en esta parte del estudio conjunto, en la medida en que son las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales las destinadas a reparar, no simplemente una situación de necesidad como demanda el

artículo 41 de la Constitución al recoger el derecho a la Seguridad Social³⁵¹, sino una situación de necesidad en la que es determinante la falta de salud; y sin esta salud difícilmente pueden hacerse efectivos otros derechos y otras prestaciones. Es indudable que el principio de igualdad debe ser tenido en cuenta para dar respuestas a problemas surgidos en relación con situaciones de extraterritorialidad pero, cuando el bien jurídico afectado es la salud que enlaza directamente con el derecho a la vida, este principio de igualdad debe aplicarse de forma absolutamente escrupulosa si quiere conseguirse una efectiva “calidad social” europea.

Además, la importancia del estudio de los riesgos profesionales desde la óptica de la Seguridad Social Comunitaria se justifica también en el hecho de que fueron, precisamente, normas relacionadas con este tipo de contingencias las que constituyeron las primeras manifestaciones de lo que hoy es el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Así, ante las situaciones degradantes que generó el primer Capitalismo donde primaba el capital sobre el trabajo sin apenas intervención estatal (“laissez-faire”) comenzaron a alzarse algunas voces que, posteriormente, dieron lugar al Movimiento Obrero cuyas reivindicaciones fueron plasmándose en diversas normas que atendían a una doble finalidad³⁵²: por un lado, aliviar la situación de todos aquellos que, por haber sufrido una agresión asociada a su actividad laboral perdían parte o toda su capacidad laboral y, con ella, un posible medio de subsistencia, o en caso de muerte dejaban a una familia en situación de indigencia. Se trata de las primeras normas sobre accidentes de trabajo (vertiente reparacionista). Por otro, los Estados trataron de limitar la enorme potencialidad lesiva de la actividad laboral a través de normas prohibitivas, como las de limitación de la jornada o relativas al trabajo de mujeres o menores³⁵³ (vertiente prevencionista).

El estudio de estos riesgos desde la vertiente reparacionista se hace con base en el nuevo Reglamento (CE) núm 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social señalando sus carencias a través de los principios inspiradores de la

³⁵¹ Vid lo que supone este artículo, integrando pronunciamientos anteriores: Pumar Beltrán, N.: *La Igualdad ante la Ley en el Ámbito de la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2001, págs. 27-72.

³⁵² Sempere Navarro, A; García Blasco, J; Cardenal Carro, M; González Labrada, M.: *Derecho de la Seguridad y salud en el trabajo*. Madrid, 3ª ed, Cívitas, 2001, pág. 31.

³⁵³ Así, por ejemplo, en Inglaterra, existía desde 1802 una Ley de Protección moral y sanitaria de los aprendices y en Francia, en 1841, se exigió que los niños tuvieran, al menos, 8 años, y se prohibió que trabajaran de noche.

Seguridad Social comunitaria, principalmente el de igualdad de trato, -que, en esta materia se encuentra a medio camino entre el respeto de los sistemas individuales de Seguridad Social y las concesiones al trabajador migrante³⁵⁴ -, y proponiendo mejoras en el mismo que incidan en una Seguridad Social igualitaria y de calidad en Europa que garantice al trabajador tranquilidad en su vida migratoria. Para ello, hay que tener en cuenta que este Reglamento supone una versión actualizada del 1408/1971, integrando sus modificaciones legislativas³⁵⁵ y jurisprudenciales³⁵⁶ e intentando adaptarse, no sin dificultades, a los nuevos planteamientos de la Seguridad Social en la Unión Europea que parten de la necesidad de conseguir una efectiva calidad social en todos los países de la Unión. Aunque no será aplicable hasta la entrada en vigor del nuevo Reglamento de aplicación, que sustituirá al 574/1972³⁵⁷, puede afirmarse, -al menos desde el tenor literal de sus disposiciones y en comparación con lo que ha supuesto el 1408/1971-, que logra el objetivo de simplificación, mejor funcionamiento y más cobertura del sistema coordinado de Seguridad Social comunitario. Aplica sus disposiciones a todos los nacionales de los Estados miembros y no solamente a las personas que forman parte de

³⁵⁴ Sobre este particular, vid. Carrascosa Bermejo, D.: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 2004, págs. 83-86 y Gonzalo González, B.: *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995, págs. 52-58.

³⁵⁵ Reglamento (CE) n° 1386/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, por el que se modifica el Reglamento n° 1408/71 del Consejo relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, entre otros. Siguen vigentes, sin embargo, otros Reglamentos, como el Reglamento (CE) n° 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y del Reglamento (CEE) n° 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad no estén cubiertos por las mismas e incluso se han elaborado Reglamentos posteriores modificando el 1408/71 -647/2005, como más reciente-, pues no debe olvidarse que el Reglamento 883/2004 sólo se aplicará a partir de la fecha de entrada en vigor del nuevo reglamento de aplicación (en trámite, Vid. Comisión de las Comunidades Europeas: “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social” -COM (2006) 16 final, de 31 de enero de 2006-).

³⁵⁶ Vid. Considerando 3 del Reglamento 883/2004. La doctrina también ha hecho referencia a la influencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la interpretación y modificación del Reglamento 1408/71. Así, Ojeda, señala que “desde la perspectiva jurídica hay sin embargo una fuerza en actividad permanente dentro de todo ese entramado (de la protección Social en Europa -es de la autora-) cuya labor constante bien podría hacerla merecedora de su consideración como motor del cambio. Sus continuas intervenciones adoptan un tono menor, como retoques o pinceladas de algunos aspectos normativos, pero a fuerza de retocar los perfiles alteran el conjunto del cuadro en un sentido beneficioso para la justicia social. Me refiero al Tribunal de Justicia...” “Sobre todo en Seguridad Social, las sentencias han interpretado de forma generosa los textos legales, en ocasiones anulando algún artículo del Reglamento 1408/71 o declarando su no aplicación a determinados supuestos, con lo que repetidamente el Consejo ha debido dictar la oportuna reforma del citado Reglamento...” (Ojeda Avilés, A.: “La calidad social europea desde la perspectiva de los derechos fundamentales” *Relaciones Laborales* núm 1, 1998, pág. 241).

³⁵⁷ Vid. nota al pie núm.5.

la población activa³⁵⁸, aumenta las ramas de Seguridad Social dependientes del régimen de coordinación³⁵⁹, fortalece el principio de exportación de prestaciones o refuerza el principio de la *lex loci laboris*, como garantía de igualdad de trato de todas las personas que trabajen en el territorio de un estado miembro³⁶⁰.

Se trata, en definitiva, de detectar si el sistema de Coordinación, que inspira la política de Seguridad Social Comunitaria en aras del respeto a los diferentes sistemas europeos de Seguridad Social³⁶¹ -si bien sin que ello obste a que se respete el Derecho Comunitario³⁶²- garantiza, en relación con las consecuencias de la materialización de los riesgos profesionales, una efectiva respuesta a las distintas situaciones en las que los ciudadanos españoles o europeos pueden verse inmersos, por su trabajo fuera de las fronteras nacionales. Cuestión que no es baladí en cuanto que la estrecha relación del derecho a la salud con el derecho a la vida demanda extremado rigor en la adopción de normas relacionadas con la tutela reparadora de los riesgos profesionales que deben procurar, conforme a los nuevos planteamientos de la Unión Europea, -reflejados infra-, no sólo una compensación económica sino, en la medida de lo posible, la incorporación, de nuevo, al mercado de trabajo.

³⁵⁸ Consiguendo, de esta forma, que también jubilados, estudiantes o no activos conserven sus derechos en materia de prestaciones sociales cuando se desplacen en la Unión Europea (Vid. art. 2 del Reglamento 883/2004).

³⁵⁹ Vid. art. 3.2 del Reglamento 883/2004.

³⁶⁰ Vid. considerando 17 del Reglamento 883/2004.

³⁶¹ La apuesta por la coordinación de sistemas de Seguridad Social viene refrendada por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha señalado, en reiteradas ocasiones que el Derecho Comunitario no debe restringir la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social y, en consecuencia, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar, por una parte, los requisitos del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de Seguridad Social (SSTJCCEE, de 24 de abril de 1980 -Coonan- y de 4 de octubre de 1991, -Paraschi-) y, por otra, los requisitos que confieren derecho a las prestaciones (SSTJCCEE, de 30 de enero de 1997 -Stober y Piosa Pereira- y de 28 de abril de 1998 -Kohl-).

³⁶² Así lo recuerda, entre otras, la STJCCEE de 23 de noviembre de 2000 -Asunto C-135/99, Essen- y STJCCEE de 7 de julio de 2005 -Asunto C-227/03, Van Pommeren-Bourgondiën- señalando que aunque los Estados miembros “conservan su competencia para organizar sus sistemas de Seguridad Social, deben respetar el Derecho Comunitario al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre circulación de los trabajadores”.

2. LAS BASES JURÍDICAS DE LA PROTECCIÓN DE LOS RIESGOS PROFESIONALES EN EUROPA: LAS NORMAS INTERNACIONALES Y LAS COINCIDENCIAS DE LOS REGÍMENES.

2.1. Las normas de la OIT y del Consejo de Europa.

Antes de la elaboración de las normas coordinadoras de los sistemas de Seguridad Social europeos, como garantía a la libre circulación de los trabajadores, existían normas de aplicación a distintos países integrantes de la actual Unión Europea preocupadas por una adecuada protección en el trabajo frente a los riesgos que pudieran surgir.

Es así que, la conciencia de la lesividad que la actividad laboral podía generar, llevó a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), poco después de su creación en 1919, a elaborar Convenios y Recomendaciones que incidían en la protección del trabajador frente al riesgo de accidente o enfermedad en el trabajo³⁶³, bien desde la vertiente reparacionista o bien desde la vertiente preventiva. Entre ellos pueden señalarse el Convenio sobre la Cerusa, de 1921, donde se establece que todo miembro que lo ratifique viene obligado a reglamentar el empleo de la cerusa, de sulfato de plomo y de cualquier otro producto que contenga estos pigmentos en los trabajos en los que no esté prohibido su empleo, y, desde el punto de vista reparador, los Convenios sobre la indemnización por accidentes del trabajo, en agricultura y en general, de 1921 y 1925 respectivamente, el Convenio sobre las enfermedades profesionales y el Convenio sobre la igualdad de trato en accidentes de trabajo, ambos de 1925³⁶⁴.

³⁶³ Pueden consultarse en <http://www.ilo.org/ilolex>

³⁶⁴ Veinticinco años antes, en 1900, y como manifestación de un incipiente intervencionismo planificado y coordinado en prevención y reparación de accidentes, se aprobó en España, la primera Ley específica de Accidentes de Trabajo, de especial trascendencia en nuestro sistema preventivo y de Seguridad Social actual en cuanto que introduce la teoría del riesgo profesional, teoría que supone un cambio de rumbo en el terreno de la responsabilidad del empresario, puesto que progresa desde la responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva y significa el encuentro con los fundamentos del deber de prevención del empresario, al ser considerado este causante originario del riesgo (Por todos, González Sánchez, J.J: *Seguridad e Higiene en el Trabajo: formación histórica y fundamentos*, CES, Madrid, 1997, págs 88-92). Con ella, la tutela de la persona del trabajador tendrá una doble vertiente, preventiva y reparadora.

Estos Convenios han sido superados por los Convenios núm 102, sobre la Seguridad Social (norma mínima), de 1952, y núm. 121, sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de 1964, no ratificado por España³⁶⁵.

Al objeto de nuestro estudio, el Convenio núm 102 establece³⁶⁶, con un contenido que prácticamente importó en su totalidad, en 1964, el Convenio Europeo de Seguridad Social y su Protocolo en el marco del Consejo de Europa³⁶⁷, unos mínimos para atender las diversas situaciones de necesidad producidas como consecuencia de accidentes o enfermedades que traen causa en el trabajo.

Así, las contingencias que deben cubrir prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedad profesional son: estado mórbido, incapacidad para trabajar temporal o definitiva y la pérdida de medios de subsistencia sufrida por la viuda o los hijos del trabajador.

Además, en un principio, y fieles a su carácter de normas de mínimos³⁶⁸ que establecen un umbral de requisitos por debajo del cual el Estado firmante incumple sus obligaciones, aunque no impone ni métodos ni fines que alcanzar, estos dos Convenios no extendían la cobertura de estas contingencias a todos los trabajadores, si bien, en casi todos los países que los ratificaron el número de trabajadores que se encuentran cubiertos es bastante considerable.

³⁶⁵ Para ratificaciones ver, igualmente, la página: <http://www.ilo.org/ilolex>

³⁶⁶ Vid, Parte VI: Prestaciones en Caso de Accidente del Trabajo y Enfermedad Profesional y Parte IX: Prestaciones de Invalidez.

³⁶⁷ Puede afirmarse que la práctica totalidad de países que hoy conforman la Unión Europea suscribieron y ratificaron este Convenio y su Protocolo. Se revisó en 1990 para, entre otros objetivos, extender su ámbito subjetivo, aumentar los niveles de cobertura, extender la duración de los beneficios, permitir mayor flexibilidad en la configuración de los requisitos que dan derecho a las prestaciones o adaptarse a las demandas de igualdad de sexo (Vid. sobre sus objetivos y sobre el porqué de la redacción de sus artículos en Consejo de Europa: “*Explanatory. Report on the European Code of Social Security (Revised)*”, <http://conventions.coe.int>. El número de suscripciones y ratificaciones del texto revisado es mucho menor).

³⁶⁸ Sobre este carácter, vid. Ojeda Avilés, A y García de Cortázar y Nebreda, C.: “La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, en VVAA, Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C; Moreno Vida, M.N.: *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Comares, Granada, 2006, pág. 36.

Por otro lado, reconocen las prestaciones en especie, entendidas como asistencia médica y farmacéutica, y también la reeducación profesional para que las personas con capacidad reducida puedan adaptarse a un trabajo apropiado.

Tanto en los casos de incapacidad temporal como definitiva se reconoce la necesidad de un pago periódico con reglas de cálculo específicas y, además, establecen que, al menos, debe garantizarse la prestación a cuantas personas hayan cumplido un período mínimo de cotización o empleo.

2.2. Las coincidencias de los regímenes

La mayoría de los países que hoy son miembros de la Unión Europea ratificaron estos Convenios señalados y han seguido sus directrices en la regulación de las prestaciones por riesgos profesionales. Es así que, si bien con formas de financiación, requisitos de concesión y gestión diferentes, puede deducirse una serie de coincidencias que, en mi opinión, podrían servir de base para una normativa común, o, al menos, mayor acercamiento en ciertos aspectos como la delimitación de conceptos³⁶⁹ o la aproximación en los grados de invalidez, que revertiría sin duda en la mejora del principio de igualdad en el ámbito de unas prestaciones cuyo justificación es la falta de salud de los trabajadores.

Siguiendo los informes del año 2006 del MISSOC³⁷⁰, como Sistema de Información Mutuo sobre Protección Social en la Unión Europea, esas coincidencias pueden resumirse como sigue³⁷¹:

-Las cotizaciones por riesgos profesionales suelen correr a cargo exclusivo de la empresa, aunque también hay sistemas con cotización compartida entre empresa y

³⁶⁹ Así por ejm, en la doctrina, González-Posada, sobre la base de un tratamiento jurídico comparado del accidente de trabajo propone una delimitación material del mismo: Gonzalez Posada Martínez, E.: “El accidente de trabajo: evolución normativa y tratamiento jurídico comparado”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo* núm 1, 2000, págs. 88 y 89.

³⁷⁰ http://ec.europa.eu/employment_social/social_protection/missoc_tables_fr.htm

³⁷¹ Algunas de ellas ya apuntadas anteriormente por González Gómez, A.: “Regulación de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de la Unión Europea”, *La Mutua*, núm. 7, 2002, pág. 17.

asalariados (Irlanda), sistemas mixtos en los que interviene, también, el Estado (Luxemburgo) o sistemas que utilizan la vía impositiva (Reino Unido).

-La asistencia sanitaria derivada de la materialización de estos riesgos es amplia y, por lo general, gratuita, con preocupación por las medidas de rehabilitación.

-Su cobertura corre a cargo de Compañías de Seguros, Fondos Especiales o Instituciones específicas dentro de la Seguridad Social pública.

-Salvo Reino Unido, República Checa, Eslovaquia, Polonia y Países Bajos (este último por no tener normas específicamente destinadas a los riesgos profesionales separadas de las contingencias comunes), todos los países incluyen, para tener derecho a las prestaciones, el accidente “in itinere”, si bien Dinamarca, Malta y Letonia con limitaciones, que en el caso de estos dos últimos tienen relación con el hecho de que medio de transporte utilizado sea del empleador o pagado por este. Limitaciones y ausencias que, aunque no constituyen un porcentaje excesivamente elevado en relación con los 25 estados que actualmente conforman la Unión, dan lugar a que situaciones iguales sean tratadas de forma diferente en función del Estado en el que el trabajador esté asegurado. No se trata de una cuestión de financiación, de gestión o de límites en el acceso donde puede estar justificada la diversidad, sino de impedir el acceso, por una cuestión de calificación jurídica, a prestaciones en una situación de necesidad que deja desprotegido al trabajador porque está asegurado en un concreto país europeo y no en otro. No obstante, como se verá, en el supuesto de los trabajadores migrantes este problema se soluciona aplicando el principio de asimilación de prestaciones, hechos, rentas y acontecimientos regulado en el artículo 5 del Reglamento 883/2004.

-Para la consideración de enfermedad profesional suele seguirse el sistema de lista cerrada o un sistema mixto donde debe probarse la conexión con el trabajo de la enfermedad no incluida en la lista (Bélgica o Irlanda).

-Las prestaciones se calculan, por regla general, sobre salarios reales percibidos o que se supone podrían percibirse de no haber sufrido el accidente o la enfermedad.

-En la mayoría de los países o bien no se exigen períodos de carencia o éstos son mínimos (Irlanda: 3 días). Algunos países exigen períodos de exposición al riesgo para determinadas enfermedades profesionales (Irlanda: para la sordera profesional –10 años-).

-Todos establecen grados de invalidez sobre los que se obtiene mayor o menor montante de renta periódica.

Puntos en común que confirman la necesidad de que, si no puede llegarse a una armonización o a una mayor convergencia en los Sistemas de Seguridad Social –que quizá fuera posible en el ámbito de las prestaciones tratadas- se llegue, al menos, a una coordinación avanzada, con alguna pincelada armonizadora, que vaya en paralelo con la evolución de la Unión Europea en su conjunto hacia la Europa de la Ciudadanía europea y la Europa Social, y que tenga en cuenta, a su vez, la relación con los sistemas fiscales para evitar cualquier solapamiento de cara al pago de prestaciones³⁷².

3. REGULACIÓN Y PROBLEMÁTICA DE LOS RIESGOS PROFESIONALES EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES EN EUROPA.

Como se verá infra, el método coordinativo tiene que completarse con una evolución y, por tanto, apertura, del hermetismo que siempre ha caracterizado a los sistemas internos de Seguridad Social si, efectivamente, quiere lograrse una calidad social en Europa.

En este apartado se va a analizar cómo ha planteado el Reglamento 883/2004 las normas de coordinación en el ámbito de los riesgos profesionales para, tras analizar lo que supone la Calidad Social europea y el Método Abierto de Coordinación, plantear propuestas de mejora.

³⁷² Vid., en relación con estas reflexiones, dentro de los Trabajos Parlamentarios de elaboración del Reglamento 883/2004, el Dictamen de la Comisión COM (2004) 332 final y el Documento A5-0234/2004.

3.1. Las prestaciones por riesgos profesionales.

Por lo que a prestaciones por riesgos profesionales se refiere, artículos 36 a 41 del actual Reglamento, pocos son los cambios a resaltar con respecto a la legislación anterior³⁷³, -quizá por su propia evolución-, salvo una mayor claridad en la redacción al reducirla a la explicación de lo necesario remitiendo a normas comunes con prestaciones por enfermedad, maternidad y paternidad³⁷⁴ y dejando para el Reglamento de aplicación más concreción, lo que favorece una mejor comprensión y aplicación de los derechos que corresponden a un trabajador que desarrolla una actividad laboral extraterritorial; y por otro lado, la omisión de la referencia específica a los accidentes in-itinere que realizaba el Reglamento 1408/1971³⁷⁵, seguramente por entenderse cubiertos a través del principio de asimilación de hechos, prestaciones, rentas y acontecimientos, aunque no hubiera estado de más dejar la referencia anterior por si algún Estado, cuya legislación no cubra estos accidentes, pudiera hacer una interpretación restrictiva de ese principio.

La regulación actual, con las particularidades de la prestación de invalidez que luego se comentarán, queda como sigue:

Para tener derecho a las prestaciones se exige, simplemente, que el interesado esté asegurado contra el riesgo profesional en el momento de producirse el hecho causante.

³⁷³ Vid. comentario a la legislación anterior enlazando con la actual en Ojeda Avilés, A y García de Cortázar y Nebreda, C.: “La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, op.cit., págs 35-68.

³⁷⁴ Vid. arts. 17, 18, 19, 20 y 21 del Reglamento 883/2004 y la remisión a los mismos por el artículo 36, ya en el capítulo referido a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

³⁷⁵ Cfr. art. 56 del Reglamento 1408/1971: “*El accidente ocurrido durante un desplazamiento en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente será considerado como ocurrido en el territorio del Estado competente*”.

Además, se aplican los principios, sin apenas limitaciones, que rigen la coordinación comunitaria de los sistemas europeos de Seguridad Social, salvo el de totalización de períodos (art. 6), por la propia dinámica de la prestación ya que, como se ha visto supra, prácticamente ninguna legislación europea exige para tener derecho a estas prestaciones por riesgos profesionales un determinado período de cotización o de seguro. Así, igualdad de trato (art. 4)³⁷⁶, asimilación de prestaciones, rentas, hechos o acontecimientos (art.5), prohibición de acumulación de prestaciones (art. 10), exportabilidad de las mismas, abolición de las cláusulas de residencia (art. 7), coordinación administrativa (art. 71 y ss) y unicidad de la legislación aplicable (art. 11).

En consonancia con este último principio se reafirma el de la *lex loci laboris* y, por tanto, las prestaciones económicas a las que tendrán derecho los trabajadores cuando sufran un accidente de trabajo o una enfermedad profesional serán las que determine el lugar donde éste ha estado asegurado o cotizando. Conforme al artículo 21 pueden pagarse directamente por el estado competente³⁷⁷ o bien por el estado de residencia o estancia pero con cargo al Estado competente, previo acuerdo entre los mismos, y de conformidad con la legislación del Estado miembro competente. Conformidad que, según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, debe abarcar, también, la forma y variables a tener en cuenta para el cálculo de la prestación, como así lo ha recordado la Sentencia de 9 de noviembre de 2006³⁷⁸, en la que se debate el derecho a prestaciones a favor de trabajadores expuestos a amianto, señalando que debe tenerse en cuenta “el salario que el interesado habría podido percibir razonablemente, habida cuenta de la evolución de su carrera profesional, si hubiera seguido desempeñando su actividad en el Estado miembro de la institución competente”.

³⁷⁶ No sólo entre nacionales de los diversos Estados miembros o que asuman las obligaciones de este Reglamento (Suiza), sino también igualdad de trato entre hombre y mujer, sobre la que también se ha manifestado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación a los riesgos profesionales (STJCEE de 23 de mayo de 2000 – Asunto C-196/98-).

³⁷⁷ Conforme al artículo 1 del Reglamento 883/2004 por Estado miembro competente se entiende aquel en el que se encuentra la institución competente y por institución competente, la institución a la cual el interesado esté afiliado en el momento de la solicitud de las prestaciones; o la institución de la cual el interesado tenga derecho a obtener prestaciones, o tendría derecho a ellas si él o uno o más miembros de su familia residieran en el Estado miembro donde se encuentra esta institución o la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate.

³⁷⁸ Asunto C 205/05, Nemec.

La fuerza de la aplicación de la *lex loci laboris* se manifiesta también en el hecho de que cuando un trabajador reciba prestaciones por riesgos profesionales en su Estado de residencia por parte de otro Estado miembro en el que estuvo asegurado, ese Estado de residencia no puede exigir el pago de cotizaciones o de retenciones equivalentes previstas por su normativa para la cobertura de las prestaciones de incapacidad laboral.³⁷⁹

Siguiendo ese principio, las prestaciones en especie o cuidados médicos las recibirá, o bien en el lugar de residencia habitual, conforme a la legislación de éste, pero por cuenta del Estado en el que está asegurado, o bien en el propio Estado donde desarrolla su actividad. También se garantiza que un trabajador por cuenta ajena o propia víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, que disfrute de las prestaciones a cargo de la institución del Estado competente, pueda recibir cuidados médicos en otro Estado miembro distinto al que reside si éste no puede dispensarle esos cuidados en un plazo justificable desde el punto de vista médico, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad. Situaciones estas últimas que deberían haberse acotado con una lista ejemplificativa, no cerrada, de supuestos en los que pueda entenderse que su estado de salud no puede esperar a esos cuidados médicos en el lugar en el que reside.

En relación con estas prestaciones en especie mejora, con acierto, lo establecido en el Reglamento anterior cuyo artículo 55 señala que la duración del servicio de las prestaciones se ajustará a lo previsto en la legislación del Estado competente. Ahora no hay limitación en la concesión de esas prestaciones en especie, garantizándose, así, una efectiva protección que anteriormente podía verse desvirtuada por las prisas en conseguir una pronta recuperación del afectado.

Respecto a los gastos de transporte por la Institución competente del Estado en que el trabajador esté afiliado para llevarlo a su lugar de residencia o a un centro hospitalario, debe advertirse que el artículo 37 condiciona el pago a que el Estado competente prevea esa asunción de gastos y la institución autorice previamente el

³⁷⁹ STJCEE de 10 de mayo de 2001 –Asunto C-389/99, Rundgren-. Si bien, el Tribunal no ha dejado muy claro si el Estado Competente, además de pagar la prestación, podría continuar exigiendo cotizaciones con arreglo a su legislación a trabajadores que estuvieran residiendo fuera de su territorio (STJCEE, de 3 de mayo de 2001 –Asunto C-347/98, Reino de Bélgica-).

transporte, teniendo debidamente en cuenta los motivos que lo justifican. Esta previsión deja a cargo del trabajador el supuesto contrario, carga que, de lege ferenda, debería eliminarse, sobre todo en el supuesto, y por aplicación estricta del principio de la *lex loci laboris*, en que el Estado prevea esos gastos³⁸⁰.

Por otro lado, en caso de enfermedad profesional en dos o más Estados la prestación se otorga en virtud de la legislación del último de los Estados cuyas condiciones se hayan satisfecho. Estado que, tal y como se establecía en el art. 57.2 del Reglamento 1408/71 y, conforme a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, debe reconocer el diagnóstico de enfermedad profesional realizado por otro Estado miembro, incluso sobre la base de su legislación³⁸¹. En esta línea interpretativa del Tribunal, aunque nada establezca el Reglamento actual por su carácter simplificador, si la legislación del Estado miembro obligado supedita la concesión de la prestación al requisito de que la actividad se haya ejercido durante un período de tiempo determinado, se tendrán en cuenta los períodos cumplidos en otros Estados y en la misma actividad, tal y como preveía el artículo 57.4 del Reglamento 1408/71, y sobre la base del actual artículo 5 que recoge el principio de asimilación de prestaciones, rentas, hechos o acontecimientos.

Si se produce agravación y el interesado no ha ejercido bajo la legislación de otro Estado miembro una actividad por cuenta ajena o propia que pueda provocar o agravar la enfermedad se hará cargo de las prestaciones el Estado en el que estaba asegurado. En caso contrario, la institución competente del segundo Estado miembro concederá al interesado un complemento de cuantía igual a la diferencia existente entre la cuantía de las prestaciones a que el interesado tenga derecho después de la agravación y la cuantía de las prestaciones a que hubiera tenido derecho antes de la agravación, según la legislación aplicada por la institución del segundo Estado, en el supuesto de que la enfermedad hubiese sobrevenido bajo la legislación de dicho Estado Miembro (art. 39.b). Cantidad del complemento que manifiesta el interés del Reglamento por la

³⁸⁰ De hecho, en los Trabajos Parlamentarios de elaboración del Reglamento que se viene analizando, parece intuirse el malestar por ese posible perjuicio al trabajador al afirmar que la cuestión del transporte debería haberse regulado de forma más audaz (Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, de 27 de enero de 2004, acerca de la Posición común adoptada por el Consejo con vistas a la adopción de un reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social –COM (2004) 44 final-, pág. 8).

³⁸¹ STJCEE de 11 de marzo de 1986, -Asunto 28/85, Deghillage-.

igualdad de trato a través del principio de asimilación de hechos prohibiendo, además, conforme a estos principios, las cláusulas de reducción, suspensión o supresión contenidas en la legislación de un Estado miembro (art. 39.c).

Para que no quede desprotegido ningún trabajador en relación con las prestaciones en especie, en el supuesto de que en el Estado en el que se encuentra asegurado o en el de residencia o estancia no exista seguro contra los accidentes o las enfermedades profesionales, el artículo 40 asimila estas situaciones a aquellas relacionadas con contingencias comunes.

Por otro lado, en consonancia con los artículos 61.5 y 61.6 del Reglamento 1408/71 y sobre la base, de nuevo, del principio de asimilación de hechos y acontecimientos, el artículo 40.3 establece que “se aplicará el artículo 5 a la institución competente de un Estado miembro en lo referente a la equivalencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que, o bien hayan sobrevenido o bien se hayan reconocido posteriormente bajo la legislación de otro Estado miembro, cuando se evalúe el grado de incapacidad, el derecho a prestaciones o la cuantía de las mismas”³⁸², si bien teniendo en cuenta la unicidad de legislación³⁸³.

3.2. Las prestaciones de invalidez como causa de los riesgos profesionales.

Un estudio en profundidad de estas prestaciones excedería del objetivo de este trabajo, cual es, tomando como punto de partida las legislaciones de los distintos países miembros y las normas coordinativas, proponer una posible convergencia, armonización o, al menos, “ cesión de hermetismo” de los sistemas de Seguridad Social Europeos en

³⁸² Confirma lo que autorizó el artículo 61.6 del Reglamento 1408/1971 tras una restrictiva Jurisprudencia: STJCCEE de 29 de mayo de 1979 –Asuntos 173 y 174/78, Villano y Barion-: “.....el apartado 5 del artículo 61 del Reglamento (CEE) núm 1408/71 no imponen a la institución competente de un Estado miembro la obligación de tener en cuenta, como si se hubieran producido bajo la legislación de dicho Estado miembro, accidentes o enfermedades sobrevenidos con posterioridad bajo la legislación de otro Estado miembro”.

³⁸³ Así, a lo señalado se le imponen dos condiciones: a) que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional anteriormente sobrevenidos o reconocidos bajo la legislación que ella aplique no hayan dado lugar a indemnización y, b) que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional sobrevenidos o reconocidos con posterioridad no den lugar a indemnización en virtud de la legislación del otro Estado miembro bajo la cual hayan sobrevenido o hayan sido reconocidos.

el ámbito de los riesgos profesionales. Se realiza, así, una exposición haciendo hincapié en lo más problemático de estas prestaciones en aras del objetivo citado.

La regulación de la coordinación de la prestación de invalidez parte del hecho de que, para algunos países el importe de las prestaciones de invalidez es independiente de la duración de los períodos de seguro (los sistemas denominados “A” –Bélgica, España, Reino Unido etc.-) y, para otros depende, sin embargo, de la duración de ese seguro, de los períodos cotizados (sistemas “B” -Italia, Dinamarca, etc.-).

Dado que el trabajador ha podido estar sujeto, a lo largo de su vida laboral, no sólo a diversas legislaciones sino, también, dentro de ellas a diversos regímenes y que estas prestaciones son de larga duración, el legislador comunitario ha optado por limitar la aplicación de alguno de los principios que rigen la coordinación en estas prestaciones y, así, el principio de unicidad normativa no siempre se aplica³⁸⁴.

En este sentido, el sistema actual prevé que si una persona ha estado asegurada exclusivamente con legislaciones tipo “A”, dicha persona tendrá derecho a una única prestación, que deberá conceder el Estado miembro donde la persona esté asegurada en el momento en que se declare su invalidez (sistema de pensión única y unicidad normativa) (art. 44).

Por otro lado, si la persona hubiera estado asegurada exclusivamente mediante legislaciones, según las cuales el importe depende de la duración de seguro, -tipo “B”-, o bien con dos tipos de seguros, tendrá derecho a las prestaciones calculadas de acuerdo con el Capítulo 5, referido a las pensiones de vejez y supervivencia (sistema de prorrateo) (art. 46).

No obstante, si al producirse la invalidez el trabajador está asegurado en un Estado del tipo “A”, pero anteriormente hubiera estado sujeto a una de tipo “B”, se beneficiará de una prestación de pensión única siempre que, por un lado, cumpla las condiciones exigidas por el Estado tipo “A”, sin tener que recurrir a períodos de seguro

³⁸⁴ Cfr.: Serrano García, J.M.. *Trabajadores comunitarios y de Seguridad Social*, Altabán Editores, 2005, pág. 73.

cumplidos bajo legislaciones del tipo B y, por otro, de que no reclame ningún derecho a prestaciones de vejez.

Por otro lado, así como para las prestaciones por riesgos profesionales rige en toda su extensión el principio de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos regulado en el artículo 5 del Reglamento 883/2004, para las prestaciones de invalidez sufre limitaciones pues, la decisión adoptada por la institución competente de un Estado miembro, en relación con el grado de incapacidad, –en los casos de sometimiento a legislaciones de tipo B o a tipo B y A- sólo en contadas ocasiones vincula a las instituciones de los demás Estados, pues se supedita a la condición de que se reconozca, en el Anexo VII, la concordancia de legislaciones sobre las condiciones relativas al grado de invalidez (De momento Bélgica, Francia, Luxemburgo e Italia y no todas con todas y no para todos los regímenes), aparte de los Convenios Bilaterales que se hayan podido establecer entre diferentes Estados. Considero que el principio de igualdad, limitado por el propio juego de la Coordinación que protege en exceso las legislaciones de los Estados miembros pero que apuesta por la protección del colectivo migrante frente al sedentario, y que, por tanto, debe tener en cuenta los dos extremos para su efectividad, no se aplica en esta situación. Se está protegiendo el sistema nacional sin tener en cuenta la otra dimensión del principio de igualdad comunitario que es el respeto al migrante en sí, sobre todo tras ese refuerzo de la igualdad que ha significado la incorporación de un artículo concreto sobre asimilación de hechos. En mi opinión, como se verá infra, la evolución de la Protección Social Europea demanda una aplicación más adecuada de este principio de igualdad, debiendo apostar, incluso, por criterios armonizadores.

Para los supuestos de agravación el artículo 47 establece que si el asegurado no ha estado sometido a la legislación de otro Estado tras percibir una prestación de invalidez, el competente asumirá el incremento que esa agravación pueda suponer. Si ha estado sometido a otras legislaciones, se volverá a liquidar la pensión pero, si de esta nueva liquidación resulta una pensión más baja, la institución competente de pagar la pensión antes de la agravación concederá al asegurado un complemento diferencial.

La transformación de las prestaciones de invalidez en prestaciones de vejez (art. 48) se realizará en las condiciones previstas por cada legislación nacional cuando reúna los requisitos para ello, con lo que puede suceder, en los supuestos de prorrateo, que un asegurado se beneficie de una prestación de invalidez que haya sido transformada en pensión de vejez en virtud de la legislación de un Estado y, a su vez, perciba otra prestación de invalidez no transformada aún en pensión de vejez en virtud de la legislación de otro³⁸⁵. Pensiones a las que, conforme lo establecido en los artículos 53 y 54 del nuevo Reglamento, no les sería aplicable la regla anticúmulo, con lo que serían compatibles.

Una vez se ha puesto de manifiesto cuál es la regulación y cuáles son los problemas de las prestaciones por riesgos profesionales en Europa va a exponerse cuáles son los planteamientos actuales de la Política Social europea en la que se insertan y qué suponen o deberían suponer esos planteamientos para este tipo de prestaciones.

4. LA CALIDAD SOCIAL COMO PREMISA PARA LA EFECTIVIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL EUROPEA.

La construcción de la Política Social europea ya no es un anexo de la Política Económica, ya no es algo secundario a lo que, de vez en cuando, haya que prestar atención por si se interpone en el camino del desarrollo económico. No es un conjunto de normas que intentan ordenar unos derechos básicos para derribar las barreras de la libre circulación preservando con extremado hermetismo los sistemas de Seguridad Social de los países integrantes de la Unión. Su evolución³⁸⁶ le ha llevado a algo más: a convertirse, conforme a la Estrategia Socioeconómica definida en Lisboa, en marzo de 2000, en un pilar básico de la Unión³⁸⁷, factor clave para potenciar el crecimiento

³⁸⁵ *Ibídem*, pág. 74.

³⁸⁶ Vid. un esquema de esta evolución apuntando lo más relevante de cada etapa que adjetiva como tradicional, activa, reactivadora, integradora, transitoria, de consolidación y de desarrollo en: Perez Menayo, V.: *La calidad social. Un nuevo paradigma en la Unión Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, págs 123-124. El recorrido de esta evolución en págs. 120 a 150.

³⁸⁷ Vid. Conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa (2000), en las que la Unión se fijó un nuevo objetivo estratégico para la década previa a 2010: "...convertirse en la economía basada en el

económico y de empleo. Es así que, en el ámbito de la Unión, la Protección Social debe considerarse un factor productivo que puede contribuir a la aparición de unas economías eficaces, dinámicas y modernas³⁸⁸. Interrelación, reforzada en el Consejo Europeo de Niza, cuyo objetivo es el logro de lo que puede considerarse un paradigma de la Unión Europea, cual es la calidad social.

Desde un punto de vista jurídico³⁸⁹, esta calidad social podría definirse como la medida, articulada, en este caso, a través de normas de la Unión Europea, en que los ciudadanos pueden participar en la vida social y económica de sus comunidades en condiciones que aumenten su bienestar y su potencial individual, elevando así, el bienestar general que radica en: el grado de seguridad económica, el nivel de integración social, la amplitud de la cohesión social y la solidaridad y el nivel de autonomía o poder de decisión³⁹⁰. Cuatro variables que, conforme a la Declaración de Ámsterdam sobre la Calidad Social de Europa, de 10 de junio de 1997³⁹¹ de la Fundación Europea de Calidad Social, deben integrar una serie de condiciones básicas para que pueda hablarse de este paradigma de la Unión. Así, entre otras, vivienda, calefacción, ropa y alimentos dignos para todos; acceso a servicios de salud y sociales para todos aquellos que pudieran necesitarlos; trabajo suficiente para todos; entendiendo como tal no sólo el trabajo remunerado en el mercado laboral sino también las actividades no remuneradas de las que depende la sociedad; unos ingresos para todos los trabajadores que les permitan participar plenamente en la sociedad; un ingreso digno para todos aquellos que no puedan trabajar o que por su edad o su estado de salud no se les exija trabajar; la oportunidad de integración total en la sociedad y la comunidad en la que viven para todas las personas: jóvenes, ancianos, minusválidos, minorías étnicas y emigrantes; la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, edad, sexo, raza, religión,

conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social”.

³⁸⁸Comunicación de la Comisión *Refuerzo de la dimensión social de la estrategia de Lisboa: Racionalización del método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social*. COM (2003) 261 final, de 27 de mayo de 2003, pág. 4.

³⁸⁹ Pérez Menayo distingue tres componentes dentro de la calidad social –ético, organizativo y jurídico– que, de alguna manera, en mi opinión, se reconducen al componente jurídico en cuanto que éste demanda unos medios para que esa calidad social pueda, efectivamente, ser alcanzada (Vid, en general, toda su obra *La calidad social. Un nuevo paradigma en la Unión Europea*, op.cit. y la introducción a esos componentes en págs. 40 a 47).

³⁹⁰ Vid, en torno a esta definición: VVAA., Beck, Van Der Maesen y Walker (Edts.): *The social quality of Europe*. Kluwer International. The Hague, 1997.

³⁹¹ Esta Declaración la realiza la Fundación Europea para la Calidad Social (<http://www.socialquality.org>).

creencias políticas o de otro tipo, estado civil y preferencias sexuales; o acceso a los sistemas de protección social que permiten al ciudadano mantener, en solidaridad, el nivel de vida en caso de contingencias sociales.

Para esa última condición, la Declaración señala que esos sistemas de protección social deben enfocarse, en primer lugar, a la prevención de riesgos sociales y, sólo después, centrarse en la restitución y finalmente la compensación económica. Propuesta que pone de manifiesto el interés de hacer hincapié, desde Europa, en la tutela preventiva de los riesgos profesionales, interés no baladí, pues puede suponer un ahorro considerable no sólo en pensiones, sino también, en gasto sanitario y contribuir a un desarrollo sostenible fruto del logro de una efectiva calidad social consecuencia, como se ha señalado, de la interrelación de las políticas de empleo, económicas y de protección social en la Unión Europea.

Por otro lado, como puede observarse, en estas condiciones aparece, en varias ocasiones, la referencia a la dignidad. Es así que puede afirmarse que la dignidad es un elemento esencial en el contenido de la calidad social y demanda de la Comunidad Europea, como unión de Estados Sociales, además de Democráticos y de Derecho, la garantía de un ámbito existencial del individuo que permita desarrollar su personalidad que se concreta, en este supuesto, en las condiciones referenciadas supra. Efectivamente la dignidad, en unos Estados Sociales y Democráticos de Derecho que deberían tener como ideales éticos la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, puede considerarse³⁹² una característica propia e inseparable de toda persona, en virtud de su racionalidad, independientemente del momento y por encima de las circunstancias en que se desenvuelva su vida, materializada en la realización del desarrollo y perfección

³⁹² Una definición en abstracto de dignidad presenta dificultades (Vid, sobre este particular, Alegre Martínez, M.A.: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento Constitucional Español*, León, Universidad de León, 1996, pág. 26) en la medida en que puede resultar contaminada por la concepción ideológica de quien trate de aproximarse a ese concepto, el momento y el lugar de referencia y las circunstancias y valores cambiantes; factores que pueden llegar a suponer que lo que en un momento dado resulta contrario a la dignidad puede no parecerlo de un momento o contexto distinto. La definición de dignidad depende de la opción ética que tome la sociedad (Vid. en este sentido Peces-Barba Martínez G. : *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pág 111: «A lo largo de la historia se ha configurado una pluralidad de opciones éticas para desarrollar la dignidad humana. Por consiguiente, no estamos aquí postulando una concepción ética válida para todas las épocas. La experiencia histórica desmiente esa pretensión y alumbra toda una serie de intentos dispares en su intención y en su alcance para realizar esa vida digna. Estamos, por el contrario, poniendo de relieve la existencia de una ética propia del mundo moderno y, por consiguiente, con un fundamento histórico para desarrollar una idea más permanente que es la dignidad humana»).

de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes³⁹³.

Pero la identificación de la dignidad con la persona como tal no comprende sólo una dimensión individual. Tiene también una dimensión social en la medida en que la persona necesita vivir en un entorno que le permita desarrollar esa dignidad. En este sentido, el Derecho asume una función de garantía del respeto a la dignidad en las relaciones interpersonales y en las relaciones entre el poder y los individuos. Dicho de otra forma, sólo será posible la realización y desenvolvimiento de la propia personalidad a nivel individual si las demás personas y los Poderes Públicos respetan la libertad y los derechos del individuo.³⁹⁴ Desde esta perspectiva, y en la medida en que la dignidad va unida a una serie de derechos irrenunciables dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, debe insistirse que su concepto trasciende de lo que cada persona pueda considerar digno o indigno y, así, cabe otra definición acorde con la opción ética general en la que se inserta nuestra sociedad: «el respeto debido a toda persona por encima de sus circunstancias propias, que prohíbe cualquier tratamiento que pueda suponer un menoscabo del ejercicio de sus derechos fundamentales»³⁹⁵. Término fundamentales que, en este caso, debe entenderse en un sentido amplio, como los derechos que contribuyen a un estilo de vida “humanizante” que se han convertido en “atributos indispensables para el desarrollo de la persona humana”³⁹⁶, como el Derecho a la Seguridad Social, que ya reflejó antes y por encima de las normas de la Unión, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948³⁹⁷.

En definitiva, lo que quiere lograrse, y el marco en el que deben adoptarse medidas en relación con la Seguridad Social, es el de elevar la calidad de vida de los ciudadanos europeos a través de la política social pero en interacción y

³⁹³ Alegre Martínez, M.A. : *La dignidad de la persona...*, op. cit. pág 131.

³⁹⁴ En este sentido, Alegre Martínez, M.A. : *La dignidad de la persona...*, op. cit., pág 19.

³⁹⁵ En este sentido, De Esteban, J y González Trevijano, P.J. : *Curso de Derecho Constitucional Español*. Volumen II, Madrid, Complutense, 1993, pág 25.

³⁹⁶ Cfr. González Pérez, J.: *La dignidad de la persona*, Madrid, Cívitas, 1986, pág 97.

³⁹⁷ Vid artículo 22 de esta Declaración: «Toda persona, en cuanto miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social; tiene la facultad de obtener la satisfacción de sus derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desenvolvimiento de su personalidad...».

correlación con la política económica³⁹⁸ y de empleo, una procura existencial que debe garantizar la “Unión Social” frente a las contingencias económicas, la evolución de la sociedad o el agotamiento de los recursos naturales, garantía que debe tomar como punto de referencia la dignidad, la igualdad y la solidaridad. El contenido de esta solidaridad, como objetivo de la Unión desde el propio Tratado constitutivo de la Comunidad, al igual que la propia calidad de vida³⁹⁹, se refleja en la unión de la libertad individual, como ideario liberal, la participación política, como principio democrático, y la construcción de una sociedad integrada en una comunidad igualitaria a través de la satisfacción de las necesidades básicas⁴⁰⁰, como objetivo social. Si alguno de estos requisitos faltara no podría hablarse de solidaridad en la medida en que se produciría totalitarismo o exclusión de importantes sectores sociales en la formación de la voluntad política o desigualdad⁴⁰¹. Sobre la base de ese contenido, puede afirmarse que la solidaridad supone vivir como persona sin que ello suponga privilegio ni exclusión sino cooperación, conciencia de que las cosas no terminan en el propio individuo, reconocer que la propia dignidad exige el reconocimiento de ‘los otros’ con la idéntica dignidad, fines, necesidades, derechos y posibilidades de uno mismo. Entendida de este modo, la solidaridad favorece la construcción de una organización social y política donde la afirmación de los derechos humanos, como derechos de todos, y la justicia son prácticas sociales cotidianas.

5. EL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN Y SU INFLUENCIA EN LAS PRESTACIONES DE RIESGOS PROFESIONALES

³⁹⁸ Elevar la calidad de vida como objetivo de la política social y económica se recoge también en el Preámbulo de la Constitución Española: «promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida».

³⁹⁹ Vid. art. 2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en su versión consolidada tras la modificaciones del Tratado de Ámsterdam y Niza, DOCE núm 325, de 24 de diciembre de 2002.

⁴⁰⁰ Vid, en este sentido Peces-Barba Martínez G.: *Derecho y Derechos Fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, pág 169.

⁴⁰¹ *Ibidem*

5.1. El método abierto de coordinación como respuesta a las demandas de calidad social.

Ahora bien, con estas premisas: ¿Cómo se consigue que un sistema de protección social se integre y mejore la política de empleo y económica de la Unión?.

Además de establecer el contenido de la calidad social, la Declaración de Ámsterdam citada supra interpeló a la Unión Europea para que supeditara todas las principales políticas europeas a un estudio de impacto de la cohesión social; a establecer un programa que enfatice el costo de la carencia de una Europa Social y que cree series estadísticas uniformes de los aspectos sociales de la totalidad de la Unión Europea; a expresar claramente las cotas de cada uno de los objetivos sociales que figuran en los documentos legales de la Unión Europea (incluyendo las Recomendaciones) adoptados hasta el momento en relación con los aspectos sociales e informar periódicamente sobre el grado en que estas cotas se han alcanzado; y a establecer una nueva agenda para el fomento de la calidad social en Europa que comprometa a políticos, científicos y ciudadanos.

Estas interpelaciones fueron oídas y se consideraron, fundamentalmente, en los Consejos Europeos de Lisboa (2000), Niza(2000), Estocolmo(2001), Laeken (2001) y Barcelona (2002) promoviendo el denominado Método Abierto de Coordinación en protección social que, si bien topa con los problemas que la implantación de un Sistema de Seguridad Social Europeo tiene⁴⁰² como son el equilibrio financiero de los distintos sistemas de los países miembros, acrecentado por las nuevas incorporaciones; la diversidad de esos sistemas, de prestaciones financiadas a través de fiscalidad general, de cotizaciones, sistemas mixtos o de poco desarrollo⁴⁰³; o la diversidad de los niveles protectores, ha intentado, llevando a sus últimas consecuencias el principio de

⁴⁰² Vid.: Ojeda Avilés, A.: “El proceso de integración europea en materia de Seguridad Social: principios, fines, medios”. *Cívitas. Revista Española de derecho del trabajo*, núm 107, 2001, págs. 680 y ss.

⁴⁰³ Aunque han perfilado sus sistemas y hay que tener en cuenta, a su vez, la posible distribución de competencias dentro de cada Estado, vid., una explicación sucinta y ejemplificativa de esta diversidad en: López López, J.: *Seguridad Social Comunitaria y Jurisprudencia Española*. Cívitas, Madrid, 1996, págs. 31 a 44.

subsidiariedad, aproximar todo lo posible los distintos sistemas de Seguridad Social europeos contando con la política económica y la política de empleo.

Aunque los Tratados de Ámsterdam (1997) y Niza (2001) dan un impulso a la Protección Social en el escenario europeo permitiendo, además, que el Consejo adopte medidas por unanimidad a este respecto, las trabas para que se utilice la armonización⁴⁰⁴, así como la intocabilidad de los principios fundamentales y el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social propio de cada país⁴⁰⁵ que perpetuaba, de esta forma, la continuidad del sistema de coordinación como método de solución de conflictos para trabajadores migrantes, hicieron que, sobre la base de esa coordinación, la Unión intentara buscar otras vías para relanzar una política social en la que los Estados pudieran implicarse y comprometerse en la mejora del Sistema de Seguridad Social europeo⁴⁰⁶ respetando los suyos propios. Esta fórmula es el Método Abierto de Coordinación que, en el caso de estudio, supone una cooperación reforzada a escala de la Unión Europea con las políticas nacionales para que el régimen de pensiones sea adecuado, viable y moderno.

Esta cooperación reforzada⁴⁰⁷ tiene su base en las posibilidades del principio de subsidiariedad, como principio comunitario recogido en el artículo 5 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y que supone que la Comunidad sólo intervendrá en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros y, de este modo, pueda lograrse mejor, la acción concreta a nivel comunitario. Ahora bien, este principio tiene su límite en el principio de proporcionalidad, también recogido en el artículo 5 del Tratado Constitutivo que limita esa acción concreta a las previsiones y regulaciones

⁴⁰⁴ Art. 137 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en su versión consolidada por los Tratados de Ámsterdam y Niza.

⁴⁰⁵ *Ibidem*

⁴⁰⁶ En la década de los noventa se alzaron voces apuntando fórmulas de mayor aproximación de los distintos sistemas de Seguridad Social en el logro de un Sistema Común de Seguridad Social. Así, Ojeda, propuso que a este Sistema sólo puede llegarse detectando los puntos coincidentes de los Estados Miembros, ampliándolas mediante la convergencia de medianas, y perfeccionando la coordinación de los Reglamentos 1408/1971 y 572/1972 (Ojeda Avilés, A.: *El Sistema Común Europeo de Seguridad Social*. Tirant lo blanch, Valencia, 1997).

⁴⁰⁷ Que lleva a nuevos objetivos en el ámbito de la Seguridad Social Comunitaria. Vid., en este sentido: Euzéby, C.: "Repensar la protección social en la Unión Europea: hacia más derechos fundamentales universales", *Revista Internacional de Seguridad Social* Vol. 57, 1/2004, págs. 99-137 y Ricceri, M.: "Il modello sociale europeo: caratteristiche, politica comunitaria e prospettive", *Cuadernos Europeos de Deusto* núm 28/2003, págs. 81-112.

mínimas para alcanzar los objetivos comunitarios. Es decir, la acción debe ser adecuada, necesaria y razonable. Así, los medios que utilice deben ser aptos para conseguir el fin propuesto; debe elegirse específicamente esa acción porque no se hubiera podido elegir otra medida optativa, igualmente eficaz, para que la intervención fuera mínima y además, la acción del supuesto concreto, debe ser equilibrada en relación con el interés que trata de proteger.

Con el Método Abierto de Coordinación, la Unión utiliza estos principios a su favor, haciendo eco de lo que supuso el punto 3 del Protocolo de aplicación del principio de subsidiariedad del Tratado que vino a decir que la subsidiaridad es un concepto dinámico que permite que la acción de la Comunidad, dentro de los límites de su competencia, se amplíe, cuando las circunstancias lo requieran y, a la inversa, que se limite o interrumpa cuando ya no esté justificada.

Es un método que funciona por indicadores y por objetivos⁴⁰⁸. Los indicadores de referencia se adoptan a escala europea mientras que los objetivos concretos los fija cada Estado miembro para cada indicador, teniendo en cuenta su punto de partida. Se acuerdan unos objetivos comunes, con calendarios y objetivos específicos, que deben traducirse en acciones nacionales y regionales justificándose las mismas a través de informes periódicos a la Comisión que es la que supervisa el desarrollo de esas acciones con indicadores cuantitativos y cualitativos, parámetros y una evaluación comparativa.

Muestra de este funcionamiento y para que tenga efectiva fuerza jurídica y resulte eficaz⁴⁰⁹, la Comisión presentó con fecha 20 de enero de 2006 una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al sistema europeo de Estadísticas integradas de protección social (SEEPROS) que quiere dar mayor utilidad a las actuales recopilaciones de datos en protección social en cuanto a su actualidad, cobertura y comparabilidad con una presentación sistemática de datos armonizados en protección social. Este objetivo se apoya en el principio de subsidiariedad ya que, si

⁴⁰⁸ Vid lo que supone este método en el estudio del Grupo de Alto nivel sobre la estrategia de Lisboa, Grupo KOK, de 25 de junio de 2004. (Comité Económico y Social de la UE: *El método abierto de coordinación*. Grupo KOK. Bruselas, 2004).

⁴⁰⁹ El Grupo KOK expuso tanto los aspectos positivos como los negativos que puede tener el Método abierto. Entre estos últimos señaló el enfoque voluntario que supone, en muchos casos, la falta de compromiso por parte de los Estados (Ibídem, pág. 35).

bien, los Estados recogen datos sobre la Protección Social, utilizan tal variedad de conceptos y definiciones que impiden la comparabilidad de los datos a escala de la Unión Europea, lo que limita mucho su utilidad a efectos de analizar los regímenes de protección social de la Unión. Si bien, siguiendo el principio de proporcionalidad, este Reglamento se limita al mínimo necesario para lograr este objetivo y no va más allá; por ello, las Autoridades Nacionales pueden utilizar la técnica de recogida de datos más adecuada a sus fines.

Los indicadores reflejados en esta propuesta de Reglamento se basan en Gastos (funciones que corresponden a cada contingencia o necesidad; si estas funciones son o no dependientes de los ingresos; costes administrativos etc.) e Ingresos (cotizaciones sociales, aportaciones de las Administraciones Públicas etc.). Por otro lado, deben aportarse datos sobre los beneficiarios de las distintas pensiones cuya clasificación gira, fundamentalmente⁴¹⁰, en torno a la jubilación⁴¹¹ quizá porque una de las preocupaciones del Espacio Europeo es intentar alargar la vida laboral para una mejor financiación y, sostenibilidad, así, de las pensiones.⁴¹² Estos datos sobre beneficiarios deben aportarse en relación con el régimen de protección social, por sexos para el total de regímenes y por tipo de gestión del régimen.

Ese suministro de datos por sexos es reflejo de uno de los principios rectores de la acción comunitaria⁴¹³, el mainstreaming o transversalidad⁴¹⁴, que supone la integración de la igualdad de oportunidades⁴¹⁵ en la elaboración, ejecución y

⁴¹⁰ Además de pensión de discapacidad, pensión parcial y pensión de supervivencia.

⁴¹¹ Pensión de vejez, pensión por prejubilación debida a una menor capacidad laboral, pensión de jubilación anticipada, pensión por prejubilación debida a motivos del mercado laboral.

⁴¹² Vid., por todos, Comunicación de la Comisión sobre Modernización de la protección social para crear más y mejores empleos: un enfoque general que contribuya a hacer que trabajar sea más rentable (COM/2003/0842 final) y Comunicación de la Comisión sobre el Proyecto de informe conjunto sobre protección e inclusión social {SEC (2005) 69} (COM/2005/0014 final).

⁴¹³ Se elevó a principio comunitario con el Tratado de Ámsterdam (art. 2 y art. 3.2 del Tratado) y ha sido impulsada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de modificación de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976 exigiendo su implantación en todos los países miembros.

⁴¹⁴ Elevado a esta categoría de principio por el Tratado de Ámsterdam (arts. 2 y 3.2)

⁴¹⁵ Y no un enfoque limitado a los problemas de mujeres, lo que, en consecuencia, va a suponer tener en cuenta las relaciones entre hombres y mujeres y el papel que cada uno desempeña en afectar las oportunidades y estilo de vida del otro (Consejo de Europa: *Mainstreaming de género: marco conceptual, metodología y presentación de buenas prácticas. Informe final de las actividades del Grupo de*

seguimiento de todas las políticas y acciones de la Unión Europea y de sus Estados Miembros⁴¹⁶.

Refleja, en definitiva, el interés que siempre ha tenido la Comunidad Europea por la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombre y mujer, -o por lo que, en mi opinión, puede denominarse la igualdad desde el género-, que ha ido configurándose como un derecho fundamental con la labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁴¹⁷ pero que, no obstante, todavía no es tan efectivo como se quisiera -a pesar de su reconocimiento en, la todavía inaplicable, Constitución Europea- quizá porque se ha optado por la construcción, no tanto del contenido del derecho, sino de las buenas prácticas⁴¹⁸, o quizá porque la igualdad ya está garantizada como derecho fundamental en la mayoría de las Constituciones nacionales de los Estados Miembros.⁴¹⁹

Por último esta recogida de datos tiene que reflejar, también, las prestaciones netas de protección social que el Anexo III de la propuesta de Reglamento citado supra ha definido como el valor de las prestaciones de protección social sin los impuestos y

Especialistas en Mainstreaming, Instituto de la Mujer-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie Documentos, número 28, Madrid, 1999, pág. 26).

⁴¹⁶ Varios autores han analizado el impacto de este principio, así, Lombardo, E.: *La europeización de la política española de igualdad de género*. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 67-101; Casas Baamonde, M.E.: “De la igualdad de retribución por razón de sexo a la eliminación de las discriminaciones: el nuevo derecho antidiscriminatorio”, *Relaciones Laborales* núm 23-24, diciembre 2002, págs. 1-18; Ortiz Lallana, C.: “Igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio y Asuntos Sociales* núm 47, págs. 99-109; Torrente Gari, S.: “¿Hay un Derecho comunitario sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo?. La Directiva 2002/73, de 23 de septiembre”, *Revista del Ministerio y Asuntos Sociales* núm 47, págs. 185-210; Lousada Arochena, J.F.: “El principio de transversalidad en las relaciones laborales”, *Relaciones Laborales* núm 22, noviembre 2003, págs. 15-37. Sáez Lara, C.: “Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario”, VVAA.: *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, págs. 327-400.

⁴¹⁷ Como recuerda Sáez Lara, C.: “Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario”, VVAA.: *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, op.cit., pág 330.

⁴¹⁸ En este sentido, Torrente Gari, S.: “¿Hay un Derecho comunitario sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo?. La Directiva 2002/73, de 23 de septiembre”, op.cit. pág.209.

⁴¹⁹ Vid, reflexionando sobre el principio de igualdad en la Constitución de la Unión Europea a: Miranda Boto, J.M.: “Igualdad y Constitución Europea: de presencia fragmentaria a valor omnipresente”, VVAA.: *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, op.cit., pág. 593.

las cotizaciones sociales pagadas por los beneficiarios más el valor de los beneficios fiscales.

5.2. La calidad social y el MAC como principios inspiradores de unas prestaciones en riesgos profesionales efectivas.

Todavía es pronto para valorar el impacto que están teniendo la estrategia de calidad social en Europa y el Método Abierto de Coordinación en la configuración de un Sistema Común de Seguridad Social, si bien, puede decirse que, a pesar del hermetismo de los Estados miembros para no ceder en la determinación, organización y financiación de sus regímenes nacionales de Seguridad Social, han sido dos factores más, unidos a la fuerza del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴²⁰, que han influido o están influyendo en la elaboración de los Reglamentos de sustitución del 1408/71, por el 883/2004 analizado, y del 574/1972, todavía en proyecto⁴²¹, cuyo objetivo es mejorar el funcionamiento de la coordinación de los regímenes de Seguridad Social y agilizar los procedimientos⁴²² en beneficio de todos los usuarios de esos Reglamentos. De hecho, alguna medida concreta que se ha adoptado, como el mantenimiento, durante un tiempo determinado (tres meses ampliables hasta un máximo de seis), del derecho a las prestaciones de desempleo para el desempleado que se traslada a otro Estado miembro con el fin de buscar empleo tiene relación directa con la finalidad de la calidad social de elevar la calidad de vida de los ciudadanos europeos a través de la Política Social pero en interacción y correlación con la Política Económica y de Empleo.

No obstante, es en los propios Estados por separado donde tienen incidencia el Método Abierto de Coordinación y el paradigma de Calidad Social para, respetando sus

⁴²⁰ Vid. un resumen de su incidencia en la interpretación de los principios comunitarios sobre los que se sostiene la coordinación de la Seguridad Social en: Carrascosa Bermejo, D.: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, CES, Madrid, 2004, págs. 82-105.

⁴²¹ Vid. nota núm 5.

⁴²² Así, se prevén medidas para reducir el tiempo que actualmente se necesita para calcular y abonar las pensiones de las personas que han trabajado en varios Estados miembros. Por otro lado, se hace hincapié en la indispensabilidad de los intercambios electrónicos de datos entre las instituciones de los países miembros para facilitar la transferencia de la información necesaria para que la coordinación funcione y, en particular, para determinar y calcular los derechos de los asegurados (Cfr. Arts. 2 al 13 de la Propuesta de Reglamento citada).

sistemas nacionales de Seguridad Social, conseguir, sin embargo, que estos se adapten cada vez más a los objetivos de la Unión y pueda lograrse una mayor equiparación entre los mismos.

Es así que, seguramente, el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social en materia de riesgos profesionales es un sistema efectivo, si bien, debe insistirse más en la aproximación de los distintos regímenes nacionales de Seguridad Social, sobre todo a lo que a enfermedades profesionales se refiere para evitar situaciones en las que dos trabajadores que tengan la misma enfermedad se vean en situaciones diferentes por haber estado asegurados en distinto país. Situación que no sólo resulta absurda en el ámbito de la Seguridad Social, aunque la consecuencia sería, seguramente, meramente económica por reconducir la situación a enfermedad común, sino en el de la Prevención de Riesgos en cuanto que, en una red empresarial europea con unos riesgos laborales similares, resulta arbitrario no reconocer unas enfermedades profesionales exigibles a todos y cada uno de los países miembros, dentro de un contexto de armonización cual es el de la Prevención de Riesgos en Europa.

Efectivamente, no hay una legislación referida a enfermedades profesionales que sea vinculante, aunque la Unión se propuso estudiar esta posibilidad teniendo en cuenta los avances técnicos, científicos y los resultados de los diferentes trabajos y proyectos en curso al objeto de mejorar , entre otras cosas, la recogida, la comparabilidad y el análisis epidemiológico de los datos relativos a este tipo de enfermedad⁴²³.

Ya en la década de los 90 la Comisión recomendó⁴²⁴ a los Estados que incorporaran a sus legislaciones la lista de enfermedades profesionales que la misma establecía y elaboró una guía orientativa de detección de las mismas. El progreso técnico y científico ha permitido conocer mejor los mecanismos de aparición de algunas enfermedades profesionales y las relaciones de causalidad y esto llevó a la Comisión, en 2003, a elaborar una nueva Recomendación⁴²⁵ que, aunque amplía la anterior, deja con

⁴²³ Vid.:Comunicación de la Comisión, de 20 de septiembre de 1996, sobre la lista europea de enfermedades profesionales [COM (96) 454 final].

⁴²⁴ Recomendación 90/326/CEE de la Comisión, de 22 de mayo de 1990, relativa a la adopción de una lista europea de enfermedades profesionales.

⁴²⁵ Recomendación de la Comisión 2003/670/CE de 19 de septiembre de 2003 relativa a la lista europea de enfermedades profesionales (DOCE núm L-238).

la insatisfacción de un “soft law”⁴²⁶ que dista mucho de los frutos que podría dar la obligatoriedad de una directiva o un reglamento, y ello aunque el propio Tribunal de Justicia haya señalado, en relación precisamente con las enfermedades profesionales, que “los jueces están obligados a tener en cuenta las recomendaciones al resolver los litigios de que conocen, en especial cuando pueden aclarar la interpretación de otras disposiciones nacionales o comunitarias”⁴²⁷.

La Unión debería dar un paso más y presentar una propuesta de directiva sobre las condiciones mínimas de reconocimiento de una determinada enfermedad profesional en función del riesgo al que haya estado sometido un trabajador⁴²⁸ en aras de la mejora de la Protección Social europea.

Por otro lado, y en lo que a situaciones de incapacidad se refiere, el Método Abierto fomenta que los Estados Miembros pasen de una política reparadora respecto de los riesgos profesionales a una tutela preventiva de los mismos o bien a una tutela reparadora-reintegradora en el mercado laboral, a través de medidas rápidas de rehabilitación o que, incluso, se anticipen a esas situaciones de incapacidad. En definitiva, que la prestación derivada de accidentes de trabajo o enfermedad profesional a la que dé lugar una incapacidad temporal o permanente sea lo más corta posible fomentando la reinserción en el mercado laboral con medidas como la suspensión de la prestación con derecho a recuperación si la participación de nuevo en el mercado de trabajo resulta, de alguna forma, insostenible⁴²⁹.

⁴²⁶ También la Organización Internacional del Trabajo tras sus Convenios núms. 18 y 42 relacionados con la enfermedad profesional, ya superados, ha apostado por la vía del “soft law” con la Recomendación núm. 194, de 2002, sobre la lista de enfermedades profesionales que está siendo objeto de actualización planteando incluso la posibilidad de introducir como enfermedades profesionales los “Síndromes psiquiátricos psicosomáticos causados por el acoso moral” (Vid. OIT.: *Reunión de expertos sobre la actualización de la lista de enfermedades profesionales*. Ginebra, 13-20 de diciembre de 2005, <http://www.ilo.org>).

⁴²⁷ STJCEE de 13 de diciembre de 1989 –Asunto C-322/88, Grimaldi–

⁴²⁸ Propuesta ya señalada en Vogel, L.: *Santé au travail: Huit terrains d’action pour la politique communautaire*, Bureau Technique Syndical Européen pour la Santé e la Sécurité, 2004, pág. 34.

⁴²⁹ Vid. apartado 3.4 de la Comunicación de la Comisión sobre Modernización de la protección social para crear más y mejores empleos: un enfoque general que contribuya a hacer que trabajar sea más rentable (COM/2003/0842 final).

Puede afirmarse, así, que lo que quiere lograr el Método Abierto de Coordinación en este caso es la aplicación del principio de adaptación del trabajo al trabajador incidiendo además, de este modo, en un ahorro del gasto social⁴³⁰.

Pero, además, en relación con la Invalidez, el Método podría suponer una mínima unificación de los grados de la misma, al menos para supuestos de trabajadores migrantes. La estructura de la Invalidez de cada uno de los sistemas de Seguridad Social de los países miembros quedaría intacta, salvo la calificación de la misma. Si se dispone de una Guía Baremo para la valoración de las lesiones a la integridad física y psíquica aplicable a los funcionarios de las Instituciones Europeas⁴³¹, ¿no puede avanzarse también en la mejora de derechos de los trabajadores migrantes y, junto a la coordinación, intentar un mínimo de armonización en una parte de la Invalidez que garantizaría de forma más equitativa la igualdad y la libre circulación de los trabajadores?.

6. CONCLUSIONES

De todo lo que antecede puede decirse que la regulación de la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social Europeos realizada por el Reglamento 883/2004 en materia de riesgos profesionales se caracteriza por su simplificación, remitiendo algunos aspectos a normas en relación con contingencias comunes, y por un afianzamiento del principio de la *lex loci laboris*, así como un reconocimiento del principio de asimilación de hechos y acontecimientos que se aplica con restricciones en supuestos de invalidez cuya regulación sigue protegiendo en exceso los Sistemas nacionales de Seguridad

⁴³⁰ El problema del gasto que genera la Seguridad Social y cómo gestionarlo para mantener un nivel adecuado de protección social en Europa es algo que siempre ha preocupado a la Unión. Así, en 1997, elaboró una Resolución sobre los criterios de convergencia para la Unión Económica y Monetaria y la financiación de los sistemas de Seguridad social en los Estados miembros de la Unión Europea (A4-0255/97) (DOCE num 325, de 27 de octubre de 1997).

⁴³¹ Vid. Propuesta de Reglamentación Común relativa a la cobertura de los riesgos de accidente y enfermedad profesional de los funcionarios de las Comunidades Europeas (SEC 2004 414/2, de 7 de abril de 2004), http://ec.europa.eu/comm/secretariat_general/.

Social, como demuestra el mantenimiento de una dualidad de sistemas en la concesión de prestaciones (sistema de pensión única y unicidad normativa y sistema de prorrateo).

Puede afirmarse, sobre la base de la escasa problemática que han planteado la concesión de estas prestaciones, como demuestran los pocos asuntos que ha conocido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que es un método de coordinación adecuado. Si bien, el nuevo paradigma de Calidad Social Europea exige avanzar en esa coordinación o dejar la coordinación para la función para la que fue creada, cual es solucionar los problemas de conflictos de leyes que puedan plantearse, pero, a su vez, acercar, desde la asunción de objetivos por cada uno de los Estados que supone el Método Abierto de Coordinación, las legislaciones de Seguridad Social de los Estados Miembros. Acercamiento que, en el ámbito de los riesgos profesionales, puede materializarse en la asunción de un cuadro europeo de enfermedades profesionales y de unos mínimos de graduación de invalidez comunes.

Si bien, puesto que el Método no ejerce ninguna presión de carácter legal a favor de la adopción de determinados tipos de soluciones o sistemas, no estaría de más que, una vez esté más implantado, las Instituciones plasmaran sus objetivos en un instrumento con fuerza jurídica que avanzara hacia una Protección Social más igualitaria en el común de los países integrantes de la Unión , al menos en supuestos migratorios.

LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES

Sofía Olarte Encabo
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de
la Seguridad Social. Universidad de Granada.

SUMARIO

- 1.- ACOTACIÓN DEL TEMA Y CATALOGACIÓN SISTEMÁTICA DE SITUACIONES TRANSNACIONALES**
- 2. CARACTERIZACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL**
- 3. EL DERECHO COORDINATORIO DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN LA UE.**
 - 3.1. Consideraciones generales sobre el Derecho Coordinatorio de la Seguridad Social.**
 - 3.2 La coordinación de las prestaciones por desempleo en el ámbito europeo**
 - 3.3. Las prestaciones por desempleo de residentes en país distinto del país del último empleo (fronterizos y no fronterizos).**
 - 3.4 Las perspectivas de las prestaciones por desempleo en el Reglamento CE 883/2004 y en la propuesta de Reglamento de aplicación.**
- 4. PRESTACIÓN Y SUBSIDIO POR DESEMPLEO DEL EMIGRANTE RETORNADO EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL**

1.- ACOTACIÓN DEL TEMA Y CATALOGACIÓN SISTEMÁTICA DE SITUACIONES TRANSNACIONALES

El análisis de la protección social en las relaciones laborales extraterritoriales, exige cualquiera que sea la prestación concreta que se estudie, delimitar o catalogar las posibles situaciones extraterritoriales y acotar cuáles van a ser objeto de investigación.

Muy brevemente, podemos encontrarnos, en primer lugar, con trabajadores inmigrantes en tres situaciones:

- que han trabajado, han estado asegurados o provienen de la UE,
- trabajadores que han trabajado previamente en países no pertenecientes a la UE
- y, finalmente, trabajadores que han trabajado previamente en y fuera de la UE, sucesivamente o simultáneamente.

Y, en segundo lugar, el supuesto inverso, los trabajadores emigrantes que con posterioridad a haber trabajado, estado asegurado o residido en nuestro país se desplazan a otros países, distinguiendo también tres situaciones:

- aquellos que se desplazan a países de la UE (emigración intracomunitaria)
- los que se desplazan a países no pertenecientes a la UE (emigración extracomunitaria)
- y finalmente los que emigran de forma simultánea, sucesiva y/o alternativa a países miembros y no miembros de la UE.

Antes de delimitar el objeto de nuestro trabajo, seleccionando entre estos supuestos y situaciones, es necesario, no obstante partir del dato normativo previo y común a todas estas situaciones de cómo o de qué manera incide, el lugar de ejecución de la prestación de servicios y la nacionalidad –española, nacional de un Estado Miembro de la UE o nacional de terceros estados-, sobre los derechos de Seguridad Social en general y en relación a las prestaciones por desempleo en particular.

Nuestro entero sistema de Seguridad Social se ha construido principalmente sobre un modelo nacional, que, no obstante, ha considerado de forma especial el fenómeno de la emigración. Este es también el modelo constitucional, cuyo artículo 42 impone al Estado el deber de velar especialmente “*por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno*”. Es claro que nuestro texto constitucional partió de una realidad social muy distinta de la que nos encontramos hoy y que refleja una especie de responsabilidad del Estado respecto a sus ciudadanos a los que no ha podido garantizar un medio de vida digno y de ahí esa valoración negativa de la emigración, ya que al Estado se le impone velar por el retorno. Por ello se puede afirmar que nuestro modelo constitucional, y también nuestro sistema de Seguridad Social responde plenamente a la expresión “una Constitución de “emigrantes” que, paradójicamente está llamada a operar en un contexto inverso, es decir, en un contexto fundamentalmente inmigratorio, de ahí la expresión “una Constitución para inmigrantes”, con los problemas de interpretación conforme a una realidad social no sólo diferente sino inversa.

La inmigración es hoy una realidad social más significativa cualitativa y cuantitativamente que la emigración en nuestro país y ello tiene importantes implicaciones presupuestarias para el Estado –muy especialmente en el Presupuesto de la Seguridad Social-, sin que esto deba ser el argumento decisivo a la hora de afrontar la protección social de estas personas –al menos, no el único-. De hecho, el Derecho Internacional de la Seguridad Social consagra el principio de igualdad de tratamiento, que conecta con la vocación universalista de nuestra Seguridad Social, cuando el artículo 41 CE establece que “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos ...” y es que no es posible avanzar en la lógica de la integración sin garantizar dicho principio de igualdad y no discriminación en todos los órdenes, como proclama la LOEXIS o la propia UE sus cumbres de Tampere o Helsinki.

El Derecho Internacional de la Seguridad Social se asienta sobre dos principios básicos que son el de territorialidad y el de igualdad de trato, que, a su vez, están matizados o corregidos por un principio restrictivo (el de reciprocidad) y otro coordinatorio (el de adquisición o mantenimiento de derechos adquiridos, *pro rata temporis*). Principios que tienen su expresión en la vigente LGSS, cuyo artículo 7

incluye dentro de su ámbito de aplicación a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en nuestro país, en términos de paridad con los nacionales, equiparación doblemente limitada ya que se refiere exclusivamente a las prestaciones contributivas y se condiciona a que “ejerzan una actividad en territorio nacional”.

El apartado 5 de del artículo 7 de la LGSS, relativo a las prestaciones no contributivas, equipara sólo a los extranjeros residentes en España “ de ascendencia ibérica”, es decir, hispanoamericanos, brasileños, andorranos o filipinos. Mientras que el resto, los nacionales de otros Estados (hay que sobreentender, no miembros de la UE), sólo se les aplica la equiparación en el nivel no contributivo cuando ello proceda en virtud de Acuerdo, Convenio o Tratado o bien en virtud del principio de reciprocidad (y resulta llamativo destacar que la prestación por desempleo se excluye con mucha frecuencia de dichos Acuerdos internacionales)⁴³².

Pese a lo dispuesto en este precepto, la equiparación se extiende también al nivel no contributivo de las prestaciones por aplicación de la LOEXIS –que es una ley posterior, de superior rango y específica-. En efecto, aunque el artículo 10 de esta Ley, al reconocer a los extranjeros que reúnan los requisitos de la misma, entre otros, el acceso al sistema de Seguridad Social, se remita a la legislación vigente (que no es otra que la LGSS), lo cierto es que el artículo 14 del mismo cuerpo legal reconoce a los extranjeros residentes el derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones españoles”, sin distinción, por tanto, por razón de nacionalidad ni en el nivel contributivo ni en el no contributivo o asistencial. Ante esta contradicción, se impone este último precepto ya que es más específico que el artículo 10 –derechos laborales y de Seguridad Social- y, además, más coherente con los principio del Derecho Internacional.

La acción protectora por desempleo, en su tres niveles, forma parte de la acción protectora de la Seguridad Social y los trabajadores extranjeros desempleados tendrán derecho a estas prestaciones en las mismas condiciones y con idéntico régimen jurídico que los nacionales, lo que implica-salvo situaciones excepcionales de exclusión social-

⁴³² Así, por ejemplo, recientemente, el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Paraguay, que se firmó en Asunción el 24 de junio de 1998, aprobado y ratificado el 12 de diciembre de 2005 (BOE de 2 de febrero de 2006).

la existencia de una previa relación de trabajo que dé lugar a la inclusión en un Régimen de Seguridad Social que contemple esta contingencia. Y unido a lo anterior, la prestación por desempleo estará condicionada, por tanto, en última instancia, a la situación nacional de empleo y el principio de preferencia de nacionales en el acceso al empleo.

Este principio de preferencia de los nacionales en el acceso al empleo, sin embargo, se referiría al acceso al primer empleo, mientras que en los sucesivos supuestos de demanda de empleo regiría ya el principio de igualdad. Y coherentemente con ello, la LOEXIS prevé la renovación automática del permiso de trabajo en los supuestos previstos en el artículo 38, apartados b) y c)

b) reconocimiento de una prestación contributiva por desempleo por la Autoridad competente y de conformidad con la normativa de Seguridad Social y

c) cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción laboral

En el segundo caso se entiende referido sobre todo y en primer lugar a las prestaciones no contributivas por desempleo, pero también las rentas mínimas de inserción autonómicas y la renta activa de inserción, y siempre que hubiera preexistido una relación laboral con permiso de trabajo, ya que en otro caso, difícilmente podría hablarse de renovación de permiso. Esta interpretación viene, de algún modo, avalada por la reciente Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre (BOE de 6 de diciembre), por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación.

Es fácilmente comprensible, que de lo que se trata es de potenciar la incorporación al mercado de trabajo de los extranjeros que caen en situación de desempleo y no por razones filantrópicas precisamente, sino porque se estaría imponiendo a los nacionales un deber de suscribir un compromiso de actividad y de aceptar una oferta de colocación adecuada, mientras que los extranjeros podrían permanecer en esta situación de preceptores de prestaciones con mayor flexibilidad y

durante más tiempo. Por tanto, rige un principio económico (ahorro de prestaciones) y de equiparación “a la baja” con los nacionales.

A partir de estos elementos sucintamente apuntados, vemos que la nacionalidad no va a incidir sustancialmente en el régimen de esta prestación en el caso del trabajador extranjero no comunitario. Por ello nuestro estudio se centrará más en cuestiones de tipo coordinatorio, es decir, si se tiene en cuenta para causar derecho a esta prestación el tiempo cotizado o en paro en otro Estado o la residencia en su territorio, si es posible la totalización o si se admite la exportación de estas prestaciones.

A tal efecto, es necesario distinguir entre los supuestos de extraterritorialidad dentro de la UE y los que la excedan. En el segundo caso, se trataría de estudiar los Convenios internacionales que España tienen suscritos, lo que se haría excesivamente descriptivo, más allá de analizar los principios generales.

Mas sentido tiene en cambio, por tratarse de un régimen unitario, analizar el régimen jurídico de las prestaciones por desempleo en los supuestos de emigrantes retornados y de movilidad transnacional intracomunitarios. Además nos hallamos en un momento decisivo para la movilidad de los trabajadores en la UE, ya que los doce estados que aplicaron disposiciones transitorias de movilidad tras la última ampliación, tendrán la oportunidad de decidir sobre su continuidad. Y esto significará que los desplazamientos de los trabajadores de los nuevos estados miembros contribuirán de forma decisiva a intensificar la movilidad laboral en la UE. El año 2006 fue declarado el Año Europeo para la Movilidad de los Trabajadores y en este mismo año, los doce deciden si continúan aplicando las disposiciones de libre circulación de trabajadores, lo que marca un momento de inflexión que invita a la reflexión.

Sin embargo, la realidad se impone y la movilidad intracomunitaria en los últimos treinta años se ha situado en todos los Estados miembros en un modesto 1,5 % y ello pese a que la consecución de un mercado único de trabajo europeo no es un objetivo nuevo, contando además con el funcionamiento de EURES (European Employment Services), que permite a cualquier ciudadano de la UE acceder a las ofertas de trabajo que se gestionan en los servicios de empleo de todos los países que

forman parte del Espacio Económico Europeo y está dirigida tanto a trabajadores o candidatos, como a empresarios.

2. CARACTERIZACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL

Nuestro sistema de protección por desempleo responde a las características de un modelo mixto, que combina elementos y técnicas asistenciales y contributivas de organización de la protección. Y ello en un doble sentido, ya que el nivel contributivo se ve impregnando de elementos asistenciales y el no contributivo ya desde su origen no está desprovisto de elementos contributivos. Mas puramente asistencial es el tercer nivel, las rentas activas de inserción (disposición final 5ª, 4 LGSS) dirigidas a desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades de encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar acciones favorecedoras de su inserción laboral y que combina medidas pasivas con medidas activas de empleo.

En realidad estamos ante un modelo “trípode” –antes de introducirse el tercer nivel había sido calificado en la doctrina como dual integrado⁴³³–, en el que el nivel contributivo proporciona prestaciones básicas y el nivel asistencial prestaciones complementarias (aunque también autónomas) y el tercer nivel se perfila, a su vez, como complementario del asistencial. Se trata de un modelo que progresivamente se ha ido orientando de forma cada vez más restrictiva “por arriba” es decir en el primer nivel (las prestaciones contributivas por desempleo), tanto en lo que se refiere al acceso (endurecimiento de los requisitos), como la permanencia (más exigencias para continuar percibiendo la prestación: búsqueda activa de empleo, suscripción del compromiso de actividad y obligación de aceptar una oferta adecuada de empleo) y contenido (aminoración de la cuantía). Y a la vez, progresivamente extensivo “por abajo”, es decir, en el tercer nivel, que tiende a ampliar su ámbito subjetivo más allá del colectivo originario a otros nuevos como personas con discapacidad, emigrantes o víctimas de violencia de género. El resultado de todo ello es un modelo que equilibra

⁴³³ En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant monografías, 1997, pg. 155.

más la dimensión activa y pasiva de las políticas de empleo y un modelo que tiende a asistencializarse globalmente.

En el nivel contributivo están comprendidos los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de Seguridad Social y de la mayor parte de los Regímenes Especiales, con exclusiones como el de Empleados del Hogar y eventuales del campo que no residan en Andalucía y los trabajadores autónomos de los correspondientes regímenes de Seguridad Social, los estudiantes, los trabajadores con contratos para la formación y los funcionarios de carrera. Por tanto, es un nivel que gravita, fundamentalmente, sobre la noción de trabajador por cuenta ajena.

El hecho de que el correspondiente Régimen prevea la protección por desempleo no determina que el paro por sí solo de derecho a prestaciones por desempleo, ya que se exige que se trate de lo que la LGSS denomina una “situación legal de desempleo” -de las reguladas en el artículo 208 LGSS, y de que el sujeto haya cotizado un período mínimo(360 días), lo que supone la exclusión de personas que se hallan en situación de desempleo inicial (y que no han cotizado) y de las que cotizaron un tiempo insuficiente (lo que afecta sobre todo a personas que han tenido un contrato temporal).

La prestación económica por desempleo está limitada, además, temporalmente por tramos en función del período de cotización previa durante los seis años precedentes a la situación de desempleo, regulados en el artículo 210 LGSS. Y también en la cuantía, que es decreciente cuanto más se persiste en situación de paro subsidiado (artículo 211 LGSS, según el que la cuantía se determina aplicando a la base reguladora los siguientes porcentajes: el 70 por 100 a partir durante los ciento ochenta primeros días y el 60 por 100 a partir de del día ciento ochenta y uno).

Al objeto de nuestro trabajo conviene tener en cuenta que entre las causas de extinción de esta prestación figura el traslado del domicilio al extranjero, “salvo en los casos que reglamentariamente se determinen” (art. 213 g) LGSS). El artículo 6.3 del RD 625/1985, establece que el traslado al extranjero para la realización de trabajo o perfeccionamiento profesional suspende la prestación si es por un período inferior a seis meses y la extingue si es por un período superior a seis meses, salvo exportación a país comunitario según los Reglamentos comunitarios para buscar empleo. Esta causa de

extinción es claro que no favorece sino que dificulta la exportación y la búsqueda de empleo en mercados más amplios. La única razón que se da para ello son las dificultades de control por parte de la entidad que reconoce y abona la prestación.

El nivel asistencial, asume una función esencialmente, aunque no exclusivamente, subsidiaria del nivel contributivo (aunque generalmente también exige indirectamente la cotización previa) y atiende a la protección de estados de necesidad, que se entiende existe cuando se acredite la obtención de rentas de cualquier naturaleza inferiores al 75% del salario mínimo interprofesional y, generalmente, el agravamiento de esa situación por tener cargas familiares. La carencia de rentas se exige no sólo en el momento del hecho causante sino durante la percepción del subsidio en todas las modalidades previstas en el artículo 215 LGSS.

En el ámbito subjetivo del nivel no contributivo se ha producido cierta ampliación, ya que, además de los parados que hayan agotado las prestaciones por desempleo (que se exige tanto en el supuesto de cargas familiares como en el de mayores de 45 años aún sin cargas familiares) o de los que no accedieron a ellas por cotización insuficiente, se incluyen otros que tienen una configuración autónoma:

- los liberados de prisión, siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior seis meses, lo que se extiende a los que siendo menores hubieran estado por dicho tiempo internados en un centro de internamiento o los que hubiesen concluido un tratamiento de deshabituación de drogodependencia
- también las personas declaradas en situación de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual como consecuencia de un expediente de revisión por mejoría de una situación de invalidez en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez.

Especial interés tiene en este trabajo el supuesto del subsidio de emigrantes retornados, debiendo distinguir los procedentes de países no pertenecientes al Espacio

Económico Europeo o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo siempre que acrediten haber trabajado como mínimo seis meses y no tener derecho a prestaciones de desempleo y los que proceden de estos países, en cuyo caso, la duración de la prestación contributiva se determinará en función de los períodos de ocupación cotizada correspondientes a los cuatro años anteriores a la salida de España del trabajador, en caso de no haber cotizado por la contingencia de desempleo desde aquel momento, o a contar desde la extinción de la relación laboral en el extranjero, si existieren cotizaciones computables en virtud de convenio legalmente suscrito. Pero esto es problemático ya que el artículo 67 del Reglamento CEE 1408/1971, exige para acceder al mismo que los emigrantes tras retornar realicen trabajos que den lugar a prestación . Y respecto de los emigrantes retornados de otros países los requisitos de cotización antes de emigrar se equiparan a los de los trabajadores comunes (doce meses en los últimos seis años). El subsidio asistencial de emigrantes retornados, por restrictivo que casa mal con el tenor del artículo 42 CE relativo a al mandato a los poderes públicos para que realicen una política orientada al retorno de estos trabajadores.

La cuantía del subsidio por desempleo es, uniforme: en un principio, 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, actualmente es el 80 por 100 del IPREM (indicador público de rentas de efectos múltiples) mensual vigente en cada momento. No obstante, se establecen supuestos en que dicha cuantía se eleva atendiendo al factor agravante que supone la existencia de cargas o responsabilidades del sujeto protegido (art. 217 LGSS).

La suspensión y extinción de los subsidios por desempleo se producirá como consecuencia de las mismas causas previstas para la prestación del nivel contributivo (art. 219.2 LGSS), es decir, las previstas en los artículos 212 y 213 LGSS.

Dentro de la protección por desempleo (disposición final 5ª.4 LGSS) se contempla como tercer nivel las rentas activas de inserción. Los programas de rentas de inserción se han venido aprobando desde 2000, inicialmente, como medidas

excepcionales para parados mayores de 45 años. Tras la reforma de 2002 se institucionalizan y potencian, ampliando los colectivos beneficiarios a los minusválidos, emigrantes retornados, víctimas de violencia doméstica y eventuales del régimen especial agrario de Andalucía y Extremadura. Para el año 2006 se prorrogó el Programa de Renta Activa para el año 2005 para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo regulado por el RD 205/2005, de 25 de febrero.

Concretamente la renta activa de inserción de los emigrantes retornados a la que se refiere el RD 205/2005, en su artículo 2.2 b), se condiciona al requisito de que el emigrante, tras haber retornado del extranjero en los doce meses anteriores a la solicitud, hubiera trabajado como mínimo seis meses en el extranjero desde su última salida de España y esté inscrito como demandante de empleo, siempre que reúna los requisitos previstos en el apartado 1 excepto los recogidos en los párrafos a) y b). Es decir, se exige que no tengan derecho a las prestaciones o subsidios por desempleo ni a la renta agraria, y, de otro lado, la carencia de rentas de cualquier naturales superiores en cómputo mensual al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional (y no se exige que sean mayores de 45 años ni que lleven inscritos en la oficina de empleo ininterrumpidamente doce meses como mínimo).

3. EL DERECHO COORDINATORIO DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN LA UE.

3.1. Consideraciones generales sobre el Derecho Coordinatorio de la Seguridad Social.

Las competencias comunitarias en materia de Seguridad Social se entienden vinculadas instrumentalmente al ejercicio del derecho de libre circulación de trabajadores. El artículo 42 del Tratado CE –versión consolidada–, como ya hiciera en parecidos términos el Tratado CE originario –art.51– es claramente ilustrativo cuando establece que: “El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251,

adoptará en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de 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”.

En cumplimiento de lo dispuesto en este precepto el Consejo aprobó los Reglamentos 3/58 y 4/58, posteriormente sustituidos por los Reglamentos 1408/71 y 574/72, que regulan la coordinación de los regímenes de Seguridad Social, y que son aplicables en nuestro país desde enero de 1986. Recientemente, el Reglamento 883/2004, introduce algunos cambios, aunque se puede afirmar que no es en absoluto rupturista, sino una norma de simplificación. Su entrada en vigor permanece en suspenso ya que “será aplicable a partir de la fecha de entrada en vigor del Reglamento de aplicación” –art. 91 del Reglamento 883/2004-.

De otro lado, en la misma línea que el TCE, al menos en lo que se refiere a las medidas a adoptar en materia de Seguridad Social para facilitar el ejercicio del derecho a la libre circulación de trabajadores, el Tratado por el que se establece la Constitución Europea dispone en su artículo III-136: “1. En el ámbito de la Seguridad Social, la ley o la ley marco europea establecerá las medidas necesarias para realizar la libre circulación de los trabajadores, creando, en particular, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como 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 calcularlas;
 - b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en el territorio de los Estados miembros.
2. Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de ley o de ley marco europea de las previstas en el apartado 1 perjudica a aspectos fundamentales de su sistema de seguridad social, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o afecta al equilibrio financiero de dicho sistema, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento establecido en el artículo III-396. Tras deliberar al respecto, el Consejo Europeo, en un plazo de cuatro meses desde dicha suspensión:
- a. devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento establecido en el artículo III-396, o
 - b. pedirá a la Comisión que presente una nueva propuesta, en cuyo caso se considerará que no ha sido adoptado el acto propuesto inicialmente”.

El Reglamento 1408/71 puede ser invocado por sujetos incluidos en su ámbito de aplicación personal ante nuestros jueces y tribunales de justicia, que están obligados a no aplicar normas de Derecho interno que sean contrarias a las normas comunitarias (efecto directo).

El ámbito personal de aplicación del Reglamento 1408/71, ex art. 2.I, en su versión original establecía que *“se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y a los estudiantes, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros y que sean nacionales de uno de los Estados miembros, o apartidas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, así como a los miembros de su familia y a sus supervivientes”*. Además, ex artículo 2.2., también es aplicable 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 o apartidas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros”.

Por tanto, ya desde un principio, la nacionalidad no era un requisito absolutamente imprescindible en todos los casos para la inclusión de una persona dentro del ámbito de aplicación personal del Reglamento, ya que incluía a los apátridas y refugiados y a los familiares extracomunitarios de un nacional comunitario⁴³⁴. Así como los supervivientes que ostentan la nacionalidad de algún Estado miembro, aunque el causante no sea nacional de la UE.

Con posterioridad, el Reglamento (CE) nº 859/2003, del Consejo, de 14 de mayo, de 2003, amplía la aplicación de las disposiciones del Reglamento CEE nº 1408/71 y del Reglamento CEE nº 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no entren en el campo de aplicación de dichas normas. De esta forma el Reglamento garantiza a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de la Comunidad y que cumplen las demás condiciones establecidas en él, el mismo tratamiento que a los nacionales de Estados miembros en cuanto a derechos en materia de Seguridad Social cuando se desplazan a otro estado miembro para estancias de corta duración, para vivir o trabajar, sin que de esta modificación se derive ningún derecho de estancia, residencia o acceso al mercado de trabajo, ya que la residencia legal es una condición previa para la aplicación del Reglamento. Se han incluido, además, disposiciones transitorias para que los nacionales de terceros países puedan conservar sus derechos adquiridos antes de la entrada en vigor del presente Reglamento.

Por lo tanto, el Reglamento es aplicable a los trabajadores por cuenta ajena o propia sometidos a la legislación de uno o varios Estados miembros y que sean nacionales de un Estado miembro o de un tercer país o apátridas o refugiados residentes en el territorio de un Estado miembro, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes.

⁴³⁴ En este sentido, y como obra de referencia general, vid. Sánchez Rodas, C.: *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ed. Laborum, 2005.

A los efectos de la coordinación de regímenes de Seguridad Social se considera trabajador a cuantos, cualquiera que sea su denominación, se hallan inmersos en los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social, incluso aunque no ostenten un empleo en el presente, siempre que sean susceptibles de ocupar un nuevo puesto laboral. Incluso (STJCE de 31-5-1979, -128/78, Pierik), aunque no se ejerza actividad profesional alguna, basta el hecho de estar afiliado a un régimen de Seguridad Social tal como los beneficiarios de una pensión o renta que deba abonarse al amparo de la legislación de uno o varios Estados miembros (o aún no formalmente afiliado, que se reúnan las condiciones materiales para estarlo en el régimen de Seguridad Social que les resulte aplicable). Por ello y a modo de conclusión es la sumisión a una legislación de Seguridad Social de un Estado miembro lo que determina la aplicación del Reglamento 1408/1971.

En cuanto a los estudiantes, a los efectos del Reglamento 1498/71, se acoge un concepto residual ya que “designa a cualquier persona que no sea trabajador por cuenta ajena o propia, ni miembro de su familia o superviviente, que estudie o reciba una formación profesional para obtener una titulación reconocida oficialmente por las autoridades de un Estado miembro y que esté asegurado en el marco de un régimen de Seguridad Social especial aplicable a los estudiantes”-art. I.c bis)-.

Los familiares y derechohabientes de los trabajadores migrantes se benefician de la aplicación del Reglamento aun cuando sean éstos y no el propio trabajador migrante el que haya efectuado el desplazamiento a otro Estado donde el Derecho comunitario resulte aplicable, al menos en la interpretación extensiva del TJCE. En todo caso, la última jurisprudencia del TJCE considera que sólo los trabajadores pueden invocar como propios los derechos reconocidos en el Reglamento, ya que sus familiares sólo tendrían derechos derivados, en su condición de miembros de la familia o supervivientes de un trabajador.

Un caso que merece particular atención, aunque en parte ya superado, es el de los nacionales del Magreb, ya que el artículo 4.I.I. del Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos establece en términos precisos e incondicionales la prohibición de discriminar por razón de nacionalidad a los trabajadores de nacionalidad

marroquí y a los miembros de su familia que residan con ellos, en el sector de la Seguridad Social en los términos del Reglamento. Además, dado que el ámbito personal del Acuerdo y el Reglamento no son coincidentes, la Jurisprudencia del TJCE no distingue en este caso entre derechos propios y derechos derivados. Por ello, mientras los familiares de los migrantes ciudadanos de los Estados miembros sólo pueden invocar el derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad respecto a las prestaciones familiares y aquellas otras que no estén vinculadas a la condición de trabajador, los familiares de los trabajadores magrebíes pueden reclamar el citado derecho a la no discriminación con respecto a cualquier prestación de Seguridad Social, sin distinción de si son derechos propios o derivados. Y dado que los Acuerdos de Cooperación con los países del Magreb (Marruecos, Argelia y Túnez) tienen idéntico contenido en lo referente a principio de igualdad de trato, las mismas consideraciones son predicables de sus nacionales.

En el caso de Turquía, el objetivo del Acuerdo de Asociación entre la CEE y Turquía era el de preparar su adhesión a la CEE y no se recogió de forma expresa el derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad en materia de Seguridad Social, aunque tras la Decisión 3/80 de 19 de septiembre de 1980, la jurisprudencia se ha inclinado en el mismo sentido que en el caso de los ciudadanos del Magreb.

A la hora de definir los familiares incluidos en el ámbito del Reglamento es el concepto de cónyuge el que plantea mayores problemas ya que el art. 42 TCE –versión consolidada- alude a los efectos de la coordinación de los regímenes de Seguridad Social “a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes”, sin alusión alguna al cónyuge, a lo que se añade que el Reglamento 1408/71 no proporciona definición de cónyuge y al describir el ámbito de aplicación personal lo hace en términos genéricos “miembros de la familia y supervivientes” de los sujetos a los que el Reglamento resulta aplicable. No obstante, el cónyuge se considera incluido en el concepto de familiar del trabajador, estudiante, apartida o refugiado. En cuanto al concepto de cónyuge, inexistente a efectos de la coordinación de Regímenes de Seguridad Social, y aunque el estado civil sigue en el ámbito competencial exclusivo de los Estados miembros, son numerosos los problemas que plantea la extensión del concepto a las uniones de hecho.

En el ámbito de aplicación material el Reglamento nos remite al término “legislación”, entendiendo por tal las leyes, reglamentos, disposiciones estatutarias y cualesquiera otras medidas de aplicación, existentes o futuras que se refieren a los regímenes de seguridad social. En relación con el desempleo se ha planteado el problema de la Comunicación planteada el 31-12-1985 por el Estado francés relativa a la protección por desempleo establecida mediante Acuerdos entre las organizaciones patronales y sindicales (un acuerdo colectivo interprofesional), que precisamente por esta Declaración del Estado puede ampliarse a las disposiciones de los convenios.

Las contingencias protegidas ex art. 4.1 el Reglamento 1408/71 se refieren a todas las ramas de la seguridad social relacionadas con:

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

Listado que coincide con la enumeración del Convenio nº 102 de la OIT sobre norma mínima de Seguridad Social y el art. 38 de la LGSS. No obstante, los Estados deberán hacer declaraciones sobre “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 especiales de carácter no contributivo mencionadas en el apartado 2 bis el artículo 4, las prestaciones mínimas mencionadas en el artículo 50, así como las prestaciones mencionadas en los artículos 77 y 78”(artículo5). En el caso de España en un principio no se incluyeron regímenes especiales concretos, ni se incluyó el subsidio asistencial por desempleo. Posteriormente se notificaron como regímenes coordinados al amparo de los apartados 4.1 y 4.2 ,tanto

los regulado por el Régimen General de Seguridad Social como por los Regímenes Especiales.

Se ha de tener en cuenta que el artículo 4.2 del Reglamento dispone que éste es aplicable a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos. No obstante ni el Reglamento 1408/71 ni el Reglamento 574/72 contiene una definición de lo que haya de entenderse por prestación “no contributiva”, lo que, en cualquier caso es irrelevante ya que el Reglamento no excluye de su ámbito las prestaciones independientes de cotización previa.

No obstante, la resistencia a reconocer el derecho a prestaciones subordinadas a requisitos de residencia y/o nacionalidad a ciudadanos de otros Estados miembros, así como la no exportación de las mismas cuando el beneficiario traslada su residencia a algún Estado miembro, dio lugar a que planteasen ante el TJCE numerosas cuestiones prejudiciales al objeto de que el Tribunal se pronunciase sobre la naturaleza de prestaciones a los efectos de a aplicación del Reglamento.

El TJCE adoptó una posición extensiva que en algún caso supuso el reconocimiento de prestaciones que en el Derecho nacional eran calificadas como Asistencia Social y que fueron declaradas exportables. Ante ello, la reacción fue la aprobación del Reglamento 1247/92, que introdujo, entre otras cosas, un nuevo artículo 4.2 bis del Reglamento 1408/71 en el que se define las prestaciones especiales no contributivas –a las que será aplicable el Reglamento- como las sujetas a una legislación o a un régimen distinto de los mencionados en el apartado 1, cuando dichas prestaciones vayan destinadas: bien a cubrir, con carácter supletorio, complementario o accesorio, las prestaciones correspondientes a las ramas contempladas en las letras a) a h) del apartado 1; o bien a asegurar únicamente la protección específica de los minusválidos. Así una prestación por el hecho de figurar en el Anexo II bis se rige por las normas de coordinación del art. 10 bis, y por tanto, se les aplica el principio de totalización sin prorrateo y no son exportables.

Los Estados pueden excluir del ámbito material del Reglamento 1408/71 aquellas prestaciones especiales no contributivas cuya aplicación se limite a una parte de su territorio –como son en el caso de España las rentas mínimas de inserción

autonómica respecto de las que no tiene sentido hablar de totalización de períodos cotizados y respecto a las que no se prevé su exportación ni siquiera limitada-. Pero se exigiría una declaración expresa del Estado en tal sentido, por lo cual, y dado que estas prestaciones son independientes de cualquier cotización, tan sólo se plantea la cuestión de su conservación en caso de traslado a otro Estado miembro para la búsqueda de empleo, debiendo imponerse una solución conforme a la finalidad de estas prestaciones dirigidas a favorecer la inserción social por el empleo; una solución además que bien podría ser extrapolable por analogía con las correspondientes a los actuales tres niveles de de protección por desempleo.

El Reglamento 647/2005 (DOUE de 4 de mayo de 2005) ha introducido reformas en el ámbito de la coordinación de las prestaciones especiales no contributivas. De conformidad con la nueva redacción dada al artículo 4.2 bis del Reglamento 1408/71, el mismo se aplicará “a las prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo previstas en la legislación que, por su alcance personal, objetivos y/o condiciones para su concesión presenten características tanto de legislación de Seguridad Social a que se refiere el apartado 1 como de Asistencia Social.

Las prestaciones en metálico de carácter no contributivo son aquéllas que:

- a) Tienen por objeto, bien proporcionar cobertura complementaria, supletoria o accesoria de los riesgos cubiertos por las ramas de la seguridad social mencionados en el apartado 1, que garantice a las personas interesadas unos mínimos ingresos de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social del Estado miembro de que se trate; o bien, únicamente una protección específica a las personas discapacitadas, estrechamente vinculada al entorno social de cada persona concreta en el Estado miembro de que se trate
- b) Y cuya financiación procede exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y cuyas condiciones de concesión y de cálculo de las prestaciones no dependen de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para complementar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo

c) Y que figuran en el anexo II bis

Se puede decir que el contenido de este precepto coincide plenamente con la definición de la prestación especial no contributiva del Reglamento 883/2004.

En base a ello las prestaciones no contributivas incluidas por España en el Anexo II bis, que por tanto, no son exportables serían: el subsidio de garantía de ingresos mínimos (rentas mínimas de inserción y renta activa de inserción), las prestaciones en metálico de asistencia a personas de edad avanzada e inválidos incapacitados para el trabajo y pensiones de invalidez y jubilación, en su modalidad no contributiva, incluidas en el artículo 38.1 LGSS y el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte –España ha suprimido del anexo las prestaciones familiares, lo cual es lógico ya que estas prestaciones nunca han sido exportables-.

El Reglamento no resulta aplicable a los regímenes complementarios, las prestaciones fiscales, asistencia social ni médica, ni a los regímenes de prestaciones a favor de las víctimas de la guerra o de sus consecuencias.

Las prestaciones sociales del Reglamento 1408/1971 se vienen aceptando, además, como “ventajas sociales” a los efectos del Reglamento 1612/68 (art. 7.2: “en el territorio de otros Estados miembros el trabajador comunitario se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales”).

3.2 La coordinación de las prestaciones por desempleo en el ámbito europeo

En primer lugar, en relación con las prestaciones por desempleo del nivel contributivo, el Reglamento CEE 1408/1971 prevé la totalización de los períodos de seguro o de empleo, partiendo de la regla general según la cual el derecho a prestación

nace y se rige por las disposiciones vigentes, en el país del último empleo, es decir, la *la lex loci laboris*.

Por un lado, en el apartado 1, el artículo 67 garantiza dicha totalización al establecer que la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine la adquisición, conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones, al requisito de haber cubierto determinados períodos de seguro computará, en la medida necesaria, los períodos de seguro o de empleo cubiertos como trabajadores por cuenta ajena bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratase de períodos de seguro cubiertos bajo la legislación aplicada por ella, a condición, sin embargo, de que los períodos de empleo hubieran sido considerados como períodos de seguro en el supuesto de haber sido cubiertos bajo dicha legislación.

Ha de tenerse en cuenta, que el Reglamento define los “períodos de seguro” como los “períodos de cotización, empleo o de actividad por cuenta propia, tales como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran como cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de seguro (artículo 1 r) del Reglamento 1408/71).

En el apartado 2 se prevé igualmente que en el caso de que el Estado miembro subordine la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de haber cubierto determinados períodos de empleo (en lugar de período de seguro), la institución competente computará, en la medida en que ello sea necesario, los períodos de seguro o de empleo cubiertos como trabajador por cuenta ajena bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratase de períodos de empleo cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplique.

Y se entiende por “períodos de empleo” los definidos o admitidos como tales por la legislación bajo la cual han sido cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de empleo.

Ahora bien, en ambos casos (y salvo el supuesto de los trabajadores en situación de paro total a que se refiere el inciso ii) de la letra a) del art. 71.1. o el supuesto del

trabajador en paro total y que se ponga a disposición de los servicios de empleo del Estado del lugar de residencia y diferente de aquél en que ocupó su último empleo a que se refiere el inciso ii) de la letra a) del art. 71.1) se exige, si se trata del primer caso – cuando se exigen períodos de seguro- que el trabajador cuente con períodos de seguro con arreglo a lo dispuesto en la legislación a cuyo amparo sean solicitadas las prestaciones. Y en el caso previsto en el apartado 2 del art. 67 –cuando se exigen períodos de empleo- la totalización se subordina a que se cuente con períodos de empleo, con arreglo a lo dispuesto en la legislación donde sean solicitadas las prestaciones.

-En segundo lugar, la prestación se calcula (art. 68.1), siempre que se realice, como es nuestro caso, en función del importe del salario anterior, computando exclusivamente el salario percibido por el interesado en el último empleo que haya ocupado en el territorio de dicho Estado. Y en el caso de que no haya ocupado su último empleo en éste como mínimo cuatro semanas, el cálculo se efectuará en función del “salario usual” que corresponda donde el desempleado resida o se halle a un empleo equivalente o análogo al que haya ocupado en último lugar en el territorio de otro Estado miembro. Es decir, que en nuestro caso el Servicio Público de Empleo del Estado, el INEM, tiene en cuenta el convenio colectivo provincial, del sector de actividad y de la categoría profesional equivalente que ostentara el solicitante en otro país de la Unión.

También se prevé la posibilidad existente en numerosos ordenamientos de que la legislación a aplicar por la institución competente contemple una cuantía diferenciada en función del número de miembros de la familia. En tal caso, se establece que dicha institución también ha de tener en cuenta 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. Y ello salvo que en el país donde residen miembros de la familia otra persona obtenga prestaciones por desempleo y dichos miembros han sido tenidos en cuenta allí para el cálculo de estas prestaciones. (art. 868.2)

En el caso de nuestro país, se planteó un problema en relación con la interpretación de la exigencia reglamentaria de que los familiares convivieran con el solicitante del subsidio por cargas familiares, ya que muchos inmigrantes tenían a sus

familias en los países de origen, lo cual fue corregido por vía jurisprudencial exigiendo que dichos familiares dependiesen económicamente del solicitante y no necesariamente la convivencia. Actualmente, ni la LGSS ni el Reglamento de protección por desempleo exigen la convivencia ni en los supuestos en que hay elemento transnacional ni en los demás, siendo relevante que dichos familiares “estén a cargo”, es decir, que dependan económicamente del solicitante. Esto, entendemos no es contradictorio con lo dispuesto en el Reglamento, atendiendo a una interpretación teleológica es evidente que de lo que se trata es de que la circunstancia no sea tenida doblemente en cuenta y de que la familia dependa de las rentas del trabajo de esta persona.

En tercer lugar, las prestaciones por desempleo son exportables sólo de forma limitada y condicionada, lo que en definitiva apunta a un sistema de exportabilidad restringida, razón por la que el Reglamento 1408/71 utiliza otras expresiones como “desplazamientos de los desempleados a un Estado miembro distinto del Estado competente” o bien “conservación del derecho a las prestaciones”. Y es que realmente, más que exportación, como un derecho libremente ejercido de disfrutar de la prestación en el país libremente elegido, se trata de una autorización limitada objetiva y temporalmente, tal y como se deduce del análisis del artículo 99 del Reglamento, aun hoy, en vigor.

En efecto el trabajador en desempleo total que reúna los requisitos exigidos por la legislación de un Estado miembro para tener derecho a las prestaciones y que se desplace a uno a varios otros Estados miembros con el fin de buscar allí un empleo, conservará el derecho a esas prestaciones, en las condiciones y dentro de los límites que a continuación analizamos. Es evidente que esta “exportación” no está orientada a facilitar el turismo subsidiado –lo cual choca con el concepto mismo de empleo protegido por los sistemas de Seguridad Social que se define como aquella en la que se encuentra una persona que puede y quiere trabajar y no encuentra empleo-, sino a hacer real la existencia de un mercado de trabajo europeo, la movilidad intracomunitaria y sobre todo a incrementar las posibilidades de empleo y ocupación de los ciudadanos residentes en la UE.

De un lado, se establecen unos requisitos referidos al momento anterior al desplazamiento: haber estado inscrito como solicitante de empleo y haber permanecido

a disposición de los servicios de empleo del Estado competente durante cuatro semanas, como mínimo, contadas a partir del momento del desempleo. Si bien, se trata de un requisito relativo, ya que los servicios o instituciones competentes podrán discrecionalmente dispensar del mismo, autorizando el desplazamiento antes de que expire dicho plazo.

De otro lado, el desempleado deber inscribirse como solicitante de empleo en los servicios correspondientes de cada uno de los Estados miembros a donde se traslade y someterse al control establecido en los respectivos territorios, como un desempleado más. Y cuando dicha inscripción se produce dentro de los siete días siguientes a la fecha en que el interesado haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado de procedencia, se entiende cumplido el requisito relativo al período anterior a a inscripción.

El límite temporal al que está sometido el derecho de conservación de las prestaciones por desempleo fuera del territorio del Estado competente es de tres meses, como máximo, contado a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado de procedencia, sin que la duración total de las prestaciones pueda exceder de aquella duración a que tuviera derecho en virtud de la legislación de dicho Estado. Es decir, que el desplazamiento en ningún caso comporta ampliación del período de percepción a que tenga derecho el trabajador.

El Reglamento comunitario no coincide con lo dispuesto en la LGSS, ya que ésta prevé la suspensión durante seis meses en los casos de desplazamiento al extranjero, si bien es una norma flexible al contemplar la posibilidad de que dicha regla se exceptúe en determinados casos por vía reglamentaria. Por tanto, no hay propiamente contradicción o conflicto normativo y, en todo caso, se aplicaría la norma superior rango y más favorable, esto es, el Reglamento comunitario.

Un límite temporal adicional se establece para el caso de los trabajadores de temporada, ya que la duración del derecho de exportación está, además limitado al tiempo que quede hasta el final de la temporada para la que fue contratado. Es decir, que si queda menos de tres meses de temporada, tampoco se produce una ampliación de la duración más allá del término de ésta por el mero hecho del desplazamiento.

Finalmente, al término del derecho de conservación de la prestación de desempleo caben tres posibilidades:

- que el interesado regrese al Estado competente antes de agotar el período de tres meses de exportación, en cuyo caso seguirá teniendo derecho a las prestaciones conforme a la legislación de dicho Estado

- que el interesado no regrese antes del término del período de tres meses, supuesto en el que perderá “todo derecho a las prestaciones que pudieran corresponderle en virtud de la legislación del Estado competente”. Es decir, se trata de una extinción del derecho a prestación y no de una mera suspensión, que sin duda resultaría más favorable no sólo a los intereses del desempleado sino de la realización del mercado de trabajo europeo.

No obstante, el Reglamento incorpora un elemento de flexibilidad al permitir a los servicios e instituciones competentes la ampliación de dicho plazo, que, aunque no se determine en qué casos, cabe entender que se referirá a cuando el beneficiario incremente sus posibilidades de empleabilidad a través de acciones formativas o de inserción o bien cuando consten expectativas razonables de empleo en el otro Estado, al menos, cuando éstas sean superiores a las existentes en el propio.

Adicionalmente, se establece otro límite temporal distinto y es la prohibición de invocar este derecho más de una vez entre dos períodos de empleo.

El abono de la prestación en los casos de desplazamiento del desempleado a un Estado miembro diferente del competente, corresponderá a la institución de cada uno de los Estados a los que se traslade el desempleado en busca de empleo. Y la institución competente de aquel estado miembro a cuya legislación haya estado sometido el trabajador mientras ocupaba su último empleo (donde causa la prestación), vendrá obligada a reembolsar el importe de estas prestaciones, ya mediante justificación de gastos realizados, ya sobre la base de un tanto alzado. No obstante, y en esto también es flexible el Reglamento, dos o varios Estados miembros o las autoridades competentes de los mismos también podrán convenir otras formas de reembolso o pago o renunciar a todo reembolso entre las instituciones que de ellos dependan.

En cuanto a la coordinación de los subsidios asistenciales de desempleo, fue precisamente su denominación lo que, en un principio, llevó al Gobierno español a que estas prestaciones no fueran inicialmente incluidas en su declaración relativa a regímenes de Seguridad Social coordinados por los Reglamentos 1408/19971 y 574/72. Sin embargo, el TS en Unificación de Doctrina (SSTS de 8 de octubre de 1991, Ar. 7741 y 18 de noviembre de 1991, Ar. 8247) las declaró prestaciones de Seguridad Social y no de Asistencia Social, por lo que la declaración fue rectificada en 1993.

Por tanto, las prestaciones por desempleo, tanto en su nivel contributivo como asistencial, se incluyen dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 y así lo han reconocido las Sentencias Zabala y Martínez Losada (respectivamente, SSTJCE de 15 de junio de 1995, asuntos acumulados 88, 102 y 103/95 y de 20 de febrero de 1997, asuntos acumulados 88, 102 y 103/95).

En cuanto a la Renta Activa de Inserción carece de sentido hablar de totalización ya que no exigen cotización previa en España, siendo, además los emigrantes retornados uno de los colectivos específicamente contemplados (art.2.2.b) RD. 205/2005). Desde nuestro punto de vista, ni conceptual ni técnicamente existirían serios inconvenientes para aplicar el régimen de conservación del derecho a la renta activa de inserción en los mismos términos que se reconoce a las prestaciones y subsidios por desempleo. Pero siendo los emigrantes retornados uno de los colectivos específicamente contemplados en la Renta Activa de Inserción no parece que el objetivo sea la movilidad, ya que de lo que se trata es de favorecer su retorno. En cuanto al resto de los colectivos específicos destinatarios de estas prestaciones, nada se opondría a la búsqueda de empleo más allá de nuestro territorio y mantenimiento del derecho a la renta, sin embargo, en la medida en que suele relacionarse con personas en situación de exclusión social, es presumible una actitud poco receptiva por parte de los Estados, a lo que se ha de sumar que su inclusión en el Anexo II determinaría la no “exportación”.

La totalización de períodos para el reconocimiento del subsidio de desempleo para mayores de 52 años ha sido uno de las modalidades en las que la normativa comunitaria ha tenido mayor impacto. En un principio nuestra jurisprudencia denegaba

este subsidio a aquellos trabajadores migrantes que no acreditaban cotizaciones suficientes o cuyas cotizaciones efectivas eran por un período inferior a un año.

Pero la aplicación del principio de totalización de períodos de seguro implica que ha de tenerse en cuenta a los efectos del reconocimiento de este subsidio, no sólo las cotizaciones realizadas en España sino la totalidad de períodos que se acrediten en otro Estado en el que el Reglamento 1408/71 resulte aplicable. Y ello sin supeditar tal principio de totalización al requisito de acreditar al menos un año de cotización en España, puesto que al tratarse de una prestación de desempleo, no resulta aplicable lo previsto en el artículo 48 del Reglamento 1408/71. En este sentido, las SSTS de 17 de febrero de 1997 (Ar. 4584), de 7 de mayo de 1998 (Ar. 4584), de 18 de junio de 1998 (Ar. 5409)

3.3. Las prestaciones por desempleo de residentes en país distinto del país del último empleo (fronterizos y no fronterizos).

Con el objeto de garantizar el derecho a las prestaciones por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena en situación de desempleo que residan, mientras ocupaban su último empleo, en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente, se establecen unas reglas específicas.

-En el caso del trabajador fronterizo que se halle en situación de paro parcial o accidental en la empresa que le da ocupación, se aplicará en materia de prestaciones por desempleo la legislación del Estado competente –lex loci laboris- como si residiese en el mismo territorio y también serán abonadas por las instituciones competentes de éste.

Esto contrasta con lo dispuesto en el RD 2393/04 de desarrollo de la Ley de extranjería, que en su Disposición Adicional 13ª prevé la no cotización, entre otros, en el caso de trabajadores fronterizos (que, por tanto, no tendrían derecho a prestaciones por desempleo). El problema estriba en que el ámbito subjetivo de la LOEXIS y RLOEXIS no es coincidente con el del Reglamento comunitario, que incluye a

nacionales de terceros estados que residan legalmente en territorio de un Estado miembro. Tal contradicción se salda a favor de lo dispuesto en el Reglamento CE por ser norma de superior rango jurídico, y por tanto, los trabajadores fronterizos nacionales de terceros Estados y sus empresarios sí han de cotizar por desempleo, generando este derecho aunque no residan en España y ello, aun no siendo españoles.

-En cambio, cuando el trabajador fronterizo se halla en situación de paro total, se aplica la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida, como si hubiera estado sujeto sometido a dicha legislación mientras ocupaba su último empleo. Las prestaciones son abonadas y sufragadas también por la institución del lugar de residencia. Se exceptúa aquí la *lex loci laboris*, pero se ha de entender que de nuevo el Reglamento comunitario se impone a nuestra legislación de extranjería.

Conforme al Derecho interno, las prestaciones y subsidios de desempleo no son exportables en ningún caso, ya que se exige la residencia. Sin embargo el artículo 69 del Reglamento 1408/71 prevé la “exportación” de las prestaciones por desempleo, tanto en el nivel contributivo como en el asistencial, durante tres meses cuando al trabajador – español o extranjero- sujeto protegido por el Reglamento 1408/71 se traslade a otro Estado en el que el Derecho comunitario resulte aplicable.

La contradicción queda salvada porque en realidad el Reglamento no regula un derecho de exportación sino la mera conservación del derecho durante un período determinado y bajo ciertas exigencias, que, no excluyen la residencia en el Estado competente de la prestación y por ello emplea el término de “desplazamiento”, lo que supone una situación provisional que cesará bien con el retorno, bien con la ocupación en el lugar de búsqueda –o incluso con la pérdida del derecho si no hay retorno ni nueva ocupación-.

Tras la reforma de la regulación del subsidio para emigrantes retornados se exige que el retorno se produzca desde países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo o de países con los que no existe Convenio sobre protección por desempleo, ya que en tales casos se aplicaría el Reglamento o Convenio, pero en caso de que la aplicación de estos diera como resultado la absoluta desprotección del emigrante

retornado habría que cuestionar la validez jurídica de dicha norma o su aplicación a dichos supuestos.

En el caso de que se trate de un trabajador no transfronterizo que resida, mientras ocupaba su último empleo en un Estado miembro distinto del Estado competente, y ya se halle en situación de paro parcial, accidental o total, y que continúe a disposición de su empresario o de los servicios de empleo en el territorio del Estado competente –el del lugar del último trabajo– tendrá derecho a las prestaciones por desempleo en éste último y de conformidad con su legislación, como si residiese en el mismo y las prestaciones serán abonadas por la institución competente (art. 71.1, b) i)). Es claro que lo dispuesto en este apartado b) inciso i) del artículo 71 del Reglamento se entiende que prevalece sobre la exigencia de residencia establecida en el artículo 7.1 y 3 de la LGSS para la inclusión en el sistema de Seguridad Social, tanto para prestaciones contributivas como no contributivas. Esta contradicción pone de manifiesto la necesidad de acomodar nuestro Derecho interno, relativizando la exigencia de residencia en España.

Por ello, este supuesto, constituye una excepción a nuestra norma interna que viene impuesto por el Derecho comunitario y, además, recordémoslo, es aplicable con independencia de cual sea la nacionalidad (incluso de un tercer Estado) y nuestras instituciones y Tribunales han de reconocer en estos casos dada su eficacia imperativa directa e inmediata.

También cuenta con previsión expresa la situación del trabajador por cuenta ajena no 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 (art. 71.1, b) ii)), que 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. Pero en el caso de que estos trabajadores hayan comenzado a disfrutar de las prestaciones con cargo a la institución competente del Estado miembro a cuya legislación ha estado sometido en último lugar, disfrutará de las prestaciones en los

términos establecidos en el artículo 69 relativo a la exportabilidad limitada o derecho de conservación de las prestaciones.

En los dos supuestos en los que se aplica la legislación del lugar de trabajo en vez del lugar de residencia, no cabe pretender tener derecho en éste último –son los supuestos previstos en el inciso i) apartado a) e inciso i) apartado b) del artículo 71.1.

Las reglas para la totalización de los períodos de empleo o seguro aplicables son las que se detallan en el Reglamento CE 574/72: en primer lugar, las normas generales de totalización reguladas de forma compleja y pormenorizada en el artículo 15. Y, en segundo lugar, las normas específicas sobre desempleo del mencionado Reglamento de aplicación, que se contienen en los artículos 80 a 84 ambos inclusive. De ellos destacamos algunos aspectos más relevantes:

-para proceder a la totalización se requiere una certificación de los períodos de seguro o de empleo que será expedido a solicitud del interesado, bien por la institución competente en materia de desempleo del Estado miembro a cuya legislación haya estado sometido anteriormente en último lugar, o bien por la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro mencionado.

-para el cálculo de las prestaciones es necesario un certificado donde conste “la índole del último empleo ejercido durante cuatro semanas” cuando el interesado un haya ejercido su último empleo durante cuatro semanas en el territorio del Estado competente –es decir, donde ha de solicitar la prestación-.

El artículo 83 del Reglamento de desarrollo o aplicación regula también de forma pormenorizada distintos aspectos instrumentales para la exportación o conservación del derecho a prestación cuando el desempleado se desplaza a otro Estado miembro, en los que se pone de manifiesto la existencia de lazos de cooperación entre las distintas instituciones de empleo en los Estados miembros, lazos que se traducen en la existencia de auténticos derechos y deberes de las distintas Administraciones, recíprocamente obligadas a certificar y transmitir información, lo que en ningún caso impide a dos o más Estados miembros pactar otras formas de llevar a cabo la aplicación de lo dispuesto en el Reglamento.

El procedimiento para la “exportación” o conservación del derecho , puede considerarse ágil y no excesivamente complejo.

En primer lugar, dispone que el desempleado habrá de presentar en la institución correspondiente de éste (la del lugar adonde se desplaza), una certificación de la institución competente –la que reconoce la prestación- acreditando que el trabajador continua teniendo derecho a prestaciones. En esta certificación constará la cuantía de la prestación, la fecha en que ha dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado competente, plazo acordado para la inscripción como solicitante de empleo en el país al que se desplaza, período máximo de conservación del derecho y hechos – vicisitudes- que puedan afectar el derecho a las prestaciones.

En segundo lugar, junto al deber de comunicar ciertas informaciones, el Reglamento establece que el control sobre el desempleado desplazado lo realizará la institución del lugar adonde se haya desplazado, como si se tratase de un beneficiario de prestaciones por desempleo concedidas en virtud de la legislación aplicada por ella.

Finalmente, el artículo 84 del Reglamento 574/72, se refiere a los distintos supuestos de trabajadores desempleados que residan, mientras ocupaban su último empleo, en un Estado distinto del competente –del Estado donde se desarrolló la prestación de servicios por cuenta ajena-. En el caso de que el desempleado no hubiera ejercido su empleo durante cuatro semanas como mínimo en el territorio del Estado miembro donde radique la institución afectada, deberá presentar un certificado que acredite la índole del último empleo ejercido durante cuatro semanas como mínimo, en el territorio de cualquier Estado miembro, así como la rama económica en la cual dicho empleo hubiera estado incluido (y de no hacerlo el interesado podrá hacerlo de oficio la institución competente).

Es interesante, finalmente, hacer la observación de que el Reglamento se refiere tanto a trabajadores por cuenta propia como por cuenta ajena, en general y específicamente también en el caso de las prestaciones por desempleo, lo que contrasta con nuestro sistema de Seguridad Social donde los trabajadores por cuenta propia están excluidos de dicha contingencia, así como algunos especiales de trabajadores por cuenta

ajena, tal como los empleados al servicio del hogar familiar. En estos casos, se ha de entender no aplicable el Reglamento, ya que la legislación aplicable, la española no prevé esta prestación para los trabajadores por cuenta propia, lo que puede cambiar en breve con la aprobación del Estatuto del Trabajador Autónomo.

También resulta llamativo que el Reglamento 1408/71, se refiera, en el caso de las prestaciones por desempleo a los funcionarios públicos, cuando como se sabe en nuestro ordenamiento no se contempla tal contingencia para estas relaciones jurídicas. En efecto el artículo 71 bis de dicho Reglamento dispone la aplicación por analogía de las reglas que se acaban de analizar a “las personas aseguradas en un régimen especial de desempleo para funcionarios” y en el caso de no coincidencia entre lugar de trabajo y residencia se opta por la aplicación de la legislación del lugar de trabajo como si residiese en el mismo.

En definitiva, vemos cómo se producen ciertas zonas de fricción entre nuestro Derecho interno y el Derecho comunitario. Además, aún se puede mejorar y ampliar esta coordinación, sobre todo en lo relativo a la exportación más allá del período de tres meses de búsqueda de empleo durante el que se conserva el derecho a la prestación, no parece que el nuevo Reglamento vaya a suponer grandes avances.

3.4 Las perspectivas de las prestaciones por desempleo en el Reglamento CE 883/2004 y en la propuesta de Reglamento de aplicación.

El Reglamento 883/2004, de 29 de abril, del Consejo y del Parlamento viene a derogar el histórico Reglamento 1408/71, pero su entrada en vigor queda condicionada a la aprobación del correspondiente Reglamento de aplicación, lo cual, por el momento no ha sucedido, aunque el 31 de enero de 2006 salió a la luz una propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo de Reglamento por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

Este Reglamento 883/2004, y más que avanzar en el terreno de la coordinación, trata de simplificar y modernizar el contenido del Reglamento al que sucederá, conocido por su complejidad y carácter indescifrable.

El Reglamento de 2004 regula la coordinación de las prestaciones por desempleo en los artículos 61 a 65, de los que destacaremos los cambios más importantes desde nuestro punto de vista:

-En primer lugar llama la atención, que el primer artículo que se refiere específicamente a prestaciones por desempleo –el artículo 61- se refiera, en lugar de a criterios o principios generales, o al menos a los supuestos más típicos, a lo que denomina “normas especiales sobre totalización de períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia”. El viejo reglamento, en cambio se refiere en el artículo 67 –que es el que abre el capítulo VI sobre desempleo- a los trabajadores por cuenta ajena teniendo en cuenta los períodos de “seguro” y de “empleo”.

El nuevo reglamento no es en este punto, precisamente, un alarde de claridad, al menos lo dispuesto en el apartado primero; más claro es, sin embargo el apartado segundo que introduce para la totalización, el requisito para los trabajadores por cuenta propia de que el interesado haya cumplido en último lugar, con arreglo a la legislación en virtud de la cual solicita las prestaciones, de períodos de seguro, períodos de empleo o períodos de actividad por cuenta propia si así lo requiere dicha legislación.

-En segundo lugar, el artículo 62 relativo al cálculo de las prestaciones mantiene como criterio base el tener en cuenta exclusivamente el salario percibido por el interesado con motivo de su última actividad. Ahora bien, a diferencia del viejo Reglamento, el nuevo incorpora una terminología más precisa, se habla de “retribución” o “sueldo” y de “ingresos profesionales”, para distinguir los supuestos de actividad por cuenta propia o ajena, criterio que, precisa el nuevo Reglamento se aplicará también cuando la legislación que aplique la institución competente establezca un período de referencia determinado para establecer la retribución que servirá de base para el cálculo de las prestaciones.

Además introduce una nueva regla para los trabajadores fronterizos según la que se tendrán en cuenta la retribución o los ingresos profesionales en el Estado a cuya legislación haya estado sometido durante su última actividad.

Inexplicablemente desaparecen las reglas específicas para los casos en que el trabajador no hubiera ocupado empleo en el Estado competente para el cálculo de la prestación y tampoco la relativa a la toma en consideración, en su caso, del número de familiares residentes en otro Estado miembro.

-En tercer lugar, es importante destacar la introducción de lo que se denominan “disposiciones especiales para la supresión de cláusulas de residencia” –artículo 63- , que prevé, a efectos de prestaciones por desempleo, la no aplicación de las reglas generales del artículo 7, salvo en los casos a que se refieren los artículos 64 y 65, es decir, aquellos en que se produzca desplazamiento a otro Estado miembro o personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del competente. Esto supone que respecto a las prestaciones por desempleo sí caben reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora.

Sin embargo, en realidad, lo único que ha sucedido es que esta opción es más expresa y contundente que en el viejo Reglamento –excluyendo cualquier posibilidad de interpretación extensiva-; y además de hacerse más visible, se le da una ubicación sistemática más adecuada.

Ello es así porque el viejo Reglamento conducía a la misma solución, ya que el artículo 10 sobre supresión de las cláusulas de residencia no se aplicaba a las prestaciones por desempleo y el nuevo lo único que hace es excluir los supuestos de desplazamiento para la búsqueda de empleo con los requisitos y limitaciones que se establecen en el Reglamento y los de personas que residen en Estado miembro distinto del Estado miembro competente, también con las limitaciones que establece el Reglamento. Y esta es una de las razones por las que anticipábamos que el nuevo Reglamento no comportará significativos avances en orden a la coordinación de las

prestaciones de desempleo, la libre circulación y el establecimiento de un mercado de trabajo europeo.

-En cuarto lugar, el artículo 64 del Reglamento 883/2004, regula los desplazamientos de desempleados a otro Estado miembro, desapareciendo de la rubrica de dicho precepto toda alusión al derecho de conservación del derecho a las prestaciones, que en realidad garantizaría un derecho de exportación parcial y debilitado, tal y como vimos en el artículo 69 del Reglamento 1408/71. Este cambio no obstante es de orden terminológico meramente, ya que el nuevo reconoce igualmente dicho derecho de conservación de forma limitada. Es más, se puede atisbar un mayor aperturismo a la exportación de estas prestaciones, aunque aún quede lejano el reconocimiento de un auténtico derecho a la exportación de estas prestaciones. En efecto si el viejo Reglamento establece un tope máximo de conservación de tres meses, el nuevo reconoce a la institución competente al potestad de “prorrogar dicho período de tres meses hasta y máximo de seis”, que hemos de entender se refiere a seis meses en total.

Muy ligeramente “despacha” el nuevo Reglamento la cuestión del abono y reembolsos ya que, simplemente, establece que estos casos de movilidad del beneficiario “las prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución competente con arreglo a la legislación que aplique”, por lo que al final el que haya una entidad pagadora distinta y el régimen de los reembolsos dependerá de la legislación y, en definitiva, acuerdos particulares entre Estados.

También se puede considerar un avance que en los supuestos en que no se produzca el retorno dentro del plazo de tres meses –o el que se haya ampliado- la pérdida de derecho deja a salvo expresamente la posibilidad de que la legislación aplicable sea más favorable, en cuyo caso no se aplicaría lo dispuesto en el Reglamento. Aunque uno y otro Reglamento contemplan la posibilidad de ampliación del plazo de retorno si pérdida del derecho.

El período durante el cual se puede reconocer el derecho de conservación tiene como límite de tres –o seis meses- será máximo entre dos períodos de actividad,

no obstante, el nuevo Reglamento remite expresamente a que la legislación del Estado miembro competente sea más favorable, en cuyo caso se aplicaría ésta.

Por último, algo que se suponía pero no se explicitaba en el Reglamento de 1971 es la necesidad de intercambio de información, cooperación y asistencia recíproca entre las instituciones y servicios del Estado competente y aquél al que la persona se traslade para buscar trabajo, y que ahora, con acierto hace el Reglamento de 2004.

-En quinto lugar, el nuevo Reglamento regula de forma muy pormenorizada las distintas situaciones en que pueden encontrarse las personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente. Además de cambios en la sistemática en el artículo 65 del nuevo, en relación con el artículo 71 del Reglamento de 1971 – destaca la escasa atención de que son objeto los trabajadores fronterizos en cuanto tales, que prácticamente quedan fuera del Reglamento.

De hecho, el artículo 65 no hace ninguna distinción, ya que en el apartado 1ª se refiere a “personas en situación de desempleo parcial o intermitente que durante el último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente” a las que se les impone la obligación de puesta a disposición de su empresario o de los servicios de empleo del Estado miembro competente como condición para la adquisición de la prestación con arreglo a la legislación del Estado miembro competente como si residieran en dicho Estado miembro. Entendemos pues que en este apartado entrarían también los trabajadores fronterizos, ya que el Reglamento de 1971 sí distinguía expresamente entre trabajadores que, residiendo en país distinto del país de trabajo, eran o no fronterizos. Esta interpretación no conlleva modificación alguna ya que tanto uno como otro establecen esta regla en el caso del desempleo parcial o intermitente –“accidental”, decía el viejo Reglamento-.

Respecto a las personas en situación de desempleo total, el apartado 2 refuerza la interpretación anterior de inclusión de los fronterizos ya que se refiere a los que “residan” en Estado distinto del competente o “regresen a él”, en clara alusión a dichos trabajadores. A todos ellos se les exige la puesta a disposición de los servicios de

empleo del Estado miembro de residencia, aunque como medida complementaria también puedan hacerlo en los del Estado miembro en que haya transcurrido su último período de actividad por cuenta ajena o propia. Y en el caso de que dicha personas que no regresen a su Estado miembro de residencia, salvo “los trabajadores fronterizos”-que lo harán en todo caso en el lugar de residencia- lo harán ante los servicios del Empleo del Estado miembro a cuya legislación hayan estado sometidas en último lugar.

En todo caso la redacción de este precepto(art 65.2) es más complicada aún que la del artículo 71 del Reglamento 1408/71, aunque se puede concluir que se aplica la legislación del lugar de trabajo en la situación de paro parcial, mientras que se aplica la del lugar de residencia siempre que residan en o vuelvan a él (y si no regresan a él, salvo los fronterizos, se aplicaría la ley del lugar de trabajo). Es decir, que, realmente no hay cambios de fondo, y los fronterizos se rigen por las mismas reglas pero no se les aplican las excepciones cuando no regresen a su país de domicilio, y por tanto, con independencia de este hecho se les aplica la ley del lugar de trabajo en caso desempleo parcial o intermitente y la del lugar de residencia en caso de paro total.

Por último señalar como aspectos más sugerentes de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la aplicación del Reglamento 833/2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, de 31 de enero de 2006 los siguientes:

- se articula de forma más sistemática y reforzada un conjunto de derechos y obligaciones de información y colaboración entre las instituciones de desempleo y servicios de empleo de los distintos Estados miembros de la UE, lo cual contribuirá sin duda al mejor funcionamiento tanto del sistema de totalización como de los supuestos de exportación o conservación del derecho más allá del territorio donde se causaron las prestaciones por desempleo.

- se suple el laconismo del Reglamento en aspectos importantes para el régimen jurídico de totalización, como la fijación del retribución a emplear como base para el cálculo cuando el trabajador por cuenta ajena nunca haya tenido la condición de trabajador por cuenta ajena sujeto a la legislación del Estado de residencia (para lo que se recupera el concepto de empeplo equivalente o análogo a que se refiere el Reglamento de 1971). También el tema relativo a las legislaciones que tengan en cuenta el número

de miembros de la familia para determinar la cuantía de la prestación, que en este sentido establece lo mismo que el Reglamento del 71. Esta opción entendemos que es razonable y se explica en la necesidad de simplificar el Reglamento, derivando las cuestiones más pormenorizadas al Reglamento de aplicación.

-se regula de forma pormenorizada el derecho de información del interesado en conservar su derecho a prestación en otro Estado al que se desplace para búsqueda de empleo, ya que se le expedirá un documento donde constará información muy precisa sobre su situación de desempleo y sobre las obligaciones que le afectan.

-finalmente, destacamos que, por primera vez en un Reglamento comunitario de coordinación de la Seguridad Social se alude a las legislaciones que condicionan el derecho a las prestaciones al cumplimiento de determinadas obligaciones o compromisos en virtud de la legislación del Estado de residencia, en cuyo caso se tendrán en cuenta los posibles compromisos del desempleado respecto a los servicios de empleo del otro Estado miembro.

Desde nuestro punto de vista, este es un tema importante en el contexto europeo en materia de políticas de empleo que eleva a un primer plano las políticas activas y que tiende a introducir verdaderas obligaciones de hacer para los desempleados en orden a incrementar sus posibilidades de empleabilidad. Una buena parte de los Estados miembros han hecho reformas legales, que sin llegar a implantar un *workfare state* a la americana, introducen mecanismos coercitivos como el compromiso de actividad o el deber de aceptar ofertas de empleo que se consideren adecuadas a juicio del servicio de empleo, como es el caso de nuestra LGSS.

Por ello es importante que se tenga este elemento en cuenta, ya que sin él sería difícil compatibilizar el derecho a conservar la prestación durante el desplazamiento a otro Estado de la UE en busca de empleo y el cumplir con las obligaciones dimanantes del compromiso de actividad.

No obstante, y sin desmerecer esta valoración positiva, el texto es excesivamente impreciso, ya que no establece un criterio sobre la regla a seguir en caso de desplazamiento al extranjero, si ello exceptuaría el derecho a la búsqueda de empleo en

el espacio transnacional europeo o en caso de que no, cuál sería el compromiso que prevalecería, si el primero en el tiempo o el que podría adquirirse en el Estado al que se desplaza el trabajador.

De todo lo analizado, podemos extraer algunas conclusiones críticas:

La movilidad de los trabajadores ya aparecía en los orígenes del proceso de construcción europea –libre circulación- cuya consecución venía impuesta por una lógica de mercado, pero el 2006 la Comisión Europea tuvo que declarar el 2006 “Año Europeo de la Movilidad de los Trabajadores”.

La libertad de circulación de trabajadores y la movilidad de los mismos es, sin embargo, dependiente de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social nacionales, que se ha acometido a través de una serie de Reglamentos y Directivas complejos y escasamente operativos.

La adopción de disposiciones normativas comunitarias no ha tenido impacto sobre la movilidad comunitaria a juzgar por la escasa significación de este fenómeno en el conjunto de la UE, incluso con la apertura a países de la Europa central y oriental a la Europa de los quince. De ahí que los analistas hablen de una posibilidad tan valorada como escasamente utilizada⁴³⁵, que se suele achacar a una escasa “cultura de la movilidad”, si exceptuamos el caso de los trabajadores fronterizos cuya situación mejorará levemente con la entrada en vigor del nuevo Reglamento 833/2004. Sin embargo, a efectos de prestaciones por desempleo de estos trabajadores tan sólo se introduce el derecho a inscribirse en los servicios de empleo del último Estado en que hayan trabajado.

El Eurobarómetro sobre movilidad geográfica realizado en septiembre de 2005⁴³⁶ pone de manifiesto que el 49 por 100 de la población de la EU-25 valora

⁴³⁵ Cfr. Valdés Dal-Ré, F.: “El debate europeo sobre la movilidad” (I) y (II), RL núms.. 20 y 21, 2006. En la misma línea, Zufiaur Narviza, J.Mª: “La movilidad geográfica del empleo en la Unión Europea: hacia un mercado de trabajo europeo”, RL, nº 21, 2006.

⁴³⁶ European Commission, Eurobarometer survey on geographic and labour mobility, Europeans and mobility: first results of an EU-wide survey, Bruxelles, 2006.

positivamente para el individuo la movilidad intraregional y entre los Estados miembros. Sin embargo, el porcentaje de europeos que se mueve por motivos de trabajo decrece conforme aumenta la distancia y, además, sólo un 2 por 100 de la población en la edad de trabajar de la UE-25 vivía en otro Estado miembro, lo que supone que la movilidad por motivos de trabajo a penas alcanza dicho porcentaje. La diferencia entre deseo y realidad pone de manifiesto la existencia de barreras que dificultan o desincentivan la movilidad de los trabajadores y el progreso insuficiente a la exportabilidad de las pensiones aparece como un obstáculo considerable.

El marco normativo comunitario, pese a su complejidad y dimensión, resulta insuficiente en orden a facilitar la movilidad de trabajadores, no de pensionistas, ya que las limitaciones para el reconocimiento y exportación subsisten en el ámbito de las prestaciones por desempleo que son precisamente las que afectan a trabajadores en situación de búsqueda de empleo –ya que los pensionistas de jubilación, invalidez o de pensiones por muerte y supervivencia no son los que están llamados a intensificar la movilidad geográfica comunitaria, aunque desde luego, sin su coordinación se cerraría todo paso a la libre circulación-

Son los trabajadores con empleo con intención de promoción y cambio, junto a los desempleados, los que mayormente pueden contribuir a la consecución de un mercado de trabajo europeo. Por ello es de vital importancia un funcionamiento más integrado a nivel europeo tanto de la gestión de la colocación como de las prestaciones por desempleo, reforzando el papel de la Red Eures en la demanda y oferta de empleo y apostando por una prestación por desempleo comunitaria para los distintos trabajadores en los que concurre un factor extraterritorial comunitario: desplazados, fronterizos, multinacionales (los que ejercen simultáneamente su actividad en varios Estados) y emigrantes.

En conclusión, consideramos que en los supuestos de movilidad de trabajadores, en coherencia con los objetivos europeos de movilidad, no sería algo a excluir el crear un régimen de protección por desempleo comunitario para todos los trabajadores que prestan sus servicios o realizan su actividad profesional de forma alternativa, sucesiva o simultánea en dos o más Estados miembros. La existencia de la red EURES y de importantes mecanismos de información y cooperación entre las distintas entidades

gestoras europeas, determina que se cuente con bases técnicas e instrumentales de las que partir en esta dirección, incluso aunque comportase crear un ente gestor comunitario, teniendo en cuenta la importancia de la movilidad de trabajadores en el proceso de construcción europea. Esto acabaría con los problemas y trabas que se oponen a la exportación de estas prestaciones.

4. PRESTACIÓN Y SUBSIDIO POR DESEMPLEO DEL EMIGRANTE RETORNADO EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL

EL retorno del trabajador emigrante se considera hecho causante de prestaciones por desempleo y uno de los subsidios especiales de desempleo, así como también uno de los colectivos beneficiarios de las rentas activas de inserción, cada uno con un régimen diferenciado.

Refiriéndonos en primer lugar al subsidio especial por desempleo del emigrante retornado: está regulado en el artículo 215.1.1 g) TRLGSS y se refiere al trabajador emigrante, dándose por entendido es un español que emigra al extranjero para trabajar por cuenta ajena, siendo el Instituto Español de Emigración quien acredita tal condición, sin perjuicio de que se pueda hacer por otros medios.

La Ley 33/1971, de Emigración, no exige que se trate de un trabajador ni que tenga cotización previa en España, ya que en todo momento se refiere al español que emigra y no al trabajador español, aunque alguna sentencia lo ha reconocido también a extranjeros residentes en España que emigran a otro país y luego retornan, en virtud del principio de igualdad de trato (STSJ de Murcia de 26 de marzo de 1993, Ar. 1573).

El hecho causante de la prestación es el retorno a España, lo que significa el regreso con carácter permanente o definitivo, al menos, no circunstancial, siendo indiferentes los medios que haya empleado. A *sensu* contrario no se considera retorno la vuelta circunstancial por motivos tales como vacaciones, asuntos familiares ni la repatriación. En efecto, ni el artículo 215.1. c), relativo al subsidio, ni el artículo 208.5 –situación legal de desempleo- relativo a la prestación contributiva de la LGSS se refieren a si ha de ser un retorno utilizando medios propios o con tutela o medios proporcionados por el Estado que exigía la Ley de Emigración. Además el día del retorno y para el caso de fallecimiento en ese día, el retorno es considerado como situación de alta o asimilada a alta a efectos de causar la pensión de viudedad.

En el caso del subsidio por desempleo, se exige, además, que el emigrante retornado no tenga derecho a prestación por desempleo, lo cual es lógico, dada la naturaleza asistencial de este subsidio, por lo que el retornado ha de carecer de derecho a la prestación contributiva por desempleo en España o en cualquier otro país en el que hubiera trabajado como emigrante. En efecto, aunque el artículo 208.5 LGSS respecto a la prestación contributiva por desempleo exige que a estos retornados que se les extinga la relación laboral en el extranjero y “siempre que no obtengan prestación por desempleo en dicho país” y el artículo 215.1. c), relativo al subsidio, impone solamente que no tenga derecho a prestación por desempleo, está claro que se refiere a que no lo obtengan ni en nuestro sistema de Seguridad Social ni en ningún otro, pues lo contrario entra en contradicción con la propia naturaleza asistencial de este subsidio.

Otro requisito para el subsidio del emigrante retornado es que éste ha de haber trabajado en el extranjero al menos doce meses en los últimos seis años en el extranjero desde su última salida de España. Con anterioridad se exigían sólo seis meses, requisito que fue introducido por el Reglamento de protección por desempleo en su artículo 11.4, y cuya legalidad fue cuestionada ante el TS, que en sus Sentencia de 11 de junio de 1991 declaró legal, por considerar que dicha exigencia es conforme a la primera de las exigencias legales, es decir, que el retornado sea un trabajador (STSJ Andalucía de 18 de marzo de 1992, Ar. 6469). Yendo más allá, el artículo 7.1 de la Ley 45/2002 de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por

desempleo y mejora de la ocupabilidad, lo eleva a un plazo de doce meses en seis años en dichos países desde la última salida de España.

Por ello, no generan derecho a subsidio los retornos del extranjero cuando dicha salida lo es por motivos ajenos al trabajo por cuenta ajena (por vacaciones, por salud o por motivos familiares).

En el caso específico de retornados mayores de 52 años, el mínimo trabajado en el extranjero se reduce a seis meses, siempre que hayan cotizado por desempleo 12 años a lo largo de su vida laboral y reúnan todos los requisitos salvo la edad para acceder a la pensión de jubilación –y con las matizaciones que ya señalamos respecto a la aplicación del Reglamento CE 1408/71.

Igualmente se rebaja el requisito de doce meses trabajados en el extranjero para la percepción de la Renta Activa de Inserción, ya que sólo se exigen 6 meses, si bien esto se compensa con la exigencia de que hayan transcurrido 12 meses desde el retorno, y siempre que tengan más de 45 años y menos de 65 años, no tengan derecho ni a la prestación ni al subsidio por desempleo y carezcan de rentas superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional.

En todo caso el retorno debe serlo de países que no pertenezcan al Espacio Económico Europeo o que no con los que no exista Convenio que regule las prestaciones por desempleo (Australia y Chile).

El cómputo del período trabajado se inicia a partir de la última salida de España, lo que implica que antes de emigrar ha de haber residido en España, sin que pueda interrumpirse dicho cómputo por regresos temporales de corta duración por motivos no laborales.

Además, de estos requisitos, han de estar desempleados e inscribirse en la oficina pública de empleo en el plazo de un mes desde el retorno, no rechazar una oferta adecuada de empleo y carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores en cómputo mensual al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, no tener derecho a

prestaciones contributivas por desempleo y, transcurrido el mes de espera, solicitar el subsidio en un plazo de 15 días.

El derecho nace a partir del día siguiente a aquel en que se cumple el plazo de un mes de espera desde su inscripción como demandante de empleo, siendo necesaria la solicitud en los 15 días siguientes a la finalización del período de espera (o siguientes a la solicitud, perdiendo tantos días de prestación como de retraso).

El subsidio tiene una duración de 6 meses prorrogables por dos períodos de seis meses, con un máximo total de 18 meses.

-En segundo lugar, tal y como anticipábamos, el retorno del trabajador emigrante también se considera situación legal por desempleo a los efectos de causar derecho a la prestación contributiva por desempleo.

Las prestaciones contributivas por desempleo del emigrante retornado se configuran a partir de la consideración del retorno por extinción de la relación laboral en el país extranjero –y siempre que no obtengan prestación en dicho país y acrediten cotización suficiente antes de salir de España- como situación legal de desempleo ex artículo 208 TRLGSS –y artículo 11 del RD. 625/1985-. El Reglamento considera emigrante retornado al que hubiera trabajado en el extranjero un mínimo de doce meses tal y como vimos para el subsidio y, en el caso de retornados de países de la UE o EEE, se ha de presentar un formulario (E 301), solicitando, para las prestaciones contributivas, la totalización de los períodos cotizados fuera con los cotizados en España en último lugar, no siendo necesario en estos casos la expedición del certificado de emigrante retornado.

El trabajador retornado ha de acreditar los siguientes extremos: la fecha última de salida de España y fecha de retorno, el tiempo trabajado en el extranjero, período de ocupación cotizado y que no tiene derecho a prestación en el país extranjero.

En cuanto a los requisitos propiamente dichos se establece el de tener cotizados a la Seguridad Social española un mínimo de doce meses en los seis años anteriores a la

salida de España. En el caso de países de la UE o EEE o países con los que España tenga suscrito Convenio que prevea la totalización (Suiza o Austria) es necesario, además, y a los efectos de computar las cotizaciones en dichos países que el trabajador haya trabajado en España tras el retorno y que quede de nuevo en situación legal de desempleo.

En todo caso es necesaria también la inscripción en la oficina pública de empleo y la solicitud de la prestación en 15 días desde el retorno.

Como conclusión, es evidente que el desarrollo legal del artículo 42 CE que ordena a los poderes públicos velar especialmente por la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientar su política hacia su retorno, cuenta con un importante grado de desarrollo. Y es que aún que los saldos migratorios se hayan invertido, lo cierto es que se estima que en la actualidad son en torno a 1,5 millones los españoles y sus descendientes que residen fuera de España por motivos económico-laborales.

Por ello, además de medidas tales como los programas de actuación del MTASS, la participación institucional de este colectivo, las pensiones asistenciales por ancianidad o, más recientemente, la prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional, la LGSS, en su disposición adicional primera, ordena al Gobierno la adopción de las medidas necesarias para que la acción protectora de la Seguridad Social se extienda a los españoles que se trasladen a un país extranjero por causas de trabajo y a los familiares que tengan a su cargo o bajo su dependencia, a cuyo efecto se deberá garantizar a los emigrantes la igualdad o asimilación con los nacionales del país de recepción en materia de Seguridad Social. Y por lo que se refiere a la acción protectora por desempleo, los emigrantes retornados se contemplan, expresamente, tal y como hemos visto, entre los posibles beneficiarios de la prestación, del subsidio por desempleo y de la renta activa de inserción, es decir, de los tres niveles que conforman la acción protectora por desempleo en nuestro país.

Para finalizar, señalar la importancia de este colectivo, dentro las relaciones laborales transnacionales, se trata de una cuestión plenamente actual, hasta tal punto que está próxima la aprobación de la Ley del Estatuto de los Ciudadanos españoles en el exterior, que además de regular derechos como el derecho al voto, derechos laborales, educativos, culturales y el derecho al retorno dedica el Capítulo II del Título II (artículos 4 al 23) a los derechos y prestaciones sociales, así como una serie de medidas e iniciativas para hacerlos efectivos. Concretamente en materia de Seguridad social se recoge la nueva prestación por razón de necesidad para mayores de 65 años o incapacitados para el trabajo y el compromiso del Estado de garantizar mediante la firma de tratados y acuerdos la acción protectora de la Seguridad Social a los españoles que están en el exterior por cuestiones de trabajo, velando por la conservación de sus derechos y aspirando al objetivo de la igualdad o asimilación con los nacionales del país de recepción, en la medida en que sea más beneficioso.

En materia de empleo/desempleo, la reciente aprobación de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior (BOE de 15 de diciembre 2006), da una nueva orientación, no tanto en retroceso de las políticas pasivas como de desarrollo, hasta ahora en un segundo plano, a las políticas activas específicas para este colectivo, en conexión con las opciones generales, respecto del que tan sólo se había adoptado una perspectiva reparadora. Así contempla determinados derechos en materia de empleo y ocupación, tales como el acceso a la información del Sistema Nacional de Empleo que facilite la búsqueda de empleo (lo cual se contempla con carácter general en la Ley 56/2003, art. 6.1.c), velar por las condiciones del desplazamiento de profesionales españoles por empresas radicadas en el exterior, a facilitar la contratación de trabajadores españoles residentes en el exterior y a establecer visados de búsqueda de empleo para hijos o nietos de españoles de origen. En relación con esto último se establece la prioridad de su consideración como colectivo prioritario en los Planes de Nacionales de Acción para el Empleo –hoy Plan Nacional de Reformas-.

Un punto que no queda claro es si los emigrantes retornados pertenecientes al EEE o con los que exista convenio sobre protección por desempleo, tienen el mismo nivel de protección respecto a la percepción del subsidio de desempleo que el resto de

los retornados, por lo que parece necesaria una revisión de los requisitos de acceso a dicho subsidio, tal y como recomienda el CES en su Dictamen nº 10/2005.

BIBLIOGRAFÍA INDICATIVA

- García Rodríguez: *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, MTAS, 1991.
- Gonzalez Sancho: “Relaciones entre legislación comunitaria y convenios bilaterales en ° materia de Seguridad Social de migrantes”, RTSS, enero-marzo, 1992.
- Ordeig Fos: *El sistema español de Seguridad social*, Edersa, 1993.
- Rojas Castro: “El decretazo y el retorno de los emitrantes”, AS nº 10/2002
Derecho comunitario social. Guía de trabajadores migrantes, Comares, 1993,
- Sánchez Rodas: *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, 1997.
“Subsidio de emigrantes retornados”, TL nº 74/2004.
- VV.AA: *La Seguridad Social de los migrantes*, Unión, Madrid, 1997.

JURISPRUDENCIA TJCE/DESEMPLEO

- Sentencia 28-2-80, Fellingier, 67/79
- Sentencia de 7-3-1985, Cochet, 145/84
- Sentencia 1-8-1992, Grisard y Kreitz
- Sentencia de 13-3-1997, Hujbrechts, 131/1995
- Sentencia de 20-10-2001, Ruhr, C 189/2000
- Sentencia 6-11-2003, Comisión-Hoble, C 311/2001
- Sentencia de 20-1-2005, Noteboom, C 101/2004

LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS EN LA NORMATIVA COMUNITARIA

Susana Torrente Gari

**Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Zaragoza.**

SUMARIO

1.- APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS

2.- EL CONTEXTO COMUNITARIO

2.1.- *La Seguridad Social “comunitaria”*

2.2.- La “coordinación” en el marco de las prestaciones no contributivas

3.- LA REGULACIÓN DEL REGLAMENTO 1408/71

3.1.- Campo de aplicación personal

3.2.- Ámbito material: las prestaciones no contributivas

3.3.- Las prestaciones especiales de carácter no contributivo

3.4.- El artículo 10 del Reglamento 1408/71

4.- LAS DIFERENCIAS ENTRE SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL

5.- LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS ESPECIALES Y SU REGULACIÓN ACTUAL

6.- EL REGLAMENTO 883/2004, DE 29 DE ABRIL

7.- EL REGLAMENTO 647/2005, DE 13 DE ABRIL DE 2005

8.- CONCLUSIONES

1.- APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS*

En las prestaciones no contributivas se produce la paradoja de que estando previstas con carácter general para los ciudadanos de un país tienen una considerable *dimensión internacional*, por cuando se avistaron como uno de los instrumentos más importantes para la lucha contra la pobreza, a la vez que se utilizaban como compromiso de los poderes públicos para establecer un ingreso mínimo uniforme y general, como recomendaba la OIT⁴³⁷.

En estos términos, en el propio devenir de la protección social se va a evolucionar desde la cobertura de determinados riesgos sociales a hacer frente a un riesgo genérico, más intenso y extendido, cual es la garantía de ingresos mínimos. El reto actual al que han de enfrentarse los planteamientos de los sistemas de *Seguridad Social es que tienen que mejorar; tanto en lo referente a la población “protegida” como en lo referente a los riesgos “asegurados”*⁴³⁸. Esto es de importancia vital, por cuanto estos sistemas están siendo menos eficaces en cuanto a la provisión de aquella garantía, constatando la existencia de importantes lagunas en su cobertura, y han de ser capaces de conseguir un objetivo principal: la *prevención de la pobreza*⁴³⁹. En la sociedad actual, se impone que se avance hacia un sistema de cobertura universal, en el que el mercado laboral (anterior) tenga un papel menos importante; pero *en este tránsito pierden nitidez las fronteras entre la Seguridad Social en sentido estricto con otras técnicas de protección como la Asistencia Social*, al margen de los importantes problemas financieros que plantea.

*ADVERTENCIA: Cuando las sentencias del TJCE han sido consultadas en el repertorio jurisprudencial de Aranzadi se citan indicando TJCE, el año y la referencia específica.

⁴³⁷Véase al respecto “La Seguridad Social en el horizonte del año 2000”, AA. VV. *Estudios preparatorios para la ley de prestaciones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991, p. 24.

⁴³⁸GARCIA NINET, J. I. “Reflexión y seriedad de las pensiones”, *TS*, nº 39, 1994, p. 5.

⁴³⁹En el ámbito comunitario numerosos textos han asociado las prestaciones no contributivas a las políticas dirigidas a combatir la marginación, entre las más recientes véanse la Comunicación a la Comisión, de 27 de enero de 2005, sobre el Proyecto de Informe Conjunto sobre exclusión social (COM 2005, 14 final); y la Comunicación de la Comisión al Consejo, y al Comité de Regiones sobre Protección e Inclusión Social (COM 2006, 63 final, DOCE C 67, 18 de marzo de 2006).

De ahí que resulte esencial identificar qué tipo de prestaciones son las que se califican como no contributivas. Sin embargo, éstas no constituyen un género definido sino por relación con los caracteres que las adjetivan, lo que ha dificultado su proceso de identidad; la forma de financiación; el nivel de cobertura, etc. son los elementos identificadores de su acepción. Esa identidad adjetivada, en ocasiones las ha expuesto a la sustracción de los principios comunitarios de Seguridad Social: igualdad de trato, conservación de derechos, etc. Podría plantearse que esa falta de identidad esencial es una característica semejante a las prestaciones contributivas, pero esta afirmación no es cierta por cuanto que para las últimas la forma de financiación, mediante un vínculo de cualquier tipo con las cotizaciones sociales, sí que puede resultar un elemento identificador, mientras que no ocurre lo mismo con las no contributivas⁴⁴⁰.

Este tipo de vaguedad en su *acepción esencial permite que existan juicios valorativos que le aportan generosas dosis de flexibilidad a su identificación*, y que dependen de los diversos posicionamientos del intérprete. Pese a ello, la noción de “prestación no contributiva”, aun como concepto jurídico indeterminado, debe poder ser depurada y perfilada a fin de hacer operativos los límites jurídicos técnicamente precisos. Sin embargo, en este caso el “núcleo fijo”, que define el área determinada, frente a la de “incertidumbre”, más o menos imprecisa, resulta identificado por la acepción de “aquello que seguro no son”. De manera que los caracteres esenciales se determinan de forma negativa, confirmando que lo principal es la “zona de certeza negativa” segura en cuanto a la exclusión. Por ello, la noción de este tipo de prestaciones no coincide en los espacio geográficos nacionales, y tampoco en el comunitario, que es del que se va a ocupar estas páginas.

Ello es así porque el tipo de juicios valorativos apuntados, en este tipo de prestaciones, responde a un sistema de valores determinado, condicionado por diversos

⁴⁴⁰Véase la exposición de SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de seguridad social en el ordenamiento jurídico español*, Ediciones Laborum, Murcia, 1998, p. 97. La autora plantea la imposibilidad de que existan criterios absolutos que tracen las fronteras entre las prestaciones contributivas y no contributivas, en especial la financiación, porque, por ejemplo, los fondos generados por las cotizaciones son de naturaleza pública al derivar de una obligación legal; además de ser irreal que las contributivas se financien solo con cotizaciones. Para PIETERS la pensión no contributiva se podría distinguir de las contributivas por su forma de financiación, de manera que cuando una prestación se nutre de cuotas, sean de los asegurados o de otras personas como los empresarios, incluso de estos exclusivamente, serán contributivas. El problema es que esta característica para el autor pronto resulta compleja de identificar, al examinar los sistemas de los Estados Miembros porque en algunos las pensiones contributivas se financian con fondos públicos para garantizar el nivel mínimo; por ello concluye que no existe una línea estricta de demarcación, de manera que sólo son preferentemente de un tipo, y no exclusivamente. PIETERS, D. “Las pensiones no contributivas en las Comunidades Europeas”, *Revista de Seguridad Social*, nº 34, 1987, p. 69.

factores que en este caso introduce parámetros de índole económica. Este carácter, habilita un espacio de inclusión y exclusión muy amplio, que *en el Derecho comunitario han sido completado por las sentencias del TJCE, que han dado preferencia a los “valores sociales”* en una estrategia de infinita acomodación de la incertidumbre de la noción de prestación no contributiva, pues al manejar los espacios libres de identidad de aquéllas se persigue forzar la aplicación del Derecho comunitario frente a la exclusión de la Asistencia Social.

2.- EL CONTEXTO COMUNITARIO

2.1.- La Seguridad Social “comunitaria”

El presente estudio se dirige a examinar la ordenación comunitaria de las prestaciones no contributivas, *sometidas a los objetivos de coordinación en lugar de a los de armonización*⁴⁴¹.

En efecto, los sistemas de Seguridad Social son el resultado de tradiciones nacionales antiguas, que integran la cultura de cada Estado. En el marco de la coordinación, el Estado Miembro conserva el derecho a determinar los tipos de prestaciones y las condiciones de concesión. En cambio, el Derecho comunitario impone determinadas normas y principios al objeto de garantizar que la aplicación de los distintos sistemas nacionales no perjudique a las personas que ejercen su derecho a la libre circulación.

Ello no significa que la técnica de la armonización esté excluida del ámbito de la Seguridad Social; al contrario, las previsiones sobre la libertad de circulación de los trabajadores de los textos fundacionales han dado lugar a este tipo de intervenciones de

⁴⁴¹Los elementos característicos de la coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social se refieren a la asimilación de hechos, a la acumulación de periodos y a la conservación de derechos, véase COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social*, COM ,1998, 779, final, de 12 de enero de 1999, p. 5. El TJCE en el asunto Pietro Pinna C-41/84, de 15 de enero de 1986, recoge el *concepto de coordinación en contraposición al de armonización*: “El artículo 51 del Tratado contempla una coordinación y no una armonización de las legislaciones de los Estados Miembros. El artículo 51 del Tratado deja subsistir, por tanto, la diversidad entre los regímenes de Seguridad Social de los Estados Miembros y por tanto de los derechos de los trabajadores allí ocupados”. Para RAMÍREZ MARTINEZ la normativa de Seguridad Social ha traspasado los límites de lo estrictamente requerido por la finalidad económica de facilitar la libre circulación de trabajadores desde el punto de vista del ámbito aplicativo; pero desde el punto de vista del contenido es un simple mecanismo de coordinación: “Las normas comunitarias en materia de Seguridad Social,” *Revista de Treball*, nº 18, 1992, p. 80. Para OJEDA AVILES la armonización pretende alcanzar objetivos comunes, y la coordinación establece normas de conexión entre los sistemas nacionales, pero sin entrar en lo sustantivo: OJEDA AVILES, A. *El Sistema Común Europeo de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 11.

armonización de los sistemas a través de directivas que marcan objetivos de convergencia; pero resulta una técnica más limitada en este ámbito material, si bien la coordinación implica la existencia de presupuestos básicos que permiten aventurar juicios sobre el futuro de la Seguridad Social en el Derecho comunitario⁴⁴².

Fundamentalmente, en orden al contenido de las previsiones comunitarias sobre los sistemas de Seguridad Social hay que referir las disposiciones fundacionales u originarias, que inciden principalmente en el reconocimiento de la libertad de circulación de los trabajadores, de forma que se produzca: "*la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados Miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo*" (art. 39.2 Tratado CE). Este objetivo exigía la adopción por el Consejo de las disposiciones necesarias para la creación de un sistema con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 que permitiese garantizar: "*la acumulación de todos los periodos 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*" y "*el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados Miembros*" (art. 42)⁴⁴³. Por otra parte, y en el marco de la política social

⁴⁴²Del tipo del "reconocimiento mutuo de sistemas"; es decir, existe un compromiso de cada sistema para relacionarse con los otros con la más estrecha cooperación, y para ello se necesita un conocimiento previo. Véase "Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas: papel de la Seguridad Social en la perspectiva de la creación del mercado interior en 1992", Lovaina, 1988, en *Convergencia de Políticas Sociales*, MTSS, Colección Seguridad Social, Madrid, 1993, p. 53 En la p. 94 se examina la posibilidad de crear un sistema único nuevo aplicable a todo el territorio que surja de la solidaridad comunitaria. Para alguna doctrina el artículo 51 es una barrera infranqueable para la armonización por cuanto toda norma que no se dedique exclusivamente a preservar a los trabajadores en el ejercicio del derecho a la libre circulación escapa de la competencia asignada a los legisladores comunitarios. Pero esa frontera ha sido superada porque el Reglamento 1408/71 menciona, al lado del art. 51, los arts. 2 y 7 de forma que se entiende a la Seguridad Social como forma de desarrollo armónico de las actividades económicas (art. 2) mientras que el art. 7 autoriza al Consejo para que con una mayoría cualificada pueda dictar reglamentaciones encaminadas a la prohibición de discriminación en el tratado basada en motivos de nacionalidad: FERRERAS ALONSO, F. y TEJERINA ALONSO, J. "Conflictos y tendencias en la evolución de la seguridad social comunitaria de trabajadores migrantes", *Revista de Seguridad Social*, nº 2, 1979, p. 252, de ahí que los autores señalen su marcado carácter armonizador (p. 261). Además se han reconocidos los efectos secundarios de la coordinación sobre las legislaciones nacionales que provoca una armonización ulterior por las mismas insuficiencias de la coordinación: MULAS GARCIA, A. "La Seguridad Social en el Derecho de las Comunidades Europeas", *DL*, nº 17, 1985, p. 53 y ss.

⁴⁴³De manera que la movilidad geográfica entre Estados se consigue mediante la plasmación del principio de igualdad de trato, de unicidad normativa, de totalización de periodos cotizados, exportación de las prestaciones salvo las no contributivas de carácter especial, y por el prorrateo y cooperación entre administraciones; véase GARCIA VALVERDE, M. D. "Prestaciones de Seguridad Social: coordinación comunitaria. A propósito de la STJCE de 21 de febrero de 2006 asunto Hosse", *AL*, nº 16, 2006, p. 1929. El Derecho originario no establece más que los principios de acumulación de cotizaciones y el de exportación de prestaciones, los demás principios tales como la unicidad normativa, la igualdad de tratamiento, el prorrateo de las prestaciones, etc., han sido elaborados por la actividad del TJCE, aunque

comunitaria, el artículo 136 del Tratado CE prevé que *"la Comunidad y los Estados Miembros, teniendo presentes los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, tendrán como objetivo (...) la mejora de las condiciones de vida y de trabajo a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso y una protección social adecuada (...)".* Para ello se prevé el desarrollo de las acciones que favorezcan *"la cooperación, colaboración, y coordinación de los sistemas sociales"* en diversas materias (arts. 137 y 140).

Pero además de las libertades fundamentales, hay dos cuestiones más en el contexto comunitario que inciden en la inquietud que provoca la ordenación de las prestaciones no contributivas. La primera que, formando parte indisoluble del régimen comunitario apuntado, la coordinación de la Seguridad Social es uno de los contenidos que sufre una continua evolución, a partir del *estatus de ciudadanía*⁴⁴⁴. La ciudadanía de la Unión ha procurado un nuevo enfoque al hacer frente a la protección de los ciudadanos no trabajadores y de los ciudadanos no comunitarios favoreciendo un proceso de simplificación jurídica y administrativa, y ello a pesar de que es más un concepto político que técnico jurídico, por cuanto queda a la competencia de los Estados Miembros establecer la regulación de la nacionalidad. Así, la Constitución europea en el punto 1º del art I-10 recogía los presupuestos esenciales de la atribución de la ciudadanía de la Unión al afirmar: "toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado Miembro posee la ciudadanía de la Unión que se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla"; luego se trata *una ciudadanía indirecta y dependiente de los Estados*, y la futura Unión Europea tampoco tendrá conferida la competencia en materia de nacionalidad⁴⁴⁵. La regulación sobre atribución, mantenimiento y pérdida continuará

luego se han plasmado en técnicas de aplicación normativa, GOMEZ MUÑOZ, J. M. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO P. T. "Bases del sistema de Seguridad Social en la Unión Europea", AA. VV. (coord. CRUZ VILLALÓN y PEREZ DEL RIO) *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 60. Téngase en consideración que la norma propia de esta técnica en Seguridad Social es el Reglamento; norma que la Constitución europea pasaba a denominar Ley europea y a la Directiva Ley marco, según su contenido, véase GIL IBÁÑEZ, A. J. "Nueva tipología y jerarquía normativa en la Constitución europea", *Noticias de la Unión Europea*, nº 250, 2005, p. 71.

⁴⁴⁴ORDÓÑEZ SOLIS, D. "Seguridad Social y Unión Europea: las nuevas perspectivas de la protección social en Europa", *AL*, 2001, vol. I, marginal 111.

⁴⁴⁵"Las disposiciones del Tratado sobre la ciudadanía de la Unión siguen siendo una categoría diferente y los derechos que se derivan de esta condición, aunque están evolucionando, son todavía restringidos en comparación con los que se derivan de las cuatro libertades básicas" (STJCE asunto Gertraud Hartmann, C-212/05, 28 de septiembre de 2006, Rec. p. 1890).

siendo competencia de los Estados y la adopción de la ciudadanía de la Unión dependerá de una opción de política legislativa interna⁴⁴⁶.

Sin embargo, utilizado como concepto político sirve de estratagema para fundamentar *la sustitución progresiva del principio de libre circulación de trabajadores por el de personas*⁴⁴⁷, y si el ámbito de aplicación de los reglamentos se fue ampliando a los trabajadores por cuenta propia, estudiantes, funcionarios, etc. no cabe duda de que las prestaciones económicas desvinculadas del trabajo, sean de Seguridad Social sean de Asistencia Social, adquieren un papel fundamental⁴⁴⁸.

La segunda cuestión resulta del *nuevo concepto de movilidad*. El perfil de persona que entra ahora dentro del ámbito de aplicación de las normativas de coordinación comunitaria, no corresponde ya al típico trabajador en referencia a cinco áreas problemáticas⁴⁴⁹: los nacionales de terceros países, a quienes no se les puede impedir trabajar en un Estado Miembro si residen legalmente en el mismo; los trabajadores fronterizos, quienes básicamente trabajan en otro Estado Miembro diferente de aquel en el que viven y vuelven a su casa periódicamente, cruzando las fronteras de la UE casi sin notarlo, pues *las fronteras dejan de ser una realidad y el fenómeno de los trabajadores fronterizos no puede situarse geográficamente con claridad*⁴⁵⁰; las personas que circulan pero no son trabajadores, o *que no estén o no hayan estado sujetos a de la Seguridad Social* de uno o varios Estados Miembros, y que plantea *la inclusión de los no económicamente activos en el mecanismo de*

⁴⁴⁶PEREZ DE LAS HERAS, B. “La ciudadanía de la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 250, 2005, p. 51.

⁴⁴⁷Véase ORDOÑEZ SOLIS, D. “Seguridad Social...*cit.*”, marginal 116.

⁴⁴⁸El Texto de la Constitución europea recogió de forma expresa el derecho de acceso a las prestaciones, en general, incluyéndose las reconocidas por los sistemas de Seguridad Social de los distintos Estados Miembros. Además, se mencionaba el derecho a la protección en determinadas situaciones, en particular, maternidad, enfermedad, accidentes laborales, la dependencia o la vejez y la pérdida del empleo, aunque sin identificar las prestaciones que debían concederse por los Estados comunitarios en tales situaciones. Este texto había optado por una formulación genérica mediante la cual se reconocía el derecho a las prestaciones, pero sin concretar su contenido. Por otro lado, debe señalarse que, dada la referencia que la Constitución Europea hacía al derecho a la protección y a las prestaciones establecidas o reguladas por las legislaciones o prácticas nacionales, en el derecho a la Seguridad Social quedaría comprendido el derecho de los *ciudadanos comunitarios* a las prestaciones de cualquier tipo que cada Estado incluyese bajo el concepto de Seguridad Social, es decir, tanto en las prestaciones del nivel contributivo, fundamentadas en la actividad laboral, como las no contributivas en las que la protección se vincula a criterios tales como la residencia, la nacionalidad, la carencia de ingresos, las cotizaciones insuficientes, etc. BARRIOS GAUDOR, G. y MELÉNDEZ-MORILLOS VELARDE, L. “La protección social en la Constitución Europea”, *RMTAS*, nº 57, p. 419 y ss.

⁴⁴⁹PIETERS, D. “Coordinación de la Seguridad Social para un nuevo tipo de personas móviles”, AA. VV. *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas*, MTAS, Madrid, 2003, p. 57.

⁴⁵⁰Véase sobre este tema a PIETERS, D. *La coordinación de la Seguridad Social en marcha*, ACCO, Lovaina, 1999, p. 25 a 104.

coordinación; las personas que trabajan simultáneamente en más de un Estado; y, por último, los empleados por cuenta propia, cuando la distinción entre "personas empleadas" y "autónomos" ha llegado a resultar a menudo difícil de definir, como consecuencia de la evolución de la realidad de los medios en que las actividades profesionales se llevan a cabo, y también a causa de los enfoques divergentes seguidos por las autoridades nacionales en relación a quién es un asalariado y quién es un trabajador por cuenta propia.

En definitiva, *surgen nuevos retos para un espacio económico y social cada vez más amplio que exigen una simplificación de la normativa de Seguridad Social y de los procedimientos aplicables*. En este contexto, el principio de libre circulación ha de hacer frente a la aspiración de remover cualquier barrera que obstaculice la libertad de circulación de las personas⁴⁵¹, y en este objetivo la carencia de ingresos mínimo ha de dejado de ser una cuestión "territorial", toda vez que, en última instancia, las normas comunitarias de Seguridad Social pretende conformar unos derechos subjetivos perfectos, luego es en este ámbito donde se consigue que de unas simples expectativas de una mejora del nivel de vida se propicie un desarrollo económico real⁴⁵².

2.2.- La "coordinación" en el marco de las prestaciones no contributivas

*El proceso de coordinación por el que se regula todo el ámbito de la Seguridad Social comunitaria se ha denominado método abierto, utilizado como objetivo estatístico que persigue que la Unión instrumentalice el conocimiento para resultar más competitiva y dinámica, capaz de crecer económicamente de manera sostenible, con mayor cohesión social*⁴⁵³. *Este método abierto, es una tercera vía entre el método comunitario de integración legislativa y la mera cooperación intergubernamental, que trata de ayudar a los Estados a poner en práctica sus propias políticas en coordinación con las de los demás Estados para alcanzar una mayor convergencia en torno a los objetivos fundamentales de la Unión europea. En realidad no resulta una técnica "nueva", pues se basa en experiencias de gestión que ya venía aplicándose a los grandes objetivos de política económica y a la estrategia europea de empleo. Se trata, más bien, de sugerir su aplicación a la protección social para conectarla al discurso de*

⁴⁵¹FERRERAS ALONSO, M. "Reflexiones para la convergencia de los sistemas nacionales de protección social en Europa", *RL*, nº 4, 2001, p. 45 y ss.

⁴⁵²FERRERAS ALONSO, F. y TEJERINA ALONSO, J. "Conflictos y tendencias...cit.", p. 247.

⁴⁵³Así se definió en la Cumbre de Lisboa del año 2000; véase RODRÍGUEZ PIÑERO; M. "Constitución europea, política social y método abierto de coordinación", *RL*, nº 21, 2005, p. 3.

la competitividad desde la perspectiva del desarrollo económico, que sólo busca lo “posible” en materia social⁴⁵⁴.

El método abierto se recoge en el artículo 144 del Tratado de Niza al preverse la cooperación en la protección social. Se pretende activar la colaboración de los Estados Miembros no sólo en el funcionamiento del mercado único, sino también en las orientaciones económicas, políticas de empleo, o reformas estructurales⁴⁵⁵. Se trata de definir a escala europea las directrices estratégicas para hacer frente al cambio estructural, organizado, y más tarde llegar al proceso de emulación (benchmarking) entre los Estados Miembros para estimular el intercambio de buenas prácticas⁴⁵⁶.

En materia de protección social ha sido adaptado por la Estrategia concertada para modernizar la Protección Social⁴⁵⁷, y especialmente a las pensiones, para ayudar a los Estado Miembros a desarrollar sus propias estrategias nacionales para garantizar pensiones sostenibles a largo plazo. La intención es proporcionar un marco de información integrado por los problemas referidos a futuras disposiciones de pensiones, respetando el principio de subsidiariedad y competencia de los Estados Miembros⁴⁵⁸. Si bien, frente a la estrategia de empleo, que se financia con fondos estructurales, los sistemas de Seguridad Social continúan financiándose con recursos “nacionales”, de ahí que la pretensión de ordenación igualmente “nacional” sea determinante. En este último ámbito, el compromiso de la Unión se dirige a completar y sostener la acción de los Estados fomentando la coordinación y convergencia de políticas, fijando objetivos comunes pero sin desconocer la diversidad de los regímenes nacionales, y teniendo en cuenta los desafíos y problemas, pero sin intervención de la normativa comunitaria; es decir, favoreciendo el soft-law, o el derecho suave. Conforme a la utilización de estos métodos lo que se persigue es lograr una convergencia de políticas sociales. Esta se caracteriza por ser una política activa, flexible, respetuosa

⁴⁵⁴RODRÍGUEZ PIÑERO, M. “Constitución europea...cit., p. 4.

⁴⁵⁵Para ello se crea el Comité de Protección Social, PEREZ MENAYO, V. “El método abierto de coordinación en la Unión Europea. Su aplicación a las pensiones”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 222, 2003, p. 51. En la p. 53 señala que se denomina “abierto” por varias razones: porque las directrices europeas pueden adaptarse a la escala nacional; porque las mejores prácticas deben ser evaluadas y adaptadas en su contexto nacional respectivo; porque hay claras diferencias entre los indicadores de referencia y los objetivos concretos que fija cada Estado Miembro; porque en el seguimiento se tiene en cuenta el contexto nacional dentro del enfoque sistemático e integrado; y, finalmente, porque el desarrollo de este método en sus distintas etapas debe estar abierto a la participación de los distintos actores sociales.

⁴⁵⁶PEREZ MENAYO, V. “El método abierto de coordinación...cit, p. 51.

⁴⁵⁷COM 99, 437, final.

⁴⁵⁸Véase la Comunicación de la Comisión sobre “Racionalización del Método Abierto de Coordinación en el ámbito de protección social”, COM, 2003, 261 final, p. 5 y ss.

con las características de los sistemas nacionales e incluso con la diferente situación económica⁴⁵⁹; lo que busca es “una aproximación de los sistemas nacionales con vistas a lograr, si no una identidad, al menos un parecido o similitud”⁴⁶⁰.

Pues bien por este método se “coordinan” las prestaciones no contributivas. Sin embargo, las prestaciones especiales no contributivas, introducidas por el Reglamento 1247/92⁴⁶¹, se somete a un tipo de *coordinación específico*⁴⁶². La singularidad parece resultar de la existencia de una norma específica para su ordenación, cual es el Reglamento 647/05. Sin embargo, como se va a examinar a continuación, va más allá, pues se establecen normativamente unos criterios más estrictos para zanjar los devaneos del TJCE; y, desde su nacimiento son pensiones que quiebran el reconocimiento de las libertades recogidas en el artículo 42 del Tratado CE. De manera que *son especiales en su denominación, pero también por toda su construcción “europea”*.

3.- LA REGULACIÓN DEL REGLAMENTO 1408/71

3.1.- Campo de aplicación personal

La libre circulación sólo puede ser efectiva si aquéllos que circulan dentro de la Unión Europea pueden estar seguros de que no perderán sus derechos de Seguridad Social. Por esta razón los sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros de la CE fueron coordinados por los Reglamentos (CEE) nº 3 y 4 de 1958⁴⁶³, y reemplazados más tarde por los Reglamentos (CEE) nº 1408/71, de 14 de junio⁴⁶⁴, y

⁴⁵⁹CRESPO VALERA, S. “Discurso de presentación del seminario”, en AA. VV. “Convergencia de políticas sociales...cit., p. 109

⁴⁶⁰Véase, OJEDA AVILES, A. “El Sistema Común... cit., 37 y ss. Para el autor la convergencia vendría apoyada sobre la construcción de una identidad social europea.

⁴⁶¹DO L 136, de 19 de mayo de 1992.

⁴⁶²Considerando 3 del Reglamento nº 647/2005, por el que se modifican el Reglamento 1408/71, y el Reglamento nº 574/72 del Consejo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento nº 1408/71, DOCE de 4 de mayo de 2005, L 117.

⁴⁶³Véase MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.; SEMPERE NAVARRO, A. *Derecho social europeo*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 191. El Reglamento nº 3 era aplicable a los trabajadores asalariados y “asimilados”, sin trazar una frontera nítida entre los mismos, por ello atendiendo a la jurisprudencia europea el Reglamento 1408/71 abandonó la noción de “asimilado” en relación con los trabajadores por cuenta ajena, FERRERAS ALONSO, F. y TEJERINA ALONSO, J. “Conflictos y tendencias...cit., p. 250

⁴⁶⁴Esta norma supone la coordinación de la Seguridad Social en el ámbito comunitario, pero además, es necesaria la salvedad de que siguen vigentes muchos Convenios Bilaterales, así como Convenios adoptados por la OIT, lo cual es permitido por la propia normativa comunitaria. En principio, el Reglamento de coordinación tiene preferencia, en las zonas que cubre, sobre acuerdos alcanzados entre los Estados Miembros. Sin embargo, los Estados Miembros retienen la posibilidad de firmar acuerdos entre ellos basados en los principios y el espíritu del Reglamento. En principio, los Acuerdos existentes se

nº 574/72, de 21 de marzo, que desarrolla el anterior⁴⁶⁵, ambos basados en el Artículo 42 (anterior artículo 51) TCE⁴⁶⁶.

La adopción del Reglamento 1408/71 supuso principalmente la supresión de las disposiciones del párrafo 2 del artículo 10 del Reglamento nº 3, que permitía excluir la transferencia al extranjero de ciertas prestaciones no contributivas que se enumeraban, teniendo en cuenta su naturaleza y su objeto. Pese a ello, el alcance de las disposiciones particulares relativas a las prestaciones no contributivas fue muy limitado, debido a una interpretación muy estricta del viejo artículo 51 del Tratado de Roma y bajo la influencia del TJCE⁴⁶⁷.

En la redacción originaria del artículo 2 de la citada norma, se excluía a los

aplicarían cuando su resultado fuese más favorable para la persona afectada o cuando estuviesen relacionados con circunstancias históricas específicas y cuando tuviesen un efecto limitado en el tiempo. Por tanto, los Reglamentos no son los únicos instrumentos de coordinación. Como otros instrumentos también tratan de los mismos asuntos, y una colisión de normativas es posible. Por varias razones, el principio de la primacía del Reglamento debería favorecerse y mantenerse como un punto de partida. Esto es así no sólo porque la preservación de las convenciones bilaterales puede verse como contraria al espíritu del Tratado de la CE, que sitúa primero y sobre todo la Unidad de la Comunidad, sino también porque una existencia continuada del Reglamento y otros instrumentos podrían producir complicaciones administrativas considerables; RIOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A. *Ámbito aplicativo de los Reglamentos en La Seguridad Social Internacional: Convenios Bilaterales y Derecho Comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994. El Reglamento 647/05, a la vista de las disposiciones de los Convenios Bilaterales de Seguridad Social, revisa el Anexo III del Reglamento 1408/71. En relación al apartado 3, se ha redactado de nuevo, en el texto original se establecía: “Las disposiciones de convenios de Seguridad Social que sigan siendo aplicables en virtud de la letra c) del apartado 2 del artículo 7, así como las disposiciones de los convenios concluidos en virtud del apartado 1 del artículo 8, beneficiarán a todas las personas a las cuales se aplique el presente Reglamento, a menos que se disponga otra cosa en el Anexo III”. La redacción actual limita el efecto de los Convenios de Seguridad Social, no sólo a que resulten más beneficiosos o deriven de circunstancias específicas, sino a que estén suscritos con anterioridad a la fecha de aplicación del Reglamento y a que figuren en un Anexo. No obstante, no se modifica el artículo 8. La trascendencia de este tema desborda la intención y contenido de estas páginas, por esos sólo se refiere un apunte a esta modificación.

⁴⁶⁵Los Reglamentos citados fueron modificados en múltiples ocasiones. El texto acumulado se recoge en el Reglamento 118/97, de 2 de diciembre de 1996. El Reglamento nº 2001/83 CEE, aprobó la versión oficial y extendió el ámbito de cada uno de los Reglamentos señalados con dos nuevos, el nº 1390/81 CEE del Consejo, de 12 de mayo de 1981, y el nº 3795/81 CEE respectivamente. Éstos se encuentran comprendidos en los Anexos I y II del citado nº 2001/83 y son los que contienen los textos vigentes. De las demás modificaciones, la más importante fue la del citado Reglamento CEE nº 574/72 por el que se establecen las modalidades de aplicación. Pero, posteriormente, se aprobó el Reglamento CEE nº 1247/92 del Consejo, de 30 de abril de 1992; el Reglamento CEE nº 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998; el Reglamento CE nº 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999; etc. Las modificaciones que inciden expresamente en las prestaciones no contributivas se estudian específicamente. Véase la reciente Decisión de la Comisión nº 207, de 7 de abril de 2006, relativa a la interpretación de los artículos 76, 70 apartado 3 del Reglamento 1408/71, así como el apartado 1 del artículo 10 del Reglamento 574/72 en relación con la acumulación de prestaciones y subsidios familiares (DOCE L 175/83, de 29 de junio de 2006). Igualmente existen diversas modificaciones que han ampliado el ámbito de aplicación progresivamente (funcionarios, estudiantes, etc.).

⁴⁶⁶El Tratado de Ámsterdam modifica el artículo 51 (actual 42) introduciendo la codecisión del Parlamento-Consejo para la toma de decisiones.

⁴⁶⁷PERRIN, G. “Prestaciones no contributivas y legislación internacional en materia de Seguridad Social”, AA. VV. *Pensiones no contributivas*, MTAS, Madrid, 1991, p. 48

trabajadores por cuenta propia del campo de aplicación, pero fueron incluidos por los pronunciamientos del TJCE⁴⁶⁸ y normativamente por el Reglamento 1390/81, de 12 de mayo⁴⁶⁹. En un segundo momento, el artículo 2 delimitaba el campo de aplicación personal referido a los trabajadores por cuenta ajena o propia que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados Miembros, y sean nacionales de uno de los Estados Miembros, apátridas o refugiados que residan en uno de los Estados Miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes. De manera que Reglamento sería aplicable a cualquier persona que esté o haya estado sujeta a la legislación de la Seguridad Social de uno o varios Estados Miembros; es decir que haya cruzado las fronteras de cualquier forma.

Como los Reglamentos sólo se aplican a ciertas categorías de personas, ha resultado que las diferentes previsiones en función de las diferentes categorías dificultaban su aplicación, sobre todo por los conflictos que surgen para deslindar el trabajador por cuenta ajena y propia con posterioridad a la aprobación del Reglamento 1408/71. Entre las definiciones que siempre ha recogido el artículo 1 ha existido una identificación de cuándo ha de entenderse incluido alguien en el campo de aplicación, pero no de “trabajador por cuenta ajena o propia”, luego las diferentes previsiones especiales de esta normativa han exigido aclarar la definición de persona empleada o autónoma de acuerdo con las legislaciones nacionales; razón que es el eje sobre el que se debate la posible desintegración del ordenamiento laboral en los lindes nacionales, ante la imposibilidad de establecer unas fronteras precisas para diferenciar una u otra forma de realizarlos. Esta inevitable interpretación ha sido expresamente recogida, mediante un reenvío a los ordenamientos de los Estado Miembros en el artículo 1 del Reglamento 883/04, de 29 de abril⁴⁷⁰; reconociendo que la acepción propia del Reglamento se refiere a actividades o situaciones asimiladas consideradas como tal *en las legislaciones de Seguridad Social*; es decir, a los efectos únicamente de este ámbito material. Por fortuna, la extrapolación comunitaria de estas nociones ha contado con la labor del TJCE que ha examinado varias causas que conciernen al criterio del estatus de

⁴⁶⁸Asunto Brac, 17/76, de 29 de septiembre de 1976, Rec. p. 1429. Véase SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. *La aplicación del Derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, Granada, 1998, p. 158, en relación al distinto fundamento en los diversos artículo del Tratado para los trabajadores por cuenta ajena y propia y las diferencias que se mantuvieron.

⁴⁶⁹DOCE L 143, de 29 de mayo de 1981.

⁴⁷⁰DOCE nº 166, de 12 de abril.

empleado autónomo⁴⁷¹.

Sin lugar a dudas, el concepto de trabajador al que alude el Reglamento se refiere a cualquiera que bajo la apelación que sea se hallen inmersos en los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social, incluso si no ostenta en el presente un empleo pero son susceptibles de ocupar un puesto laboral⁴⁷². Como tal es una *noción de este trabajador específica del ámbito de Seguridad Social*, no sirve la que se construya para un entorno laboral, a diferencia de la noción prevista en el Reglamento 1612/88, de 15 de octubre, referido a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, y cuya prolongada vigencia también está siendo cuestionada⁴⁷³. Es más, el concepto que refiere aquella norma más que de Seguridad Social, es específico del método de coordinación de la Seguridad Social pues de su contenido se infiere la existencia de una acepción específica de “familiares a cargo”, de “titulares de las pensiones”; pero también de “trabajador fronterizo”, “de temporada” etc. De manera que lo fundamental es la existencia de una relación de Seguridad Social, presente o pasada, que otorgue el derecho a prestaciones, y que no se limite a ser un hecho interno del Estado.

Pero no sólo se ha ampliado a los trabajadores por cuenta propia, la elección de un sistema de “*modificación múltiple*” al que se somete la coordinación de la Seguridad Social comunitaria, y que ha sido la única vía para mantener en vigor normas propias de otras realidades económico-sociales, ha extendido el ámbito personal de aplicación recogido en el artículo 2 de forma paulatina. Esta extensión subjetiva se debió a sucesivas conquistas efectuadas sobre la regulación del Reglamento 1408/71 que permitió que se fueran adicionando nuevos tipos de trabajadores, como los funcionarios públicos que tuvieron cabida a raíz del Reglamento 1606/98⁴⁷⁴. Más tarde, el Reglamento 307/99 incluyó a todas las personas que estuvieran aseguradas, dando entrada de esa forma a todos aquellos que no desarrollaban una actividad remunerada, como los estudiantes que efectúan intercambios y por tanto ejercía la libertad de

⁴⁷¹Por todas, STJCE asunto Pierik, C 182/78, de 31 de mayo de 1979, Rec. p. 1977.

⁴⁷²SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. “La aplicación...*cit.*”, p. 185. Así, ni siquiera se exige el requisito de la afiliación siempre que reúna las condiciones materiales previstas en el régimen de Seguridad Social aplicable (STJCE asunto Montan, 39/76, de 15 de diciembre, Rec. p. 1901).

⁴⁷³DO L 257 de 19 de octubre de 1968, p. 2. La última modificación la constituye el Reglamento (CEE) nº 2434/92 (DO L 245 de 26 de agosto de 1992). Se han derogado los artículos 10 y 11 por la Directiva, 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al Derecho de los Ciudadanos de la Unión y de los Miembros de sus Familias a Circular y Residir libremente en el territorio de los Estados Miembros por la que se modifica el Reglamento 1612/68; y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE; 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DOCE, L 158/77, de 30 de abril de 2004).

⁴⁷⁴DO L 209, de 25 de julio de 1998.

circulación, los apátridas, los refugiados⁴⁷⁵, los pensionistas que se trasladan a vivir a otro país de la Unión durante su retiro o los simples turistas. La versión definitiva, tras la reforma introducida por el artículo 1.2 del Reglamento (CE) n.º 307/99⁴⁷⁶, se expresa en los siguientes términos⁴⁷⁷:

“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 sujetos 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 su familia y a sus supervivientes.

2. 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 tales personas, cuando sus supervivientes sean nacionales de uno de los Estados Miembros o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados Miembros”.

En estos términos es más extensa la expresión de este mismo precepto *ex* artículo 2 del Reglamento 883/04, referido a la aplicación a “las personas nacionales de uno de los Estados Miembros y a los apátridas y refugiados residentes (...)”. En esta expresión resulta evidente que se encuentran protegidas todas aquellas personas que a su

⁴⁷⁵“No se puede reprochar al Consejo que, en el ejercicio de las competencias que de este modo le han sido atribuidas en virtud del artículo 51 de Tratado CEE, también haya tenido en cuenta a los apátridas y a los refugiados que residan en el territorio de los Estados Miembros, con el fin de respetar los compromisos internacionales de estos últimos, que se han recordado anteriormente. Una coordinación que excluyera a los apátridas y a los refugiados habría conducido a los Estados Miembros, con el fin de garantizar el respeto de sus obligaciones internacionales, a tener que establecer un segundo régimen de coordinación destinado únicamente a esta categoría muy reducida de personas. Si bien que los trabajadores que sean apátridas o refugiados y residan en el territorio de uno de los Estados Miembros, así como los miembros de sus familias, no pueden invocar los derechos conferidos por el Reglamento n.º 1408/71 cuando se encuentren en una situación cuyos elementos estén todos situados únicamente en el interior de dicho Estado Miembro” (SSTJCE de 11 octubre 2001 TJCE 2001\279, en los asuntos acumulados C-95/99 a C-98/99 y C-180/99, y asunto Cuyper, C-406/04, e 18 julio 2006, , TJCE 2006, 190836).

⁴⁷⁶DO L 38, de 12 de febrero de 1999.

⁴⁷⁷El texto vigente en el momento de la modificación omitía en los apartados 1 y 2 la referencia a “los estudiantes”. El apartado 3, que se refería a los funcionarios, como se ha dicho, se suprimió por el Reglamento 1606/98. Véase la Sentencia de 18 de abril de 2002, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C 290/00 (DOCE, número C 144, de 15 de junio de 2002, Rec. p. 3478), en cuyo fallo se establece: 1) Está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 1408/71 en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97 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.

vez estén asistidas por la Seguridad Social de un Estado Miembro. Este sistema abarca tanto a personas activas, como a personas inactivas que están afiliadas al régimen de la Seguridad Social y que pueden ejercitar su derecho a la libre circulación⁴⁷⁸. Sin embargo, la versión actual enumera el campo de aplicación de forma expresa, de manera que si se amplía a otros colectivos deberá modificarse específicamente

¿Y los nacionales de terceros países, en qué situación se quedan?. En ninguna de las dos versiones quedan incluidos en el campo de aplicación por la referencia a los “nacionales de uno de los Estados Miembros”. Este tipo de “trabajadores” son como nacionales de la UE, asegurados bajo las mismas condiciones en el Estado de la UE, pagan las mismas contribuciones e impuestos y están legalmente empleados y residiendo ahí, y no pueden ser tratados de manera diferente desde el momento en que cruzan la frontera dentro de la Unión Europea. Además, la defensa de la aplicación de los Reglamentos a nacionales de terceros países exige estar legalmente residiendo en uno de los Estado Miembros y guardar algún tipo de relación con la Seguridad Social, y no implica en ningún caso que se les conceda cualquier libertad de circulación. Es decir, por la extensión subjetiva del Reglamento, los nacionales de un tercer país no obtienen el derecho a quedarse o residir en el otro Estado; y de este modo, se extiende el perfil personal a las personas socialmente aseguradas, lo que simplificaría también la aplicación de la normativa⁴⁷⁹.

Como necesidad social y política, se planteó en Consejo Europeo de Tampere⁴⁸⁰, concluyendo la necesidad de que la Unión Europea garantice un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados Miembros; así como una política de integración más decidida que debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, y fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural desarrollando medidas contra el racismo y la xenofobia (conclusión n.º 18)⁴⁸¹.

⁴⁷⁸PÉREZ CASTILLO, A. M. y CARPENA NIÑO, J. M. “La Seguridad Social de los trabajadores migrantes: realidad actual y perspectivas de futuro”, *RMTAS*, n.º 59, 2005, p. 79.

⁴⁷⁹SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. “El régimen jurídico....*cit.*”, p. 99.

⁴⁸⁰Finlandia, celebrado el 15-16 de octubre de 1999, Apartado III: “Trato justo de los nacionales de terceros países”.

⁴⁸¹La propuesta de modificación del Reglamento hecha por la Comisión -COM(1998) 779 final-, planteaba sustituir los términos “trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia, refugiado y apátrida”, por el de “persona”, ya que se preveía ampliar el campo de aplicación más allá de la población activa. También desaparecía por perder la razón de ser, la acepción de “refugiado” ó “apátrida”, pues la nacionalidad no era un elemento necesario para ser sujeto protegido; VIVES CABALLERO, M. “La

La solución se estableció por el Reglamento 859/03, de 14 de mayo⁴⁸², por el que se amplían las disposiciones del Reglamento 1408/71 y del Reglamento 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas. El fundamento jurídico del artículo 6.2 del Tratado de la Unión referido al respeto de los derechos fundamentales por parte de la Unión, establece el sistema de coordinación aplicable a los nacionales de terceros países, para el reconocimiento de unos derechos uniformes tan próximos como sea posible a los que disfrutaran los ciudadanos de la Unión Europea⁴⁸³. A salvo de las disposiciones del Anexo, referidos a algunas prestaciones familiares de Alemania y Austria, se produce una ampliación subjetiva, incluyendo a sus familiares y a sus supervivientes siempre que se encuentre en situación de residencia legal en el territorio de un Estado Miembro, y en la que todo los elementos no estén situados en el interior únicamente de un solo Estado Miembro. Sin embargo, el reconocimiento se limita a la totalización de los períodos de seguro, de empleo y de residencia realizados dentro de la Comunidad, con fecha incluso anterior al 1 de junio de 2003, que es el límite temporal de reconocimiento de derechos, si bien se establecen matizaciones respecto a la fecha del hecho causante, periodos de seguro, etc. Por ello, no se introduce modificación alguna en el artículo 2 del Reglamento 1408/71, pues el régimen al que se van a someter va a ser tan “singular”, que en realidad la coordinación “interna” de la Comunidad a la que responde crea múltiples excepciones a la citada norma.

En el ámbito subjetivo, el artículo 3 del Reglamento 1408/71 recogía uno de los principios más sólidos en materia de Seguridad Social: *la igualdad de trato entre las personas* que residiesen en un Estado Miembro y los nacionales del mismo. Este principio básicamente exige un tratamiento a la par, sin que sea posible crear, en ningún

propuesta de Reglamento de simplificación y modernización”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 222, 2003, p. 90 y ss.

⁴⁸²DOCE L 124/1, de 20 de mayo de 2003.

⁴⁸³Esta norma se ha fundado directamente en el artículo 63.4 del Tratado. Este precepto recoge las facultades del Consejo para adoptar medidas y condiciones que ordenan la situación de los nacionales de terceros países, y se ha acudido los Protocolos 4 y 5, anexados al Tratado de la UE: el Protocolo 4 prevé que el Reino Unido e Irlanda no participen en la adopción por el Consejo de medidas propuestas relativas al Título IV del Tratado (visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas), del que forma parte el art. 63.4, salvo notificación de su deseo de participar en la adopción de la medida propuesta (opting-in); el Protocolo 5 prevé que no participe Dinamarca en la adopción por el Consejo de medidas propuestas a tenor del Título IV del Tratado (opting-out). Véanse los considerando 18 y 19. Véase también: el Escrito de 3 de junio de 2003, *de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS*. Aplicación normas comunitarias de coordinación de regímenes de Seguridad Social a nacionales de terceros países (BISS, número 5-6 de mayo-junio de 2003).

caso, un estatus privilegiado para el trabajador no nacional⁴⁸⁴. En todo caso el artículo 3 no podía ampliar el ámbito subjetivo más allá de las previsiones de los artículos 2 y 4 de ahí que la expresión “personas” fuese limitada en un principio por la actividad del TJCE⁴⁸⁵, poniéndola en relación con la exigencia de sometimiento al resto de la norma, de manera que “las personas” del artículo 3 eran las mismas que las establecidas en el artículo 2.

Este artículo, en la actualidad establece:

“1. Las personas 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 Reglamento⁴⁸⁶

2. Las disposiciones del apartado 1 serán aplicables al derecho de elegir a los miembros de los órganos de las instituciones de Seguridad Social o de participar en su designación, pero no afectarán a las disposiciones de la legislación de los Estados Miembros en lo que se refiere a la elegibilidad y formas de designación de los interesados para estos órganos.

3. Las disposiciones de convenios de Seguridad Social que sigan siendo aplicables 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”⁴⁸⁷.

Sin embargo, esta generosa dicción continúa condicionada en el artículo 2 -campo de aplicación personal-, por la nacionalidad exigida respecto a los trabajadores por cuenta ajena o propia y a los estudiantes, y por la residencia exigida a los apátridas o refugiados.

En la versión anterior se manifestaba en los siguientes términos:

“1. Las personas que *residan en el territorio* de uno de los Estados Miembros y a las

⁴⁸⁴SANCHEZ-RODAS, C. “El régimen jurídico...*cit.*, p. 20 y ss.

⁴⁸⁵La amplia definición del art. 3 del Reglamento, que refiere esta igualdad *a las personas* que residen en el territorio de uno de los Estados Miembros, induce a pensar la extensión subjetiva del Reglamento 1408/71 antes, incluso, de las posteriores modificaciones. Sin embargo, posteriormente se negó esta aplicación extensiva, limitando el principio de igualdad a quienes están comprendidos dentro del ámbito del Reglamento; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. “La aplicación...*cit.*, p 60.

⁴⁸⁶Apartado redactado conforme al art. 1.1 a) del Reglamento 647/05.

⁴⁸⁷Apartado redactado conforme al art. 1.1 b) del Reglamento 647/05.

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”.

La supresión de las palabras “que residan en el territorio de uno de los Estados Miembros”, por la referencia a “las personas a las cuales les sea aplicable el presente Reglamento” cumple con las exigencias de los artículos 48 a 51 del Tratado, sobre todo cuando el TJCE ha entendido que el Reglamento es aplicable *a las personas que continúan protegidas por un régimen nacional de Seguridad Social pero que se desplazan fuera de la Unión Europea*⁴⁸⁸, aunque no con carácter general⁴⁸⁹. En todo caso, la omisión de la previsión respecto a la residencia parece más formal que material, por cuanto nuevamente remite a las previsiones del resto de la norma

Muy diferente es la versión recogida en el Reglamento 883/04, que además de pasar a ser el ordinal 4, se manifiesta de forma muy breve:

“Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado Miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento” .

A su vez, el campo de aplicación personal (art. 2) se delimita, fundamentalmente, por “las *personas* nacionales” de uno de los Estados Miembros”, y por los apátridas o refugiados residentes.

3.2.- Ámbito material: las prestaciones no contributivas

Lo primero que hay que señalar es que, puesto que el eje del tema examinado va a ser estas prestaciones, se va a modificar la exposición respecto a temas tangenciales, tales como el campo de aplicación, donde se han examinado conjuntamente las previsiones, originales y los sucesivos cambios. En relación a las prestaciones no contributivas se va a seguir el orden cronológico de las modificaciones, por cuanto inciden en esa acepción adjetivada que se ha señalado; y en cada momento se da una respuesta diversa.

⁴⁸⁸STJCE, asunto Van Roosmalen, 300/84, de 23 de octubre de 1986, Rec. p. 3097.

⁴⁸⁹STJCE, asunto Petit 152/91, de 22 de septiembre de 1992, Rec. p. 4973.

Originariamente el artículo 4 declaraba aplicable el Reglamento a diversas prestaciones, y en el apartado 2 incluía a los *regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos*. De este modo, en la primera versión del citado artículo lo más explícito era que quedaban dentro de su ámbito material las prestaciones de Seguridad Social, siempre que fuesen referidas al catálogo de riesgos cubiertos en el apartado 1, y no lo serían en otro caso. Así ese catálogo se concretaba en las siguientes:

- “a) las prestaciones de enfermedad y 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 de desempleo;
- h) las prestaciones familiares”

El problema se *encontraba en el apartado 4 que excluía de su aplicación a la Asistencia Social y a la Asistencia Médica*.

Esta exclusión parecía que permitía a los Estados Miembros sustraer de la coordinación comunitaria a determinadas prestaciones por el simple hecho de ser calificadas como Asistencia Social en lugar de cómo Seguridad Social⁴⁹⁰. Conforme al artículo 5 los Estados Miembros debían comunicar al Presidente del Consejo de las Comunidades, al objeto de su publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Europea, las legislaciones y regímenes indicados en el artículo 4.1 y 4.2 a los que se les aplicará el Reglamento 1408/71 así como las pensiones mínimas de vejez y supervivencia referidas en el artículo 50 del Reglamento y las prestaciones por huérfanos y por hijos a cargo de titulares de pensiones referidas en los artículos 77 y 78 del Reglamento. Esta comunicación se haría de conformidad con lo preceptuado

⁴⁹⁰Véase la STJCE asunto Hoeckz C 249/83. de 28 de marzo de 1985,

en el citado artículo del Reglamento en concordancia con lo pautado en los artículos 1.j, 4.1, 4.2 y 97 del mismo⁴⁹¹.

Sin embargo, pronto se estableció que esta notificación, sólo tenía un efecto declarativo y no constitutivo⁴⁹², pues no resultaba lógico dejar a la discrecionalidad de los Estados Miembros la determinación unilateral de qué normas tendrán eficacia comunitaria⁴⁹³. Sí que, sin embargo, provoca el efecto contrario, de manera que la inclusión de una legislación dentro de la declaración de un Estado Miembro genera afectos constitutivos innegables y por ende las prestaciones por ella comprendidas serán consideradas como de Seguridad Social, aunque conforme a los criterios del Reglamento no se identifican como pertenecientes a ese orden. Además, los Estados tampoco se pueden abstener de comunicar las modificaciones normativas de sus técnicas de protección para eludir la aplicación del Reglamento.

De todo ello se concluye que la esencia del problema resulta de estar incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento las prestaciones de Seguridad Social no contributivas entendidas en “términos comunitarios”, y excluidas las de Asistencia Social “comunitaria”, que no tienen por qué coincidir con este tipo de prestaciones en el ámbito nacional. Pero la cuestión es que el Reglamento 1408/71 no define ninguna de esas nociones.

Dejando de lado la situación socio-económica general del entorno de la Unión que favorece el desarrollo de prestaciones de garantías de mínimos de subsistencia; es decir, marginado cualquier perspectiva socio-económica, lo esencial es que *la noción comunitaria de Seguridad Social no contributiva se va a conformar por oposición a la Asistencia Social*; mientras que en los lindes nacionales con frecuencia sucede el fenómeno inverso. Así, la identidad adjetivada de la que se ha hablado permite que exista una aparente coincidencia entre ambas técnicas de protección social. En general, la calificación de una prestación como especie de uno de los dos géneros tiene unos efectos jurídicos en el territorio nacional de cada uno de los Estados

⁴⁹¹ROJAS, M. *Derecho Social Comunitario*, Comares, Granada, 1993, p. 75.

⁴⁹²Véase por todas, STJCE asunto Lohmann 129/78, de 8 de marzo de 1979, Rec. p. 853.

⁴⁹³Con respecto a los parámetros de inclusión que pueden derivarse como consecuencia de esta declaración, es pertinente observar, que si bien el campo objetivo del ámbito de protección puede ser ampliado (como sería incluir prestaciones de asistencia social), por esta vía no parece factible la ampliación del campo subjetivo de dicho ámbito. Esto indica que los regímenes expresamente excluidos por el Reglamento (como el de las víctimas de guerra) no pueden por esta vía ser incluidos por un Estado dentro del ámbito de aplicación material de la normativa comunitaria; PERELLO GOMEZ, N. “Ámbito de aplicación material del derecho de la seguridad social en el modelo de integración europeo. Políticas coordinadoras, convergentes y armonizadoras” *GL*, [online], 2002, vol. 8, p 12.

Miembros que son perfectamente asumibles dentro de las fronteras territoriales y en el ordenamiento interno; sin embargo, ese poder soberano de identificar una prestación como una protección de uno u otro tipo va a resultar amenazado cuando se somete a la mecánica de la coordinación comunitaria, de manera que podría resultar una situación paradójica puesto que, por ejemplo, una prestación para un ciudadano “estático” podría ser de asistencia social, mientras que para un ciudadano “móvil”, o que circula por los Estados Miembros, podría ser de Seguridad Social, y ello únicamente para forzar la aplicación del Reglamento comunitario.

Además, el uso de esas *nociones difusas* habilitan al Estado para intentar evitar los efectos “de la coordinación comunitaria”, principalmente económicos, que trasciende de sus fronteras geográficas, y en los que sus intereses pueden resultar comprometidos, fundamentalmente por la ampliación subjetiva que supone la calificación como prestación no contributiva. En definitiva, si en el contexto nacional se puede conocer, aun admitiendo las dificultades de identificación adjetivada, qué prestaciones son no contributivas y cuáles de Asistencia Social, en el contexto comunitario la configuración residual de una u otra podría realizarse por los intereses económicos de los Estados, pues la Asistencia Social queda extramuros de la intención normativa comunitaria. Por fortuna, no es una cuestión que se deje en manos de los Estados, como ya se ha dicho, sino que se vuelve en un asunto “comunitario” por obra del TJCE.

Paralelamente, pronto surge un inconveniente adicional a esta calificación comunitaria de las prestaciones, cual es la que derivaba de los dictados del artículo 7.2 del Reglamento 1612/68, de 15 de octubre, que reconocía el principio de igualdad de trato en lo referente a las ventajas sociales, pero limitado a una equiparación entre trabajadores nacionales y no nacionales de los Estados Miembros⁴⁹⁴; es decir, reduciendo el ámbito subjetivo de aplicación en relación al Reglamento 1408/71⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴Se entiende por trabajador en el sentido del Reglamento 1612/68 “todo nacional comunitario que haya hecho uso del derecho a la libre circulación de trabajadores y que haya ejercido una actividad profesional en otro Estado Miembro, y está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación del artículo 39 del Tratado” (STJCE asunto Groot, C-385/00, de 12 de diciembre de 2002, Rec. p. 11819; Schilling y Fleck-Schilling, C-209/01, de 13 de noviembre de 2003, Rec. p. 13389; y Ritter-Coulais, C-152/03, de 21 de febrero de 2006, Rec. p. 1711). “Un trabajador migrante a los efectos de la aplicación del Reglamento nº 1612/68 solo es tal si se ha desplazado a otro Estado Miembro con la intención de buscar o de desempeñar un empleo en ese Estado Miembro. Si se ha desplazado a otro Estado Miembro por razones que no están relacionadas con la búsqueda o el desempeño de un empleo en su territorio, las disposiciones sobre la libre circulación de los trabajadores no le son aplicables. Una persona que ha ejercido su libertad de circulación para trasladarse a

La dádiva con la que se encuentra el TJCE para completar los conceptos jurídicos indeterminados del Reglamento 1408/71 hace que acuda a los juicios de valor señalados al principio y que la noción de Seguridad Social no contributiva, perfectamente coordinada en el Reglamento, desborde los intereses de los Estados e incluso las previsiones del legislador comunitario⁴⁹⁶; y es el origen de la acepción las prestaciones no contributivas de tipo mixto incluidas en el campo material de ese tipo de protección por el Reglamento 1247/92, de 30 de abril CEE, refiriéndose a aquéllas cuya vinculación a un régimen de Seguridad Social o de Asistencia Social no estaba claramente establecida por la legislación nacional⁴⁹⁷. Con ello quedaban comprendidas sólo una parte de las prestaciones que los Estados querían no incluir en los dictados comunitarios: las “de dudosa calificación”⁴⁹⁸. Pero ¿y las demás?; ¿realmente existe la posibilidad de que el Estado pueda corregir la calificación de una prestación porque claramente pueda ser identificada como no contributiva en lugar de como Asistencia Social?. Pues bien, para ello interviene el TJCE en su labor de aplicar e interpretar el Derecho comunitario (art 220 del TCE), en su condición de jurisdicción única, originaria, propia y exclusiva⁴⁹⁹, como se verá a continuación.

Así, este tipo de prestaciones, sin alterar el campo de aplicación personal, modifican profundamente el ámbito objetivo, al asumir la construcción de un sistema de coordinación distinto del general y atento a las características específicas de las prestaciones no contributivas de carácter mixto, confiriéndoles un “estatus específico a

otro Estado Miembro por razones no económicas está comprendida únicamente en el ámbito de las disposiciones del Tratado sobre la ciudadanía de la Unión, como en el caso de autos, una persona se desplaza a otro Estado Miembro sólo para vivir en él, pero mantiene su relación laboral en su Estado Miembro de origen, ello significa que el factor de producción se mantiene *in situ*” (Asunto Gertraud Hartmann, C-212/05, del 28 de septiembre de 2006).

⁴⁹⁵“El concepto de trabajador en Derecho comunitario no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate. Así, el concepto de trabajador utilizado en el marco del art. 48 del Tratado CE y del Reglamento 1612/68 no coincide necesariamente con el empleado en el ámbito del art. 51 del Tratado CE y del Reglamento 1408/71 (...). El Reglamento 1408/71 ampara a una persona 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 Seguridad Social mencionado en la letra a) del art. 1, y ello con independencia de la existencia de una relación laboral” (STJCE, asunto Lawrie-Blum, C 66/85, de 3 de julio de 1986, TJCE 1986, 108, Rec. p. 2121).

⁴⁹⁶Véase el informe para la vista relativo a la sentencia de 24 de febrero de 1987, Giletti (379/85, 380/85, 381/85 y 93/86, Rec. p. 955; y el asunto C 236/88 de 12 de julio de 1990, , Rec. p. 3163).

⁴⁹⁷PERRIN, G. “Prestaciones no contributivas...*cit.*”, p.50. Véase MONTROYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.; SEMPERE NAVARRO; A. “Derecho social...*cit.*”, p. 217.

⁴⁹⁸El carácter mixto derivaría de que, por un lado, otorgan protección a personas que se encuentra en una situación de necesidad, algo propio de la Asistencia Social; y, de otro, de la Seguridad Social tomarían la existencia de una posición legalmente definida, que libera cualquier apreciación de carácter discrecional (Asunto Fossi, 79/76, de 31 de marzo de 1997, Rec. p. 667).

⁴⁹⁹COLINA ROBLEDO, M RAMIRE MARTIEZ, J y SALA FRANCO, T. *Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 43.

medio camino entre la Asistencia y la Seguridad Social” pero incluyéndolas dentro del ámbito de la aplicación material del Reglamento 1408/71 CEE⁵⁰⁰. En este caso, la técnica de la coordinación se utiliza para favorecer la movilidad en el territorio de la Unión, pero para ello se entiende que hay que luchar contra las conductas evasivas de los Estados Miembros en un concreto ámbito material. No es, pues, una forma distinta de coordinar, ya que igualmente se persigue lograr la libertad de circulación, pero sí que las técnicas comunitarias se contagian de prácticas nacionales conocidas por todos y propias del ámbito de la Seguridad Social, al coincidir con la denominada ordenación "en cascada", utilizada para alcanzar la cohesión social.

3.3.- Las prestaciones especiales de carácter no contributivo

El artículo 4.2 bis del Reglamento 1408/71 establecía:

“El presente Reglamento se aplicará a las prestaciones especiales de carácter no contributivo sujetas a una legislación o a un régimen distintos a 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 posibilidades correspondientes a las ramas contempladas en las letras a) a h) del apartado 1

b) bien a asegurar unicamente la protección específica de los minusválidos”.

Todo ello, salvo que la aplicación de estas prestaciones respondiesen a la expresión del apartado 2 ter que recogía la posibilidad de que un Estado excluyese la aplicación del Reglamento, a pesar de ser una prestación no contributiva especial y por ello comunitaria, si estaba mencionada en la Sección III del Anexo II y su aplicación se limitara a una parte del territorio del Estado. Para conseguir esta exclusión el Estado sólo debía notificar las prestaciones que había de excluir para incluirlas en el citado Anexo.

⁵⁰⁰RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A. “Ámbito aplicativo de los Reglamentos....cit., p. 80.

Así, tras esta modificación podría plantearse la existencia de una diferenciación entre tres tipos de prestaciones no contributivas: las propias de los sistemas de Seguridad Social, que a su vez pueden ser generales y especiales; las prestaciones de Asistencia Social, y la existencia de “ventajas sociales”. De forma que en Derecho comunitario de Seguridad Social, a lado de los conceptos tradicionales recogidos por estas normas reglamentarias –trabajador, apátrida, etc.- debe definir nuevas acepciones cada vez más abstractas y difusas, toda vez que adquieren un carácter instrumental, pues dependerá de qué tipo de prestación sea para que absorba toda la ordenación comunitaria.

Empezando por la última de las acepciones apuntadas por ventaja social⁵⁰¹ habría que entender que existe un tipo de prestaciones de Asistencia Social normativamente legislado en el artículo 7.2 del Reglamento 1612/68 de la CEE. Sin embargo, ese concepto no está bien delimitado en la ordenación comunitaria⁵⁰². Así, en general debe entenderse por “ventajas sociales” todas las ventajas que, con independencia de que estén vinculadas a un contrato de trabajo o no, se reconozcan con carácter general a los trabajadores nacionales en virtud de su condición objetiva de trabajadores o por el mero hecho de residir en el territorio nacional, y cuya extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados Miembros parezca, en consecuencia, apropiada para facilitar su movilidad dentro de la Comunidad”⁵⁰³. Luego las necesidades están concatenadas directamente con la relación laboral y por ello son aplicables a un ámbito mas limitado que las prestaciones ordenadas por el Reglamento 1408/71. Ahora bien, pretender que la remoción de barreras geográficas en todo el entorno comunitario no va afectar a esas ventajas sociales puede resultar una ilusión, pues el estatus jurídico protegido cada vez se aproxima más a la relación derecho-ciudadano, y una de estas ventajas podrían beneficiar a los trabajadores y a sus familias⁵⁰⁴, pero también a los ciudadanos comunitarios⁵⁰⁵, por cuanto la

⁵⁰¹Se califica, por ejemplo, como ventaja social, la creación del derecho a ingresos mínimos garantizados y la creación de un servicio nacional de acción social en Luxemburgo; y por tanto sometidas al principio de igualdad de trato y no discriminación respecto a la imposibilidad de exigir residencia previa si no se exigía a los trabajadores nacionales (STJCE, asunto C-299/01, de 20 junio 2002, TJCE 2002, 204).

⁵⁰²PERELLO GOMEZ, N. “Ámbito de aplicación materialcit.p.10.

⁵⁰³SSTJCE asunto Schmid, C-310/91, de 27 de mayo de 1993, Rec. p. 3011; y Meints, C-57/96, Rec. p. 6689.

⁵⁰⁴Con base en el principio de no discriminación en materia de libre circulación de trabajadores, aún cuando la discriminación no sea directamente producida contra la persona del trabajador, sino afectando a alguno de sus familiares, tampoco es aceptada por la jurisprudencia comunitaria. Ello conlleva a determinar como una “ventaja social”, de acuerdo con el Reglamento 1612/68 CEE, el otorgar

*ciudadanía de la Unión confiere a todo ciudadano un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación*⁵⁰⁶.

*Sin embargo, en atención a la Directiva 2004/38, de 29 de abril de 2004*⁵⁰⁷, *el Estado Miembro de acogida debe determinar si concede a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, a las personas que mantengan dicho estatuto y a los miembros de sus familias prestaciones de asistencia social durante los tres*

a un ascendiente de un trabajador un subsidio especial de vejez que garantiza una renta mínima a las personas ancianas según lo previsto en la legislación nacional aplicable. Este subsidio no puede subordinarse a condiciones diferentes que las previstas para los nacionales (STJCE asunto María Frascogna, 256/86, de 9 de julio de 1987, Rec. p. 03431). También la concesión de subsidios de desempleo por la normativa belga, designados con la expresión “subsidios de espera”, a los jóvenes que acaban de terminar sus estudios y buscan su primer empleo (STJCE asunto D'Hoop, C-224/98, de 11 de julio de 2002, TJCE 1998, 221, Rec. p. 6191). “Estos subsidios, constituyen una ventaja social y se reconocen con carácter general a los trabajadores nacionales en virtud, principalmente, de su condición objetiva de trabajadores o por el mero hecho de residir en el territorio nacional, también está destinado a impedir las discriminaciones en perjuicio de los descendientes que están a cargo del trabajador” (véanse, en particular, SSTJCE asunto Cristini, 32/75, de 30 de septiembre de 1975, Rec. p. 1085; Deak, 94/84, de 20 de junio de 1985, Rec. p. 1873; y Meeusen, C-337/97, de 8 de junio de 1997, TJCE 1999, 118, Rec. p. 3289). De lo anterior se deduce que *los hijos a cargo de trabajadores migrantes* residentes en Bélgica tienen derecho al subsidio de espera en virtud del artículo 7, apartado 2, del Reglamento núm. 1612/68 con independencia de que, en su caso, exista un vínculo real con el mercado geográfico laboral correspondiente” (STJCE asunto C-258/04, de 15 septiembre 2005, TJCE 2005\274). “Las ayudas de estudio a trabajadores o a sus hijos constituyen una ventaja social en el sentido del artículo 7 del Reglamento 1612/68 CEE. El disfrute a éstas en el sentido del artículo 7.2 del citado Reglamento no puede hacerse depender de la exigencia de un período mínimo de actividad profesional previa en el territorio de dicho Estado” (STJCE, asunto 39/86, de 21 de junio de 1988) o a la condición de residencia (STJCE, asunto 3/90, de 26 de Febrero de 1992). Si bien, evidentemente, también ha sentenciado el TJE que para acceder a una prestación, como un subsidio para adultos minusválidos, independientemente que pueda ser considerado como una “ventaja social”, “no puede concederse si el nacional comunitario no ha hecho nunca uso del derecho de libre circulación dentro de la Comunidad” (STJCE, asunto 206/91, de 16 de diciembre de 1992).

⁵⁰⁵ACOSTA ESTÉVEZ, J. *Libre circulación de trabajadores, Política Social y Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios en la C.E.E.*, Bosch, Barcelona, 1988, p. 62.

⁵⁰⁶En relación a la exigencia de permiso de residencia para acceder a determinadas ventajas sociales, si no se exige documento semejante a sus nacionales, desatiende al derecho concedido por el art. 8 A TCE. “En su condición de nacional de un Estado Miembro que reside legalmente en el territorio de otro Estado Miembro, la demandante en el procedimiento principal está incluida en el ámbito de aplicación “*ratione personae*” de las disposiciones del Tratado, consagradas a la ciudadanía europea. Ahora bien, el ap. 2 del art. 8 del Tratado atribuye a la condición de ciudadano de la Unión los derechos y deberes previstos por el Tratado, entre ellos el de no sufrir discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación “*ratione materiae*” del Tratado, previsto en el art. 6. Puesto que el trato desigual controvertido se sitúa, consiguientemente, en el ámbito de aplicación del Tratado no puede considerarse justificado. En efecto, se trata de una discriminación ejercida directamente por razón de la nacionalidad de la demandante y, por otra parte, no se ha alegado ante el Tribunal de Justicia ningún elemento que justifique tal trato desigual” (STJCE Martínez Sala, C-85/96, de 12 de mayo de 1998, TJCE 1998, 92, p. I-2691).

⁵⁰⁷DOCE de 30 de abril de 2004, L 158/77.

*primeros meses de residencia*⁵⁰⁸, o un período mayor en el caso de los que buscan empleo, o ayudas de manutención por estudios, incluida la formación profesional, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente⁵⁰⁹; y, además, manifiesta que conviene evitar que los beneficiarios del derecho de residencia se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado Miembro de acogida durante un primer período de estancia (Considerandos 10 y 20 y artículo 12, en relación a la exigencia de recursos suficientes y de seguros de enfermedad)⁵¹⁰.

*Por ello, a lectura del derecho de libre circulación se refiere en la práctica a los trabajadores, aunque no sean actuales en sentido estricto*⁵¹¹, e implica igualmente

⁵⁰⁸Véase STJCE, asunto Trojani C 456/02, de 7 de septiembre de 2004, TJCE 2004, 224, Rec. p. 7573).

⁵⁰⁹Si bien las condiciones de residencia establecidas por un Estado Miembro no deben considerarse un acto constitutivo de derechos, sino un acto de reconocimiento por parte de un Estado Miembro de la situación individual de un nacional de otro Estado Miembro en relación con las disposiciones del Derecho comunitario (SSTJCE, Roux, C-363/89, de 5 de febrero de 1991, TJCE 1991, 125, Rec. p. 273; MRAX, C-459/99, de 25 de julio de 2002, TJCE 2002, 233, Rec. p. 6591).

⁵¹⁰Por lo que respecta a dichas limitaciones y condiciones, se desprende del artículo 1 de la Directiva 93/96 (LCEur 1993, 4136) que los Estados Miembros pueden exigir a los estudiantes nacionales de un Estado Miembro que deseen disfrutar del derecho a residir en su territorio, en primer lugar, que garanticen a la autoridad nacional correspondiente que disponen de recursos para evitar que, durante su período de residencia, se conviertan en una carga para la asistencia social del Estado Miembro de acogida (...). Esta interpretación no excluye, sin embargo, que el Estado Miembro de acogida considere que un estudiante que ha recurrido a la asistencia social ya no cumple los requisitos a los que se halla sujeto su derecho de residencia y adopte, respetando los límites impuestos a este respecto por el Derecho comunitario, medidas destinadas a poner fin a la autorización de residencia de dicho nacional o a no renovarla (...). No obstante, dichas medidas no pueden ser en ningún caso la consecuencia automática de que un estudiante nacional de otro Estado Miembro recurra a la asistencia social del Estado Miembro de acogida (...) pues admite una cierta solidaridad económica, en particular si las dificultades que atraviesa el beneficiario del derecho de residencia tienen carácter temporal” (véase Comisión/Italia, C-424/98, de 25 de mayo de 2000, TJCE 2000, 110, Rec. p. 4001).

⁵¹¹Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de “trabajador”, en el sentido del artículo 48 del Tratado y del Reglamento 1612/68, posee un alcance comunitario y no debe interpretarse de forma restrictiva. Debe considerarse como “trabajador” cualquier persona que ejerce actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. Según esta jurisprudencia, la característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución (véanse, en particular, las sentencias, Lawrie-Blum, 66/85, de 3 de julio de 1986, TJCE 1986, 108, Rec. p. 2121; Martínez Sala, C-85/96, de 12 de mayo de 1998, TJCE 1998, 92, p. I-2691; Meeusen, C-337/97, de 8 de junio de 1991, TJCE 1999, 118, Rec. p. 3289). No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si el concepto de “trabajador” a que se refiere la normativa nacional controvertida debe entenderse en este sentido. En ese sentido, los nacionales de los Estados Miembros *que ya han accedido al mercado laboral pueden solicitar, sobre la base del artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68, las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales*. La cuestión principal se refería a un subsidio para demandantes de empleo procedentes del extranjero condicionado a la residencia en Reino Unido, y en estos términos se entiende por “extranjero” cuando “[...] el solicitante que no resida habitualmente en el Reino Unido. A este respecto, es necesario recordar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia establece una distinción entre los nacionales de los Estados Miembros que todavía no han entablado una relación laboral en el Estado Miembro de acogida en el que buscan empleo y los que ya trabajan en éste o, habiendo trabajado pero no estando ya vinculados por un contrato laboral, son aun así considerados trabajadores” (véase la sentencia Lair, 39/86 de 21 de junio de 1988, TJCE

remover obstáculos que impidan al trabajador “desplazar” a su familia y a la integración de la misma en el país de acogida; es más, se incluye en ese derecho a los trabajadores “potenciales”, de forma que no se impide su libre desplazamiento en función del reconocimiento de esas posibles ventajas sociales. En estos términos, es difícil distinguir la Asistencia Social de la ventajas sociales, salvo en la relación género y especie, aunque en este caso la especie pertenecería al género por mero azar; es decir, por existir o no algún tipo de vínculo con la relación laboral, aunque no se encuentre una determinación cronológica, y en función del sujeto que las solicite. Por ello, los caracteres de una ventaja social son: que se puede configurar, o no, como derecho subjetivo; que no tiene objeto material definido, y que por su propia naturaleza no es exportable pero con posibilidad de excepciones⁵¹². Por tanto, son un tipo de ventajas que aunque no estén vinculada a un contrato en sentido estricto se atribuyen a los trabajadores nacionales y cuya aplicación al trabajador migrante puede favorecer su movilidad⁵¹³, y pueden consistir en ayudas de estudio, prestamos sin intereses a largo plazo, un mínimo vital garantizado, etc.

La cuestión es si existe algún elemento diferenciador entre las prestaciones incluidas en el Reglamento 1408/71 y estas “ventajas sociales”, pues ya se ha dicho que no pueden diferenciarse de la acepción de Asistencia Social. De ahí que, como se ha señalado también existe una identidad derivada del sujeto que las solicita. Estas “ventajas” solo serán prestaciones no cubiertas por el Reglamento 1408/71 para los trabajadores en el sentido del Reglamento 1618/68; es decir, una vez que se hayan excluido del primero por entenderse propias de ámbito de la Asistencia Social. Por el contrario, si se trata del campo de aplicación del Reglamento 1408/71, y no pueden invocar el Reglamento 1612/68, la prestación preferentemente será calificada por el TJCEE como “no contributiva” y sólo en última instancia como de Asistencia Social, con el reducido espacio que se ha dejado a esta acepción en el ámbito comunitario⁵¹⁴. Ahora bien, este tipo de intervención del TJCE carece de base conceptual alguna, por

1988, 170, Rec. p 316). En efecto, mientras que los nacionales de los Estados Miembros que se desplazan para buscar un empleo sólo se benefician del principio de igualdad de trato para el acceso a éste, los que ya han accedido al mercado laboral pueden solicitar, sobre la base del artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68 ventajas sociales, pero una persona que se encuentre en la situación del demandante del procedimiento principal no es un trabajador en el sentido del título II de la primera parte del Reglamento nº 1612/68, (STJCE, asunto C-138/02, de 23 marzo 2004, TJCE 2004, 73).

⁵¹²Fundamentalmente si están claramente relacionadas con el empleo, (STJCE, asunto Meints C-57/96, de 27 de noviembre de 1997, Rec. p. 6689).

⁵¹³SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. “La aplicación ...cit., p. 211, reproduciendo a Manzini.

⁵¹⁴SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. “La aplicación ...cit., p. 221.

lo que aparentemente no permite “congelar” la identificación de una determinada prestación como perteneciente a una u otra categoría⁵¹⁵, de forma que utiliza conceptos permanentemente elásticos, que completa con juicios de valor sociales, y en este sentido, el TJCE ha ido “burlando” los intereses económicos de los Estado haciendo uso de los resiquios propios de estas acepciones difusas⁵¹⁶.

Más difícil resulta diferenciar los otros conceptos apuntados. De los apartados del artículo 4 se concluye la existencia de una diferencia: hay prestaciones sociales incluidas y otras excluidas. Las primeras son las que pertenecen al ámbito de la Seguridad Social, sean generales o especiales (apartados 1 y 2 del Reglamento 1408/71) y, en cambio, se excluyen las prestaciones asistenciales (apartado 4). Del texto del artículo no se puede concluir nada más, y este vacío ha debido ser colmado por la actividad del TJCEE que, en definitiva ha ofrecido, con mayor o menor fortuna,

⁵¹⁵La normativa de la República helénica establece para la protección de las familias numerosas, diversas ventajas a las que dicho reconocimiento da derecho. Estas ventajas se conceden en forma de desgravación o exención de cargas, de concesión de ayudas, o bien igualmente en forma de un trato preferencial en ámbitos como la enseñanza, la salud, la vivienda, la justicia, el acceso a empleos públicos y los transportes pero para ellos exige a las familias numerosas que tengan su *residencia habitual en Grecia* y están sujeta a *requisitos relacionados con la nacionalidad o con el origen griego* de los miembros de la familia. Según la Comisión, todas las ventajas previstas por la normativa helénica controvertida, constituyen ventajas sociales, en el sentido del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento 1612/68. “En lo que atañe al concepto de ventajas sociales, resulta de jurisprudencia reiterada, que éste debe entenderse en el sentido de que comprende todas las ventajas que, vinculadas o no a un contrato de trabajo, se reconocen generalmente a los trabajadores nacionales por razón, principalmente, de su condición objetiva de trabajadores o por el mero hecho de su residencia habitual en territorio nacional y cuya extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados Miembros permite, por tanto, facilitar su movilidad en el interior de la Comunidad”. Para el TJCE entre las prestaciones debatidas las de asistencia médica *constituyen igualmente prestaciones de Seguridad Social*, puesto que están comprendidas en la categoría de prestaciones de enfermedad mencionada en la letra a) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento núm. 1408/71. *Lo mismo sucede con las prestaciones económicas previstas que deberán considerarse prestaciones familiares en el sentido de la letra h) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento núm. 1408/71* (STJCE, asunto Patakia C-185/96, de 29 octubre 1998, TJCE 1998, 261).

⁵¹⁶En Alemania, la prestación de crianza es una prestación no contributiva que se inscribe en un conjunto de medidas de política familiar y se concede a cualquier persona que: 1) tenga su domicilio o su residencia habitual en el ámbito de aplicación territorial de esta Ley, 2) tenga en su familia un hijo a cargo, 3) se ocupe del cuidado y de la educación de este hijo y 4) no ejerza actividad ni profesión en jornada completa puede solicitar una prestación por crianza. Esta prestación se concede automáticamente a quienes cumplen determinados requisitos objetivos al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, y que está destinada a compensar las cargas familiares, y debe asimilarse a una prestación familiar en el sentido de la letra h) del ap. 1 del art. 4 del Reglamento 1408/71 (Sentencia Hoecks, 249/83, de 27 de marzo de 1985, Rec. p. 973). La prestación de crianza controvertida es una ventaja reconocida, entre otros, a los trabajadores que ejercen una actividad profesional a tiempo parcial; e igualmente constituye una ventaja social en el sentido del ap. 2 del art. 7 del Reglamento 1612/68. Debe añadirse que, dado que el Reglamento 1612/68 tiene alcance general en cuanto a la libre circulación de los trabajadores, el ap. 2 del artículo 7 de dicho Reglamento puede aplicarse a las ventajas sociales que estén asimismo comprendidas en el ámbito de aplicación específico del Reglamento núm. 1408/71 (Sentencia C-111/91, de 10 de marzo de 1993 TJCE 1993, 26, Rec. p. 817).

*las características que permiten identificar cuándo una prestación es o no Asistencia Social*⁵¹⁷.

*Sin embargo, previamente a la definitiva exclusión del artículo 4.4 el Reglamento procede de manera más específica a incluir los regímenes de Seguridad Social generales y específicos, tanto contributivos como no contributivos (apartado 2). Respecto a los últimos han de cumplir dos requisitos según la jurisprudencia*⁵¹⁸:

*-Estar relacionados con alguna de las ramas de Seguridad Social exhaustivamente enumeradas en el apartado 1 del mismo artículo 4*⁵¹⁹.

*-Que al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, se concedan a sus beneficiarios en virtud de una situación legalmente definida*⁵²⁰.

*Así, dentro de esa área negativa es importante destacar que en una prestación de Seguridad Social nunca puede existir una valoración discrecional respecto a la situación jurídica a proteger. Pese a ello, esta singularidad no permite diferenciar a las especiales no contributivas del resto. En principio, parece que todas las prestaciones no contributivas cuentan con una nota propia y es “su finalidad complementaria a las prestaciones contributivas de cada una de las ramas clásicas de la acción protectora”, de manera que las prestaciones que no afectan a los riesgos enumerados no son en ningún caso, diga lo que diga el legislador interno, una prestación no contributiva*⁵²¹. Este sería el criterio de referencia de la prestación suplementaria: se relacionaría con algún riesgo del 4.1 y eso las diferencia de la Asistencia Social; si bien las

⁵¹⁷Entre las prestaciones que tras la adopción del Reglamento 1247/92, el Tribunal de Justicia ha calificado de prestaciones especiales de carácter no contributivo se encuentran un subsidio de subsistencia para minusválidos (STJCE Snares C-20/96, de 4 de noviembre de 1997, Rec. p. 6057); un complemento de ingresos (STJCE Swaddling C-90/97, de 25 de febrero de 1999, Rec. p. 1075); un suplemento compensatorio de la pensión de jubilación de un trabajador autónomo (SJCE, Skalka C-160/02, de 29 de abril de 2004, Rec. p. 5613). Entre las prestaciones que el Tribunal de Justicia *no ha admitido* como prestaciones especiales de carácter no contributivo se encuentran un subsidio de maternidad luxemburgués y una asignación de asistencia austriaca (SJCE Leclere y otros C-43/99, de 31 de mayo de 2001, Rec. p. 4265).

⁵¹⁸SUAREZ CORUJO, B. “La coordinación comunitaria de las prestaciones especiales no contributivas”, RMTAS, nº 47, 2003, p. 280.

⁵¹⁹En la sentencia Piscitello el TJCE rechaza que resulte relevante que se trate de una prestación adicional a otra de Seguridad Social (Asunto 139/82, de 10 de mayo de 1983, Rec. p. 1427).

⁵²⁰Véanse, en particular, las sentencias Hoeckx, 249/83, de 27 de marzo de 1985, Rec. p. 973; Hughes, C-78/91, de 16 de julio de 1992, TJCE 1992, 153, Rec. p. 4839; Snares 90/96, de 4 de noviembre de 1997, TJCE 1997, 224, Rec. p. 6057.

⁵²¹GONZALO GONZALEZ, B. “Las pensiones no contributivas en Europa”, DL, nº 27-28, 1989, p. 24 y ss.

calificadas como “especiales”, además, tendrían un ámbito de aplicación más estricto.

Por todo ello, hay que precisar que se diferencian:

-Las prestaciones contributivas, contempladas en el artículo 4.1 -que refiere las ramas clásicas de la Seguridad Social recogidas en el Convenio 102 de la OIT de 1952-⁵²².

-Las prestaciones no contributivas “comunitarias”, que a su vez son :

1.- Las que podrían denominarse “ordinarias o generales” que serían las que son contempladas en el artículo 4.2, que refiere la aplicación del Reglamento a las prestaciones del artículo 4.1⁵²³.

2.- Las “especiales” que se subdividen; según que sean supletorias o complementarias de alguna de las eventualidades de las ramas de Seguridad Social; o resulten vinculadas a la protección de minusválidos.

Estas se caracterizan, conforme al artículo 10 bis por:

-A la hora de su reconocimiento por el Estado competente se computarán todos los periodos de empleo, actividad profesional o residencia cumplidos en el territorio de cualquier otro Estado Miembro como si se tratase de periodos cumplidos en el primer Estado, como en cualquier prestación.

-Dichas prestaciones no serán exportables a otros Estados Miembros.

En estos términos, es difícil diferenciar a las prestaciones no contributivas generales y especiales. Así, respecto las calificadas como “especiales”, en realidad su expresión en el citado Reglamento, podría no estar añadiendo nada, pues las

⁵²²El TJCE ha insistido en la exhaustividad de la enumeración, del artículo 4.1, hasta el punto de que ha defendido que “toda rama de Seguridad Social que no esté mencionada en ella escapa a esta calificación, aun cuando confiera a los beneficiarios una posición legalmente definida que dé derecho a una prestación” (véase, STJCE, Otte C-25/95, de 11 de julio de 1996, , Rec. p. 3745). “El subsidio complementario francés destinado a aumentar ingresos se concede para aumentar las pensiones de Seguridad Social, y sólo si tiene relación con las prestaciones de vejez contempladas en el artículo 4, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 1408/7, se incluye en su ámbito de aplicación” (Recurso interpuesto el 14 de julio de 2006- Comisión de las Comunidades Europeas- República Federal de Alemania, asunto C-307/06).

⁵²³En la sentencia Hosse (AL, nº 13, 2006, p. 1613) se señala: “que el concepto de “prestación de seguridad social” en el sentido del artículo 4, apartado 1, de este Reglamento, y el concepto de “prestación especial de carácter no contributivo” en el sentido del artículo 4, apartados 2 bis y 2 ter, del mismo Reglamento se excluyen mutuamente. Así, una prestación que cumpla los requisitos de una “prestación de seguridad social” en el sentido del artículo 4, apartado 1, del Reglamento núm. 1408/71, no puede ser analizada como una “prestación especial de carácter no contributivo”.

prestaciones mencionadas en cada una de las letras del apartado 4.1 ya comprende, por la previsión expresa del apartado 2, a las prestaciones contributivas y a las no contributivas, y de acuerdo con la interpretación que ha de procurarse del término “prestaciones” conforme al artículo 1 letra t), incluye “todas las prestaciones, pensiones y rentas comprendidos todos los elementos a cargo de los fondos públicos, las mejoras por revalorización o subsidios suplementarios (...)”. Claro que en ese caso tampoco tendría mucho sentido la letra b, porque la protección de los minuválidos también estaría comprendida en la letra b del art. 4.1 referida a prestaciones de invalidez, contributivas o no contributivas en virtud del apartado 2, y volvería a ser el eje central del precepto la firme exclusión del apartado 4.

De ser todo ello cierto, la modificación no habría servido para nada, a salvo de actuar a modo de precisión. De ahí que si se confirma esta lectura se olvida la intención de ampliación material que supuso la introducción del artículo 4.2 bis. Hay, pues, que insistir en que hay prestaciones “especiales” que podían pertenecer simultáneamente a la Seguridad Social y a la Asistencia Social, siendo que la calificación resulta decisiva a la hora de aplicar o no esta normativa de coordinación. Es decir, si se introduce un progreso de carácter material, aparece la necesidad de interpretar esta previsión conforme a la plenitud del sistema de coordinación de la Seguridad Social, persiguiendo obtener un resultado favorable en atención a la función del precepto en relación con sus propios efectos.

Este precepto debe interpretarse sin dejar de lado en ningún momento la manifestación literal expresa con la comienza el citado apartado 2.bis “el reglamento se aplicará a las prestaciones especiales no contributivas sujetas a una legislación o a un régimen distintos de los mencionados en el apartado 1”⁵²⁴. De manera que todo lo que supone prestaciones de Seguridad Social así ordenadas por los Estados están sometidas a este régimen, y quedan comprendidas por el primer apartado del precepto, y el art. 4.2 bis ha de referirse a algo distinto. Pero ¿distinto de qué?⁵²⁵; es decir ha de ser diferente a los regímenes del apartado 1 y por tanto no pertenecer a la Seguridad Social en sentido estricto; pero tampoco pertenecer a la Asistencia Social,

⁵²⁴El término legislación ha de entenderse en la forma definida en el propio Reglamento, luego comprende a todas las “disposiciones”, “y al conjunto de medidas nacionales aplicables” (Asunto Bozzone C 87/76, de 32 de marzo de 1977, Rec. p. 687).

⁵²⁵SÁNCHEZ-RODAS señala la posibilidad de que se refiera a las prestaciones que los Estados Miembros no notifican conforme al art 5 como no contributivas dentro del 4.1, pero opone varias razones para rechazar esta postura, “El régimen jurídico....cit., p. 128.

pues de ser así están excluidas. Nuevamente el argumento se vuelve circular, pues sigue sin ser posible identificar el tipo de protección al que se refiere si se atiende exclusivamente a su dicción literal. Realmente la especialidad podría derivar de pertenecer a ramas de Seguridad Social que protegen riesgos no comprendidos en el art. 4.1.

En definitiva, el examen del artículo 4.2 bis no permite esclarecer cuáles son los rasgos que caracterizan a las prestaciones especiales no contributivas. En otras palabras, resulta necesario dotar de significado a estas dos notas de especialidad y no contributividad, contenidas en la expresión. Luego lo que parece que esté haciendo el Reglamento es legitimar normativamente la postura del TJCEE y dar entrada a un proceso de causalización judicial propio del ámbito nacional, dentro de la tendencia de simbiosis que se produce entre las ordenaciones y situaciones de los Estados Miembros y del entorno comunitario, en el ámbito de Seguridad Social. Efectivamente, el TJCE es algo más que un tribunal, sus sentencias son vinculantes incluso más allá del caso controvertido y causan estado en todos los supuestos en que se presente la misma cuestión. Es un pilar instrumental del cambio, cuyos pronunciamientos en materia social han hecho de la Seguridad Social un derecho fundamental, e incluso ha llegado a anular artículos del Reglamento 1408/71 (STJCE, Asunto Pinna 41/84, de 15 de enero de 1986)⁵²⁶.

Pero antes de entrar a explicar cómo el TJCE ha interpretado las normas sobre coordinación de la Seguridad Social, y que impide dar una definición exacta de este tipo de prestaciones, todavía hay que analizar una cuestión más que inciden directamente en la identificación de las mismas. De la lectura del Reglamento 1408/71, son prestaciones que no reciben el mismo tratamiento que las demás prestaciones a efectos de exportabilidad: no son exportables al depender su concesión de la carencia o insuficiencia de rentas; en este caso habría que plantearse si, conocida su falta de identidad material, derivará la especialidad de su régimen jurídico comunitario específico.

3.4.- El artículo 10 del Reglamento 1408/71

Este precepto, en su primitiva redacción, cuando el artículo 4 sólo se refería a las prestaciones no contributivas generales, establecía que:

⁵²⁶OJEDA AVILES, A. “La calidad social europea desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, *RL*, nº 3, 1998, p. 10 y ss.

“Las prestaciones en metálico de invalidez, vejez y supervivencia, las rentas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, y los subsidios por defunción adquiridos en virtud de la legislación de uno o varios Estados Miembros, no podrán ser objeto de ninguna suspensión, modificación, supresión o confiscación por el mero hecho de que el beneficiario haya fijado su residencia en un Estado Miembro distinto de aquél en que radica la institución deudora”.

Al margen de no resultar aplicable a las prestaciones de enfermedad, maternidad, desempleo y prestaciones familiares, para las que el Título III establecía reglas especiales, este precepto tenía la ventaja de consagrar el principio de supresión de la cláusula de residencia, favoreciendo la libre circulación de los trabajadores al garantizar sus derechos de Seguridad Social. Además, el apartado 2, para garantizar el cómputo de los períodos de seguro cubiertos en distintos Estados Miembros, prevía la inaplicabilidad de disposiciones internas que estableciesen el reembolso de las cotizaciones cuando el interesado hubiese dejado de estar sometido a un seguro obligatorio, en tanto que el interesado continuase sujeto al seguro obligatorio en virtud de la legislación de otro Estado Miembro.

Toda esta es la ordenación es el régimen “general” al que se sometían, y se someten, las prestaciones no contributivas “generales”⁵²⁷. Sin embargo, el Reglamento 1247/92 (a la vez que los 1248/92 y 1249/92), introduce un apartado 10.bis, que contiene una regla especial para las prestaciones no contributivas “especiales”.

“No obstante lo dispuesto en el artículo 10 y en el Título III, las personas a las que se les aplica el presente Reglamento gozarán de las prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo mencionadas en el apartado 2.bis del artículo 4

⁵²⁷Repárese en el artículo 95 ter, de la nueva versión codificada (DOCE L 244, de 19 de septiembre de 1994), que regula disposiciones transitorias para la aplicación del Reglamento 1247/92, y establece la fecha de 1 de junio de 1992, como el momento para: liquidar derechos sobre prestaciones especiales no contributivas, no liquidados anteriormente, y que se hayan suspendido o no se hayan liquidado por razón de la nacionalidad –puesto que surgen al amparo de esa norma– (apartado 4); la aplicación del Reglamento no puede tener como consecuencia la denegación de una solicitud de prestación especial de carácter no contributivo, concedida como complemento de una pensión, presentado por un interesado que reuniese los requisitos antes del 1 de junio de 1992, aun en el caso de que resida en el territorio de un Estado Miembro que no sea el Estado competente, siempre que se solicite en un plazo de 5 años desde el 1 de junio de 1992 (apartado 9); las prestaciones especiales no contributivas concedidas como complemento a una pensión que no se hayan liquidado o se hayan suspendido por residir el interesado en un Estado Miembro distinto al Estado competente, se liquidarán o reanudarán a petición del interesado a partir del 1 de junio de 1992, aun con efectos diversos (apartado 10); y establece la regla de antiacumulación (apartado 11); y la intervención de la Comisión Administrativa de Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes (apartado 12). Este precepto desaparece en el Reglamento 883/04, puesto que es el artículo 87 el que establece el Derecho transitorio en función de las previsiones contenidas en dicho Reglamento.

exclusivamente en el territorio del Estado Miembros en el que residan y con arreglo a la legislación de dicho Estado, siempre que estas prestaciones se mencionen en el Anexo II bis. Las prestaciones serán satisfechas por la institución del lugar de residencia y a su cargo”.

Después este precepto establecía:

“2. La institución de un Estado Miembro cuya legislación supedite el derecho a las prestaciones contempladas en el apartado 1 al cumplimiento de períodos de empleo, de actividad profesional por cuenta propia o de residencia tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de empleo, de actividad profesional por cuenta propia o de residencia cumplidos en el territorio de cualquier otro Estado Miembro como si se tratase de períodos cumplidos en el territorio del primer Estado Miembro”⁵²⁸.

Respecto a este peculiar régimen jurídico, hay que señalar que se reserva para las prestaciones no contributivas especiales, pues las “ordinarias” atienden a la necesidad de utilizar toda la casuística de disposiciones en materia de totalización, que recogen la aplicación de este principio conforme a conocidas reglas. En concreto, las de los artículos 46, 46 bis, 46 ter y 46 quáter, de los que se extrae la regla de que no será preceptivo acudir a la totalización cuando la aplicación de la legislación nacional resulte más favorable para el beneficiario; e igualmente puede renunciar el Estado Miembro a la totalización y al prorrateo, cuando el resultado arroje una cifra igual o inferior a la que resulte de aplicar solo la legislación nacional. De manera que las pensiones “no contributivas ordinarias”, están sometidas al régimen general, luego no se aplica el artículo 10.bis⁵²⁹, y el examen detallado de ese régimen sería un propósito inalcanzable para estas páginas.

No obstante, respecto a las “especiales” prima respecto a estas reglas lo establecido en el mencionado precepto, que otorga preferencia de legislación del

⁵²⁸Los apartados 3 y 4 establecían: “3. Cuando la legislación de un Estado Miembro supedite el derecho a una prestación de las contempladas en el apartado 1, concedida a título complementario, al beneficio de una prestación de las contempladas en una de las letras a) a h) del apartado 1 del artículo 4, si no se tiene derecho a ninguna prestación de tal género con arreglo a dicha legislación, toda prestación correspondiente concedida con arreglo a la legislación de otro Estado Miembro será considerada, a efectos de la concesión de la prestación complementaria, como prestación concedida con arreglo a la legislación del primer Estado Miembro; 4. Cuando la legislación de un Estado Miembro supedite la concesión de prestaciones de las contempladas en el apartado 1, destinadas a los inválidos o a los minusválidos, a la condición de que la invalidez o la minusvalía se hubiere constatado por vez primera en el territorio de dicho Estado Miembro, se considerará cumplida esta condición cuando la constatación haya sido realizada por vez primera en el territorio de otro Estado Miembro”.

⁵²⁹SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. “La aplicación...cit., p. 264 y ss.

Estado de residencia, limitando considerablemente la igualdad de trato por razones más de carácter financiero que jurídico. Es más, una cuestión económica produce la quiebra de un principio esencial de la coordinación de Seguridad Social e incide en los derechos reconocidos en el Tratado.

Lo primero que hay que señalar es que se ha apuntado que en relación a las “ventajas sociales” excepcionalmente la residencia no va a ser exigible, luego parece que aunque el ámbito subjetivo sea más reducido, cuentan con una ventaja que no tiene las pensiones especiales no contributivas. Sin embargo, hay que destacar que “en general no se puede pretender exportar las ventajas sociales, y sólo estarán exceptuadas de ese requisito si están claramente relacionadas con el empleo –algo imposible para las prestaciones no contributivas especiales-; es más, en ningún momento se ha planteado que, en el futuro, cualquier prestación de asistencia social deba abonarse más allá de las fronteras en virtud del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento nº 1612/68”⁵³⁰. De manera que, pueden beneficiarse de un tratamiento más benévolo en algunas ocasiones que las prestaciones no contributivas “especiales”.

En todo caso la exigencia de residencia no es una previsión nueva, pues como cláusula de sustracción tradicionalmente ha afectado a todas las prestaciones no contributivas en el ámbito de la OIT, por ser financiadas exclusivamente con fondos públicos, de manera que se diferenciaba entre las prestaciones de los regímenes de los seguros sociales, que eran consecuencia de un derecho personal influido por la naturaleza cuasi contractual del vínculo establecido entre las partes según el modelo de seguro privado; y las prestaciones otorgadas con cargo a los fondos públicos, condicionadas a la existencia de recurso; concedidas bien a título principal, o como complemento para la mejora o revalorización, según una técnica similar a la de la asistencia⁵³¹. De modo que el criterio de la forma de financiación, cuando menos, justificaba la sustracción a la libertad de circulación y de residencia⁵³².

⁵³⁰ STJCE, asunto Meints C-57/96, de 27 de noviembre de 1997, Rec. p. 6689.

⁵³¹ PERRIN, G. “La acción de la Organización Internacional del Trabajo a favor de la Coordinación y de la Armonización de las legislaciones de la Seguridad Social”, AA. VV. *Armonización de la Seguridad Social en la C.E.E.*, (selección LUIS ENRIQUE DE LA VILLA), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1975, p. 43.

⁵³² Para OJEDA AVILES, respecto al reconocimiento de una renta mínima sujeta al deber de residencia, aunque se incluya en el Anexo II bis, colisiona con el derecho de exportación de prestaciones que consagra el art. 51 del Tratado, que es básico en la coordinación de los sistemas aseguratorios; “El sistema común...cit., p. 71.

La cuestión es que si se examina el artículo 10.bis, sólo del primer párrafo ya se infiere un régimen especial que puede ayudar a identificar a qué tipo de prestaciones se refiere; y, que aunque no se concluya a primera vista, contiene más reglas que la excepción a la exportabilidad de las prestaciones de Seguridad Social. Así:

1.- Son prestaciones no exportables, como se ha dicho

2.-Y por la misma razón no se les puede aplicar el principio del prorrateo, porque como manifiesta claramente “las prestaciones serán satisfechas con arreglo a la legislación de dicho Estado (...). Las prestaciones serán satisfechas por la institución del lugar de residencia y a su cargo”. Prima, por tanto, la legislación del Estado de residencia, y es la institución del Estado Miembro de residencia la competente respecto al abono íntegro de la prestación y en la cuantía que tenga estipulada por la legislación interna, por lo que los otros Estados Miembros no habrán de abonar cantidad alguna.

3.-Para que se produzca este efecto han de estar incluidas en el Anexo II.bis⁵³³

Si, además, se atiende a la previsión del apartado 2, se concluye un carácter más:

⁵³³“En relación con el Anexo II bis, debe interpretarse en el sentido de que el subsidio de subsistencia se halla comprendido dentro de su ámbito de aplicación y, por lo tanto, constituye una prestación especial de carácter no contributivo a efectos del apartado 2 bis del artículo 4 del mismo Reglamento, de forma que la situación de una persona que, con posterioridad al 1 de junio de 1992, fecha de entrada en vigor del Reglamento 1247/92, cumple los requisitos de concesión de esta prestación y se rige exclusivamente por el sistema de coordinación establecido por el citado artículo 10 bis. Procede recordar que, con arreglo al artículo 10 bis del Reglamento 1408/71, en la redacción que le dio el Reglamento 1247/92 las personas gozarán de las prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo *siempre que estas prestaciones se mencionen en el Anexo II bis*. Esto es lo que ocurre con el subsidio de ayuda para minusválidos, el cual se menciona en la letra d) de la Sección L (Reino Unido, LCEur 1986\5537), del referido Anexo. La circunstancia de que el Reino Unido no haya hecho ninguna declaración particular con arreglo al artículo 5 del Reglamento 1408/71 en la medida en que dispone que los Estados Miembros mencionarán las prestaciones especiales de carácter no contributivo consideradas en el apartado 2 bis del artículo 4, no impide que se califique el subsidio de ayuda de prestación especial de carácter no contributivo a efectos de esta última disposición (STJCE, asunto Snares C 90/96, TJCE 1997, 224, de 4 de noviembre, Rec. p. 6057). Efectivamente, *la circunstancia de que una normativa no haya sido mencionada en la declaración hecha por un Estado Miembro no es determinante a este respecto, de forma que no puede admitirse, en sí misma, como prueba de que la citada normativa no se halla comprendida dentro del ámbito de aplicación de la disposición en cuestión. La calificación de esta ayuda como prestación de invalidez se da a efectos de la aplicación del artículo 10 del Reglamento núm.1408/71 (LCEur 1983\411 1), sin excluir, no obstante, que el artículo 10 bis de este Reglamento pueda aplicarse, en su caso, a la misma prestación*. El subsidio de ayuda está incluido, *dependiendo del momento de aparición de la minusvalía*, en el ámbito de aplicación del régimen establecido por el artículo 10 o del establecido en el artículo 10 bis del Reglamento 1408/71. Por lo que se refiere a la citada declaración del Reino Unido, efectuada con arreglo al artículo 5 del Reglamento 1408/71, debe señalarse *que la circunstancia de que no haya sido adaptada con ocasión de la entrada en vigor del Reglamento 1247/92, no permite poner en entredicho la interpretación de las disposiciones de este Reglamento, conforme a la cual a una persona como la señora Partridge, cuya minusvalía, que ha dado origen al pago de la ayuda, se constató tras la entrada en vigor del Reglamento 1247/92, se le aplican exclusivamente las disposiciones de este último Reglamento (STJCE asunto Vera A. Partridge y Adjudication Officer, C-297/96, de 11 junio 1998, TJCE 1998, 134).*

4.-Sí que se benefician del principio de totalización de los períodos previos de residencia en otros Estados⁵³⁴.

Pero conjuntamente con la especialidad del artículo 10.bis se regula la previsión de artículo 4.2.ter:

“El presente Reglamento no se aplicará a las disposiciones de la legislación de un Estado Miembro en los 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 sus territorio”.

Por todo ello, la simple singularidad de la ordenación de este tipo de prestaciones puede ser la razón de ese calificativo de “especiales”. Porque, una prestación que en su acepción sea “no contributiva especial”, -expresión que sólo tiene efectos en el Derecho comunitario, ya que respecto a los ordenamientos internos puede no existir como tal-, pese a ello, si reúne los requisitos para resultar incluida en el Sección III del Anexo II se excluye del ámbito de aplicación del Reglamento, si bien esta posibilidad sólo se ha utilizado para determinadas prestaciones alemanas y austriacas, luego todas las demás quedan automáticamente sometidas a la coordinación comunitaria.

En definitiva, estas prestaciones especiales, pueden ser excluidas del ámbito de aplicación de esa norma por la vía del 4.2.ter, siempre que afecten a una parte del territorio; o bien, aun comprendidas en el ámbito del Reglamento, serán plenamente exportables si no se incluyen en el Anexo II bis⁵³⁵, y por tanto pueden tener un régimen

⁵³⁴Conforme al art. 95 ter: 11 “cuando el beneficiario pudiera acumular diferentes prestaciones no contributivas especiales por causar más de un derecho, solo se puede acumular dichas prestaciones hasta el importe de la prestación especial más elevada que le correspondería por aplicación de las legislaciones en cuestión”.

⁵³⁵Véase la interpretación de estos preceptos hecha por la COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social*, COM 1998, 779 final, de 4 de enero de 1999, p. 10. La STJCE, asunto Jauch, C 215/99, de 8 de marzo de 2001, Rec. p. 1901, examina la consideración que merece una prestación, la denominada asignación de asistencia (*Pflegegeld*), cuyo objeto estriba en garantizar ayuda y asistencia a las personas que la necesitan, y para cuya percepción es condición imprescindible residir habitualmente en Austria. El Anexo II bis del Reglamento incluye en el apartado correspondiente a Austria las prestaciones aquí controvertidas (apartado K, b) de dicho Anexo II bis). El TJCE se plantea si basta la declaración del Estado concernido para poder, y deber, considerar que una prestación es especial no contributiva, aplicando en consecuencia el correspondiente régimen jurídico y, en concreto, la cláusula de residencia; o, si se precisa, además, la concurrencia de los rasgos distintivos de tal tipo de prestaciones de acuerdo con el art. 4.2 bis. La segunda opción fue la defendida por el TJCE en el asunto *Leclere* [STJCE asunto C-43/99, 31 de mayo de 2001, Rec. p. 4265], aunque también había defendido la postura contraria (STJCE Snares, asunto 20/96, de 4 de noviembre de 1997, Rec. p. 6057). En el supuesto examinado el Tribunal aprecia que la declaración por parte de un Estado del carácter especial no contributivo de una prestación no es

más parecido al de las generales, de ahí que la especialidad de su regulación no puede ser el dato que las convierta en “especiales”, pues hay algunas que pese a ser tales comparten regulación con las generales.

El problema fundamental surge de que en este régimen singular se prevén excepciones al principio de exportabilidad; posibilidad que ha sido reiteradamente sostenida por el TJCE, el cual defiende la facultad de condicionar la concesión de una prestación a un requisito de residencia cuando aquélla se encuentre estrechamente ligada al entorno económico y social particular⁵³⁶. De manera que de esta excepción resulta que la técnica de coordinación aparece supeditada a las implicaciones económicas de todos los sistemas de Seguridad Social, y por ello es propia de este ámbito material; y en base a juicios de tal índole, se ponen trabas a las realización de los principios recogidos en los artículo 48 a 51 del Tratado.

La unión entre una colectividad y una prestación se fundamenta en que hay un sustento común de esa percepción. La idea de que la solidaridad nacional, identificada por la forma de financiación, pueda limitar estas prestaciones y que sólo se hayan de abonar a quienes mantienen vínculos con una comunidad rompe con la intención de creación teleológica de un mercado único, y con la realización del intercambio de todos los ordenes sociales y comerciales sin trabas entre los Estados Miembros⁵³⁷. Romper con el principio de exportabilidad de las prestaciones no contributivas puede, además de mermar el ejercicio de derechos y libertades fundamentales, limitar la búsqueda de empleo más allá de las fronteras nacionales⁵³⁸.

Ciertamente, se puede defender la idea de que a estas posturas jurídicas subyacen planteamientos ideológicos, que buscan la defensa plena de la libertad de circulación entendida como derecho, de manera que se favorezca la creación de un contexto social en la Unión Europea. El problema reside en si es posible ordenar la libertad de circulación exclusivamente desde una perspectiva político-social, aun comunitaria, dejando de lado los parámetros económicos nacionales en los que se sustentan inevitablemente los sistemas de Seguridad Social, y desconociendo la

más que uno de los requisitos de necesarios del cumplimiento para el disfrute de su régimen jurídico, que no impide por tanto al TJCE determinar su invalidez si se constata la ausencia del resto de exigencias.

⁵³⁶TJCE, asunto Bozzone C- 87/7631, de marzo de 1977, Rec. p. 687.

⁵³⁷Se recoge la postura de SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. “El régimen jurídico....cit., p. 139.

⁵³⁸El TJCE ha interpretado la libertad de circulación de forma muy generosa en concreto en el caso Asti , asunto 213/90, de 8 de mayo de 91, Rec. p. 3507.

realidad socio-cultural de los sujetos beneficiarios de estas prestaciones y el sentimiento social que existe respecto a la percepción de las mismas por ciudadanos no integrados en una comunidad, pues las fronteras sí permanecen en el sentimiento de la colectividad de un Estado Miembro. La primera cuestión se resume en unos breves interrogantes que no necesitan respuesta: ¿cuántos de los sujetos beneficiarios de estas prestaciones aspiran a “circular libremente por los Estados Miembros”?; ¿pueden ni siquiera plantearse la opción de encontrar trabajo libremente en el territorio de la Unión Europea?. En todo caso podría plantearse la posibilidad de una “exportabilidad limitada” por un período de 3 meses, que es el que el artículo 6 de la Directiva 2004/38 establece como “periodo libre de residencia” sin exigir otros requisitos y condiciones que estar en posesión del D.N.I o pasaporte. Para estancias superiores, ex artículo 7, se precisa ser trabajador por cuenta ajena o propia –lo que difícilmente se puede compatibilizar con la percepción de las prestaciones debatidas-; o, al margen de algunas peculiaridades referidas a los estudios “disponer, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado Miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado”; ese nivel de ingresos dudosamente puede alcanzarse con las cuantías establecidas en la mayor parte de los casos para las prestaciones especiales no contributivas. La excepción resultaría de que fuesen los familiares los que ejercitasen el derecho a la libre circulación y residencia; y, a la vez, fuesen los perceptores de prestaciones no contributivas especiales como titulares de un derecho derivado⁵³⁹.

Resulta ser cierto, que generalmente se acepta que las prestaciones “mixtas” se fundamentan en la solidaridad de una comunidad determinada, aunque sólo sea porque, como se verá, se ha consolidado el requisito de la forma “pública” de financiación, aunque de ese estrecho vínculo con la comunidad nacional en las primeras versiones del artículo 4.2 bis nada se diga.

Pretender trasladar el sentimiento de comunidad nacional a la colectividad “comunitaria” de manera que se conviertan en “perfectamente exportables” es una aspiración prematura. Por ello, habida cuenta que son prestaciones similares a las de Asistencia Social sólo se perciben cuando el individuo está integrado en una sociedad

⁵³⁹Los familiares de un trabajador sólo pueden percibir conforme al Reglamento 1408/71 percepciones previstas como derechos derivados (por todas STJCE, asunto Zaoui 147/87, de 17 de diciembre de 1987, Rec. p. 5525).

nacional determinada; luego al menos temporalmente, quedan circunscritas a un territorio de un Estado Miembro. Esa lógica se concluye del hecho de que la simple inserción de referencias jurídicas en un texto –aunque sea en el Tratado fundacional– no va a generar automáticamente entre los ciudadanos un sentimiento de identidad europeo. El estatuto cívico que se perfila normativamente carece de una dimensión sociológica sólida, pues no existe esa conciencia común de compromiso compartido con una sociedad democrática.

Es decir, ya que se financian con fondos públicos, que a su vez son procurados por los ciudadanos de una colectividad, parece lógico que se exija residir en el territorio de donde salen los fondos. Cuando deja de existir esta vinculación a un Estado Miembro es porque ha dejado de ser importante el origen territorial de esos fondos y se atiende a una lucha contra la pobreza desde el punto de vista del ámbito comunitario. Sin embargo, los ciudadanos europeos no perciben que pertenecen a un proyecto político común y supranacional, en el que se originan problemas que reclaman solución de igual ámbito geográfico. La complejidad de los textos, de los mecanismos de decisión y el carácter gubernamental del proyecto comunitario que no ha contado con la participación activa de la población se vislumbra como algo artificial para las gentes de la Unión⁵⁴⁰. Falta una conciencia común de ciudadanía de la Unión, ya que no es expresión de un pueblo europeo, sino que ha sido, más bien, una coartada política que justifica reformas constitutivas con déficit democrático⁵⁴¹. Tal vez ayude a consolidar estos principios el “soft-law” o derecho suave, pues genera una red de información común, pero todavía falta mucho camino por recorrer. De esta manera no se puede imponer la idea de que este tipo de prestaciones se van a compartir con la sociedad europea en beneficio de los sujetos perceptores, cuando socialmente no se comparte este sentimiento

Ahora bien, aunque sociológicamente exista una lógica para este razonamiento, los motivos que originan la excepción a la exportabilidad de las prestaciones son de índole económica; los Estados no consienten en financiar “situaciones extremas” que no se desarrollen en su territorio, de manera que nacionalizan la “técnica reparadora”.

Sin embargo, la mención a esa íntima relación con la sociedad “pagadora” no aparece expresamente justificada hasta la modificación introducida por el Reglamento

⁵⁴⁰PEREZ DE LAS HERAS, B. “La ciudadanía...cit., p. 50.

⁵⁴¹PEREZ DE LAS HERAS, B. “La ciudadanía...cit., p. 55.

647/05, lo que jurídicamente sí que crea problemas importantes. Desde sus orígenes la Comunidad Económica Europea ha reconocido la libertad de circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad traducida en la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad, y comprendía una serie de derechos (art. 48 TCEE) aunque vinculados a los trabajadores “actuales”; quienes no podía ver obstaculizados sus beneficios de Seguridad Social por el ejercicio de la libertad de circulación. Pues bien, jurídicamente podría defenderse que se ordenaba una flagrante discriminación por razón de nacionalidad; y del tipo “indirecto”, pues aunque el criterio es aparentemente neutro, al exigir residencia, se trata de manera menos favorable a un colectivo respecto a otro en situación comparable. Tratándose de una discriminación, la única manera de validar su expresión es si existe una razón objetiva y suficientemente justificada, entendiendo que esa relación social con la comunidad “deudora” de la prestación es una criterio que fundamenta la finalidad, y el resultado es evidente: son prestaciones cuya percepción exige residir, por la necesidad de ese vínculo imprescindible, contrariamente a todos los principios de exportación de la protección propia de la Seguridad Social⁵⁴²; si bien en la práctica esa discriminación no se produce por cuanto esa residencia se exige igualmente a los ciudadanos nacionales; no obstante, aun cuando opera como un requisito proyectado hacia el futuro, resulta más fácil “mantenerla” para los nacionales del Estado pagador.

⁵⁴² Hay que examinar si el principio de igualdad de trato se opone a una normativa nacional que supedita a un requisito de residencia el derecho a percibir un subsidio para demandantes de empleo. Con arreglo al artículo 6, párrafo primero, del Tratado cualquier discriminación por razón de la nacionalidad está prohibida en el ámbito de aplicación del Tratado, sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo. Los nacionales de un Estado Miembro que buscan empleo en otro Estado Miembro están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 48 del Tratado y, por tanto, gozan del derecho a la igualdad de trato previsto en el apartado 2 de esta disposición. La normativa de Reino Unido introduce una diferencia de trato según que la persona resida habitualmente su territorio, o no. Dado que los nacionales propios pueden cumplir este requisito con mayor facilidad, dicha normativa perjudica a los nacionales de los Estados Miembros que han hecho uso de su derecho a circular con objeto de buscar empleo en el territorio de otro Estado Miembro (SSTJCE, asunto O'Flynn, C-237/94, de 23 de mayo de 1996, TJCE 1996, 92, Rec. p. 2617; Comisión/Italia, C-388/01, de 16 de enero de 2003, TJCE 2003, 18, Rec. p. 721; Bickel y Franz, C-274/96, de 24 de noviembre de 1998, TJCE 1998, 290, Rec. p. 7637). El Tribunal de Justicia ya ha declarado que *resulta legítimo que el legislador nacional desee asegurarse de la existencia de un vínculo real entre el solicitante de subsidios que tengan carácter de ventajas sociales en el sentido del artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68 y el mercado geográfico laboral correspondiente*. Puede considerarse legítimo que un Estado Miembro no conceda un subsidio de este tipo hasta que haya quedado acreditada la existencia de un vínculo real entre el demandante de empleo y el mercado laboral de dicho Estado. Así pues, el Reino Unido puede exigir legítimamente que exista un vínculo entre las personas que soliciten la concesión de dicho subsidio y su mercado laboral. En cualquier caso, si se exige un período de residencia para que se cumpla dicho requisito, no debe ir más allá de lo necesario para que las autoridades nacionales puedan asegurarse de que el interesado busca realmente empleo en el mercado laboral del Estado Miembro de acogida (STJCE, asunto Sr. Collins C-138/02, de 23 marzo 2004, TJCE 2004\73).

El ciudadano comunitario tiene un derecho subjetivo a un trato equivalente en situaciones, de hecho o jurídicas, sustancialmente iguales, como es el caso de la coordinación de la Seguridad Social –no en otras cuestiones como el mantenimiento de la residencia, por ejemplo-; pero son posibles diferencias "razonables", que definen la desigualdad en términos de medidas arbitrarias y no objetivas como causa del trato desigual, y limitando la justificación del trato diferente a la categoría de la proporcionalidad. Semejante requisito de residencia sólo podría estar justificado si se basara en consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho; y ello tanto para justificar el trato dispar como para quebrar el derecho a circular libremente.

Pues bien, en estos términos, el artículo 4 del Reglamento conjuntamente con el 10.bis, ni siquiera se “toma la molestia” de justificar este trato dispar que vulnera las libertades fundamentales reconocidas en el Tratado, son prestaciones no exportables y ese es su régimen jurídico.

En todo caso conviene precisar los términos en los que puede resultar exigible el requisito de la residencia. Es evidente que su satisfacción exige que en el momento de solicitar la prestación el individuo resida en el Estado que la concede, y que ha de mantenerla una vez que se haya concedido la prestación. En cambio, ya se ha dicho, *este apartado no impide que pueda exigirse un periodo previo de residencia*, pero en tal caso: “se tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de residencia cumplidos en el territorio de cualquier otro Estado Miembro como si se tratase de períodos cumplidos en el territorio del primer Estado Miembro”. Ello supone que podría accederse a una prestación de este tipo sin satisfacer el periodo de residencia en ese país exigido por su legislación interna, siempre y cuando haya residido un tiempo equivalente en otro Estado Miembro, y resida en el momento de la solicitud en el país que le ha de conceder la prestación⁵⁴³.

Si la residencia exigible puede acreditarse en cualquier Estado Miembro y el requisito se limita a una residencia actual, la lógica de la solidaridad comunitaria en la que se fundamenta la excepción se limita a un “no traslado”, *de manera que no se justifica en la idea de integrar a personas pertenecientes en el pasado a una comunidad, y a cuya situación se ha de atender con prácticas nacionales de protección*,

⁵⁴³Véase CARRASCOSA BERMEJO, D. “La doctrina del Tribunal Supremo y la jurisprudencia comunitaria sobre el Reglamento 1408/1971”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 222, 2003, p. 106 y ss..

sino que el vínculo social es actual y con garantías de mantenimiento en el futuro; nada más.

Pese a todo, una razón fundamental se opone al carácter objetivo y proporcionado de esta argumentación, y se encuentra en las prestaciones no contributivas ordinarias sí son exportables, luego la territorialidad de la fuente de financiación no parece que sea fundamento suficiente.

Cabría aducir otro argumento, cual es velar por el sujeto beneficiario incapaz de juzgar idóneamente el nivel de renta preciso cuando “circula por otros Estados Miembros”, cuyo nivel de vida es superior y por ende inalcanzable para la cuantía de la prestación que recibe. Es decir, evita que la reparación de la pobreza “nacional” vuelva a convertirse en una situación de insuficiencia al ejercitar las libertades del Tratado. En tal caso se habría sometido al juicio de la bondad de la comunidad comunitaria, valga la redundancia, en un orden de intervención impropio de la simple adición de Estados Miembros en el contexto social, más que la real existencia de esa comunidad⁵⁴⁴. Ahora bien, se puede imaginar la situación contraria; en la que un perceptor de este tipo de ingresos al “circular libremente” resida en un Estado de nivel de vida inferior a la comunidad pagadora, y su garantía de ingresos mínimos se convierta en una holgada percepción en ese Estado, en comparación con las pensiones que reciben los sujetos nacionales. Incluso, aunque sólo de forma hipotética, podría

⁵⁴⁴En la STJCE, asunto Kersbergen-Lap, 154/05, de 6 de julio de 2006, Rec. p. 2487, se establece que una prestación concedida en virtud de la Ley sobre el seguro de incapacidad laboral para jóvenes discapacitados, de 24 de abril de 1997, que a diferencia del seguro de incapacidad laboral no se financia con cotizaciones empresariales, debe ser considerada una prestación especial de carácter no contributivo en el sentido del artículo 4, apartado 2 bis, del Reglamento 1408/71 y ello aunque no esté supeditada a ninguna condición respecto a los recursos propios, -aunque se reduzca en función de otras percepciones-. *Esta prestación está condicionada a la residencia en los Países Bajos, a salvo de que la extinción ocasione una situación de “injusticia mayor”; es decir, el traslado del joven se deba a razones imperativas y la suspensión del pago le perjudique de manera significativa* – por ejemplo la necesidad de seguir un tratamiento médico, de traslado de los padres, etc.-. La prestación está recogida en el Anexo II. Bis del Reglamento, tiene caracteres de Seguridad Social pues se concede de pleno derecho; y de Asistencia Social pues se destina a atenuar estado de necesidad, y, además, *está estrechamente vinculada a la situación socioeconómica del país de que se trate, por cuanto se adhiere al salario mínimo aplicable correspondiente al nivel de vida de los Países Bajos*. Su concesión se basa, además, en criterios objetivos definidos mediante ley. Sin embargo, el criterio determinante en esta materia reside en el modo de financiación real de la prestación de que se trate, que en este caso procede de fondos del erario público. De modo que se identifica con una prestación no contributiva especial a la que sólo debe aplicarse la regla de coordinación del artículo 10 bis del Reglamento nº 1408/71 y que dicha prestación no puede concederse a quienes residan fuera de los Países Bajos. El Tribunal de Justicia ya ha admitido en distintas sentencias que pueden concederse prestaciones estrechamente ligadas al entorno social, condicionadas a un requisito de residencia en el Estado de la institución competente (véanse, en este sentido, las sentencias , Lenoir, 313/86, de 27 de septiembre de 1988, TJCE 1989, 51, Rec. p. 5391; Snares, C-20/96, de 4 de noviembre de 1997, TJCE 1997, 224 , Rec. p. 6057; y Leclere y Deaconescu, C-43/99, de 31 de mayo de 2001, TJCE 2001, 149 , Rec. p. 4265).

plantearse que todas las necesidades extremas “abonadas” por un Estado se producen fuera de su territorio, y viceversa, que las que se desarrollan en el mismo son pagadas por otros Estados. Todo ello carecería de importancia si la cohesión económica y social de la Unión Europea fuera real; incluso podría afirmarse que no se podrían producir esas diferencias entre los niveles de vida de los diferentes Estados.

De este modo, si bien en términos jurídicos las razones sociológicas no pueden contagiar al Derecho; sí que las causas económicas han tenido peso en todos los debates sobre la ordenación de la Seguridad Social confirmándose la tendencia a mercantilizar la protección, aunque no sea lo deseable, y esa es la razón fundamental de la excepción al principio de exportabilidad de las prestaciones. Es más, y al lado de lo ya señalado, el resultado igualmente es una discriminación por razones económicas⁵⁴⁵, contraria al potencial texto de la Constitución europea, en concreto a su artículo II –81, que reconoce el derecho a la no discriminación y en particular, entre otras razones, por origen social, e igualmente al artículo 21 de la carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza 9 de diciembre de 2000). Pero en tal caso el conflicto se produce entre intereses de los Estados Miembros y la situación individual del sujeto perjudicado, y mientras no se produzca un reforzamiento de los derechos de contenido social, se invocará los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que reservan las competencias de los Estados Miembros.

4.- LAS DIFERENCIAS ENTRE SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL

Ya se ha dicho que la esencia de las normas coordinadoras de Seguridad Social en el ámbito comunitario se encuentra en la diferencia entre las prestaciones incluidas y excluidas de las mismas. Pues bien, en el caso de las prestaciones no contributivas “especiales” comunitarias, al menos requieren una identificación positiva para diferenciarlas de la Asistencia Social; y para, en su caso, poder incluirlas en el Anexo.II.bis.

Para ello no se puede dejar de lado que el TJCE ha procurado una interpretación extensiva de la noción de Seguridad Social en oposición a la Asistencia

⁵⁴⁵SUAREZ CORUJO, B. “La coordinación comunitaria...cit., p. 282.

Social, excluida del Reglamento 1408/71⁵⁴⁶, de manera que puede concluirse que defendía la postura de que una prestación sería de Seguridad Social no contributiva comunitaria si reunía 3 requisitos:

1.- Que se reconociese al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales;

2.- Que se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida

3.- Y deberían referirse a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento 1408.

Frente a ella la Asistencia Social se configuraría como subsidiaria y sólo operaría en relación a prestaciones que requieren apreciar la situación personal y cuando existiese la insuficiencia de recursos.

Sin embargo, si no resulta una tarea fácil tratar de definir los criterios que identifican una prestación como no contributiva, por contraposición a las contributivas, muchos menos si se opone a la Asistencia Social. De ese modo, los criterios de financiación, de examen de recursos, etc. han sido progresivamente rechazados por la doctrina para definir una prestación como no contributiva⁵⁴⁷, hasta el punto de defender una identificación negativa, por lo que no son, en lugar de positiva por “lo que son”⁵⁴⁸, de manera que son tales “las que no dependen de una participación financiera directa de las personas protegidas, ni del cumplimiento de periodos previo de actividad, así como a los regímenes que conceden exclusivamente esas prestaciones”⁵⁴⁹. No obstante estas acepciones solo son presuntamente “negativas”, pues pueden formularse en positivo, al introducir el criterio de financiación como determinante, y admitir que pueden existir circunstancias particulares en función de los regímenes que se tengan en consideración.

⁵⁴⁶Véase GARCIA VALVERDE, M. D. “Prestaciones de Seguridad Social:...cit., p. 1930.

⁵⁴⁷Véase la exposición de GONZALEZ GONZALO, B. “Las pensiones...cot., p. 20 y ss. En síntesis, se hace un repaso de lo que no pueden considerarse más que indicios más o menos claros para la identificación de las prestaciones no contributivas: su forma de financiación, el vínculo existente entre el mecanismo de financiación y las prestaciones, una prueba de recursos personales, su configuración como verdaderos derechos subjetivos, diversos condicionamientos sobre nacionalidad o residencia, su inexportabilidad o su finalidad complementaria, como aspectos más destacados, p. 20 y ss.

⁵⁴⁸Por todos, GONZALEZ GONZALO, B. “Las pensiones...cit., p. 29.

⁵⁴⁹Véase Convenio nº 157 OIT.

El problema es que no se trata de buscar una acepción de las prestaciones no contributivas en general, sino de identificar a las prestaciones no contributivas comunitarias; las prestaciones especiales no contributivas –creadas exclusivamente en el marco comunitario–; y la exclusión de la Asistencia Social comunitaria.

Para ello, ya se ha dicho, hay que acudir a la labor del TJCE que ha completado estos conceptos indeterminados, y en cuyos pronunciamientos se han diferenciado dos momentos distintos. Primeramente, pasa a primer plano el reconocimiento de una posición jurídica del interesado para identificar una prestaciones como de Seguridad Social, de forma que cuando el legislador otorga a los beneficiarios una posición jurídica legalmente definida fuera de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, sería Seguridad Social⁵⁵⁰; y en cambio la Asistencia Social se configura como subsidiaria, y operaría en relación a prestaciones que pueden requerir la apreciación de la situación personal del interesado.

Esta postura hacía inconmensurable el número de prestaciones que podían quedar sometidas a la coordinación comunitaria, y, por ende, prácticamente desaparecía la noción comunitaria de Asistencia Social. Por ello el TJCE empieza atender a los elementos constitutivos de cada prestación, especialmente sus finalidades, y sus condiciones de concesión⁵⁵¹, criterios a los que luego adiciona el carácter suplementario o subsidiario en relación a las contingencias enumeradas en el art 4.1⁵⁵².

Pese a todo, el TJCE no mantiene una postura contundente respecto a los criterios por él mismo establecidos⁵⁵³. De hecho, más que examinar individualmente los pronunciamientos del TJCE sobre las diferencias entre Seguridad Social y Asistencia Social, habría que procurar obtener unos parámetros uniformes que se concluyan de sus pronunciamientos, toda vez que ha sido quien ha identificado, en definitiva, la

⁵⁵⁰Por todas, SSTJCE, asunto BIASON 24/74, de 9 de octubre de 1974, Rec. p. 999, Costa, 39/74, de 13 de noviembre de 1974, Rec. p. 1251.

⁵⁵¹Por todas, STJCE asunto PISCITELLO 139/82, de 5 de mayo de 1983, Rec. p. 1427.

⁵⁵²Asunto GUILLARD 9/78, de 6 de julio de 1978, Rec p 1661.

⁵⁵³Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una prestación especial en el sentido del artículo 4, apartado 2 bis, del Reglamento 1408/71 “depende de su finalidad. Debe reemplazar o completar una prestación de Seguridad Social y tener carácter de ayuda social justificada por razones económicas y sociales y establecida en una normativa que prevea criterios objetivos”. “Existe una prestación de carácter no contributivo cuando dicha prestación se financia exclusivamente mediante la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general. El criterio determinante en esta materia es el de la financiación real de la prestación”. El Tribunal de Justicia examina si dicha financiación queda directa o indirectamente garantizada mediante cotizaciones sociales o mediante fondos públicos (STJCE asunto , Skalka C-160/02, de 29 de abril de 2004. Rec. p. 5613).

pertenencia a uno u otro sistema de protección, y no siempre de forma coherente, sino que en muchas ocasiones atiende a un sistema de resolución extremadamente casuístico.

En este sentido se confirman una serie de principios: primero, que el TJCE ha confirmado una *vis attractiva* de la Seguridad Social, de forma “*atrae a las prestaciones de Asistencia Social*”⁵⁵⁴. Si una prestación posee características de Asistencia Social y de Seguridad Social, esta última absorbe dentro de su carácter a la primera. En segundo lugar, una prestación de Seguridad Social puede tener una “doble naturaleza” y constituirse como tal “en la medida en que sea aplicable a personas incluidas dentro del ámbito de aplicación de un sistema de Seguridad Social”⁵⁵⁵. Con esta posición establecida por vía jurisprudencial en diversos asuntos se acentúa la visión “restrictiva” contemplada para las prestaciones de Asistencia Social dentro del Derecho Comunitario en contraposición con la “expansiva” que se les da a las de Seguridad Social⁵⁵⁶.

En tercer lugar, *lo accesorio sigue a lo principal*, si se acepta la existencia de prestaciones que posean “*una doble finalidad*”⁵⁵⁷. Así, si el objetivo de una prestación es garantizar un mínimo de subsistencia a un colectivo de personas que no se encuentran dentro de la posible cobertura de ningún sistema de Seguridad Social, el carácter que se le otorga es asistencial. Pero, si esa misma prestación posee como objetivo asegurar un nivel de renta mínimo a un colectivo enmarcado dentro de un régimen de Seguridad Social, el carácter será entonces de Seguridad Social. Se considera en este caso que la prestación de Seguridad Social es complementada por la otra y por ende esta última está inmersa y anexa a la primera. Esta idea acompaña a la ya apuntada de que la calificación de una prestación como ventaja social, o no, dependerá del sujeto que la solicite.

⁵⁵⁴COLINA ROBLEDO, M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. y SALA FRANCO, T. “Derecho Social...*cit.*”, p. 202.

⁵⁵⁵Asunsto Frilli, 1/72, de 22 de junio de 1972, Rec. p. 457. El TJCE considera que la Seguridad Social atrae a las prestaciones de Asistencia Social, por lo que si ésta encuentra elementos de aquélla se califica como Seguridad Social. Una misma prestación puede tener doble naturaleza, siendo de Seguridad Social en la medida que es aplicable a personas incluidas en el ámbito de aplicación de un sistema de Seguridad Social –renta mínima garantizada a un ciudadano como mínimo respecto a una prestación de Seguridad Social–.

⁵⁵⁶Véase MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.; SEMPERE NAVARRO; A. “Derecho social...*cit.*”, p. 199; PERELLO GOMEZ, N. “Ámbito de aplicación material*cit.*”, p. 12.

⁵⁵⁷PÉREZ DEL RÍO, T. “El concepto de prestaciones de “asistencia social” establecido por la Corte de las Comunidades Europeas y la normativa española” en *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Sevilla, Junta de Andalucía, nº 7, 1986, p. 80.

En cuarto lugar hay que valorar la *apreciación subjetiva y discrecional para su concesión*. Cuando no es necesaria una apreciación discrecional de la situación de necesidad y cuando al margen de cualquier consideración sobre la situación individual del interesado se concede el derecho a obtener una prestación, ésta será de Seguridad Social. No excluye esto la posibilidad que una misma prestación en otras circunstancias pueda ser calificada como de Asistencia Social⁵⁵⁸, dependiendo del colectivo y de las exigencias previstas para el mismo.

En quinto lugar, *la forma de financiación no es un elemento determinante, pero sí excluyente*, por los mismos motivos que cuando se intenta diferenciar una prestación contributiva de una no contributiva. Evidentemente, las condiciones de concesión y de cálculo no deben depender de ninguna contribución del beneficiario, pues en ese caso estaríamos en el nivel contributivo, pero el origen de los fondos de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, no permite diferenciar las prestaciones de Asistencia Social de las de Seguridad Social no contributiva.

En definitiva, la Asistencia Social comunitaria, las prestaciones no contributivas comunitarias, etc. no son conceptos definidos, dependen de la valoración en el caso concreto.

5.- LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS ESPECIALES Y SU REGULACIÓN ACTUAL

Es evidente que se trata de prestaciones destinadas a cubrir situaciones de necesidad de las personas carentes de recursos y sin protección alguna o protección insuficiente en los regímenes contributivos, de ahí su proximidad con las prestaciones de Asistencia Social

En general, resulta difícil diferenciar una prestación no contributiva de una contributiva, y una no contributiva de una de Asistencia Social, más aún cuando se crea un concepto “artificial” propio del Derecho comunitario, con un marcado carácter teleológico, pero a la vez contradictorio; es decir, con la intención de ampliar el campo de aplicación del Reglamento 1408/71, la exclusión del artículo 4.4 no resulta tan

⁵⁵⁸PÉREZ DEL RÍO, T. “El concepto de prestaciones...cit., p. 81.

definitiva; pero, paralelamente, se pretende limitar la paulatina extensión del concepto de Seguridad Social no contributiva que había perfilado el TJCE, puesto que para dar entrada a las normas de coordinación se estaban incluyendo en esta protección muchas prestaciones de Asistencia Social.

A este respecto, además la labor del TJCE, que ha sido limitada a la hora de calificar las prestaciones como “especiales”⁵⁵⁹, conviene tener en cuenta la *Resolución de 29 de junio de 2000, de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, relativa a los criterios de inclusión de determinadas prestaciones como “prestaciones especiales de carácter no contributivo” en la sección III del anexo II o en el anexo II bis del Reglamento n.º 1408/71*⁵⁶⁰, que acuerda los criterios siguientes⁵⁶¹:

“1.-El Reglamento (CEE) n.º 1408/71 establece los principales criterios que habrán de cumplirse para que una prestación pueda clasificarse como “prestación especial de carácter no contributivo”. A continuación se examinan dichos criterios de manera sistemática.

2.-El apartado 2 *bis* del artículo 4 del Reglamento se refiere a las prestaciones especiales de carácter no contributivo que se otorguen con arreglo a normativas o regímenes distintos de los mencionados en el apartado 1 del artículo 4 y que no se cuenten entre las prestaciones excluidas en virtud del apartado 4 del citado artículo, siempre que dichas prestaciones estén destinadas a cubrir con carácter *supletorio, complementario o accesorio* las contingencias correspondientes a las ramas contempladas en el apartado 1 del artículo 4 o bien a asegurar únicamente la protección específica de las personas con discapacidad. Aunque el apartado 2 *bis* del artículo 4 es aplicable a las prestaciones especiales no contributivas en metálico y en especie, el artículo 10 *bis* sólo se refiere a las prestaciones en metálico.

3.- Debido a la estrecha relación material existente, los criterios mencionados en el apartado 2 *bis* del artículo 4 se aplican también a las prestaciones especiales de

⁵⁵⁹Véase alguno de los pronunciamientos: Asunto Hoeckx, 249/83, de 27 de marzo de 1985, Rec. p. 973.

⁵⁶⁰DOCE, número C 44, de 10 de febrero de 2001.

⁵⁶¹Esta Comisión tiene origen en los arts. 80 y ss del Reglamento 1408/71, y desde el principio se le atribuyeron labores de interpretación del contenido de la citada norma, si bien *sus decisiones no vinculan* a las jurisdicciones nacionales, pues se reserva el derecho que asiste a las autoridades, instituciones, y jurisdicciones competentes de recurrir a los procedimientos previstos y a las jurisdicciones señaladas por las legislaciones de los diversos Estados Miembros, por el Reglamento y por el Tratado.

carácter no contributivo circunscritas a una parte del territorio de un Estado Miembro y que, por consiguiente, en virtud del apartado 2 *ter* del artículo 4, pueden excluirse completamente del campo de aplicación material del Reglamento mediante su inclusión en la sección III del anexo II. No obstante, *una característica adicional de estas prestaciones es que no están previstas de manera uniforme en el conjunto del territorio del Estado Miembro* de que se trate, sino que la competencia reguladora de las mismas corresponde en exclusiva a las autoridades locales correspondientes. No bastará la mera descentralización de la administración de estas prestaciones para poder considerarlas prestaciones especiales de carácter no contributivo en el sentido del apartado 2 *ter* del artículo 4 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71.

CARACTER NO CONTRIBUTIVO

4. 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 seguridad social.

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.

PRESTACIONES ESPECIALES

5.-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 Seguridad Social de “tipo mixto”, en el sentido de que conceda al beneficiario *un derecho a prestación definido jurídicamente* que sea característico de una prestación de Seguridad Social pero que presente, asimismo, rasgos de Asistencia Social, en el sentido de que se tienen en cuenta las *necesidades económicas concretas o de otro tipo de la persona*⁵⁶².

⁵⁶²En la sentencia Jauch (STJCE asunto 215/99, de 8 de marzo de 2001) se había defendido otro rasgo configurador de la especialidad que consistía en que las prestaciones no perteneciesen a un régimen de Seguridad Social, pues a diferencia de los *rasgos propios de la Seguridad Social* que se articula en función de *una situación legalmente definida*, las especiales no contributivas deberían caracterizarse por

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 otras prestaciones de la Seguridad Social⁵⁶³.

PRESTACIONES SUPLETORIAS, COMPLEMENTARIAS O ACCESORIAS

6.- Pertenecen a la categoría de prestaciones *supletorias* las concedidas en lugar de las prestaciones “normales” otorgadas en las contingencias mencionadas en el

no ser derechos subjetivos plenos o; lo que es lo mismo, por su discrecionalidad, algo característico de la Asistencia Social. Así, la inclusión de las prestaciones especiales no contributivas en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria sobre coordinación en materia de Seguridad Social supondría que determinadas prestaciones de Asistencia Social (las ligadas a los riesgos protegidos por el artículo 4.1), antes excluidas, quedarían sujetas ahora a las previsiones del Reglamento 1408/71.

⁵⁶³ El sistema austriaco de pensiones tiene por objetivo garantizar al asegurado, al llegar a la vejez o en caso de disminución de su capacidad laboral, una prestación acorde con su nivel de vida anterior a la jubilación o a la declaración de invalidez. Si la prestación no garantiza un nivel de vida adecuado, denominado “nivel de referencia”, en el caso de que los períodos de seguro hayan sido demasiado cortos o de que la base de cálculo sea muy baja, la legislación austriaca prevé que se abone un suplemento compensatorio. Este suplemento sólo puede abonarse a quienes tengan reconocido un derecho a pensión en virtud del régimen obligatorio de pensiones y constituye una prestación complementaria con respecto a esta pensión. El Estado federal se hace cargo de la financiación total de los suplementos compensatorios. El Sr. Skalka tiene su residencia habitual en Tenerife desde finales de 1990. El 16 de diciembre de 1999, solicitó el suplemento compensatorio, pero se desestimó esta solicitud por considerar que el Sr. Skalka tenía su residencia habitual en el extranjero y que la prestación de que se trata no es exportable. El suplemento compensatorio figura en la lista de las prestaciones especiales de carácter no contributivo, que se recoge en el Anexo II bis del mismo Reglamento. Por consiguiente, debe verificarse si, por un lado, la prestación de que se trata es especial y cubre con carácter supletorio, complementario o accesorio las contingencias correspondientes a alguna o algunas de las ramas de Seguridad Social contempladas en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento 1408/71, y si, por otro lado, dicha prestación tiene carácter no contributivo (...). El suplemento compensatorio austriaco responde a los criterios que el Tribunal de Justicia ya formuló en la sentencia Lenoir (C. 313/86, de 27 de septiembre de 1988, TJCE 1989, 51, Rec. p. 5391). *Dicha prestación se halla estrechamente relacionada con la situación económica y social del país de que se trate y su importe, fijado por la Ley, tiene en cuenta el nivel de vida en dicho país.* En consecuencia, su finalidad se vería frustrada si se concediera fuera del Estado de residencia. Además, el suplemento compensatorio austriaco no tiene carácter contributivo. El criterio determinante en esta materia es el de la financiación real de la prestación (queda directa o indirectamente garantizada mediante cotizaciones sociales o mediante fondos públicos. Por consiguiente, debe considerarse que el suplemento compensatorio austriaco constituye una prestación especial de carácter no contributivo conforme al artículo 4, apartado 2 regulado por el sistema de coordinación establecido en el mencionado artículo 10 bis. (STJCE, asunto Skalka C-160/02, de 29 abril 2004, TJCE 2004, 122,).

apartado 1 del artículo 4 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71. 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 Seguridad Social para tener derecho a las prestaciones “normales”.

7.-En primer lugar, pertenecen a la categoría de prestaciones *complementarias o accesorias* 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 concedidas conjuntamente con una de 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”).

PRESTACIONES DESTINADAS A ASEGURAR LA PROTECCIÓN ESPECÍFICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

8.-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.

9.-Puede tratarse de prestaciones 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.

10.-Puede tratarse también de prestaciones concedidas a una persona en razón de los cuidados que presta a una persona con discapacidad, las cuales recaen en el ámbito de aplicación de los puntos 8 y 9”.

En atención a la expresión de esta Resolución se pueden extraer varias conclusiones y a la vez formular diversas críticas. Así:

1.- El carácter no contributiva de una prestación comunitaria viene determinado por su forma de financiación.

2.- En el caso de las prestaciones “especiales”, para diferenciarlas de la Asistencia Social, el elemento identificador será que en aquéllas existe un derecho a la prestación definido jurídicamente y, a la vez, tomará de la protección propia de la Asistencia Social el rasgo de que se tengan en cuenta las necesidades económicas, o de otro tipo de la persona. En relación a las primeras, no es obligatorio realizar el examen de ingresos, en razón a su carácter general. En esta aclaración se encuentra varios problemas a mi juicio importantes; de un lado, el carácter “general” que le atribuye el apartado 5.d) y por el que excluye el examen obligatorio de ingresos, combina mal con la especialidad, de modo que cuando se menciona ese calificativo no se sabe exactamente a qué se está refiriendo, salvo al ámbito subjetivo, en cuyo caso, y conectándolo con la segunda objeción, al otorgarse con generalidad no es imprescindible ni el examen de ingresos ni la valoración de las circunstancias específicas de cada caso; luego, ¿qué criterios se van a seguir para reconocer este tipo de prestaciones?. Básicamente se produce una contradicción, porque elimina el carácter discrecional propio de la Asistencia Social, al exigir el reconocimiento de un derecho subjetivo, pero el criterio de valoración de las necesidades económicas más que discrecional puede llegar a ser arbitrario. La falta de compromiso sobre la determinación de un criterio comunitario común respecto al reconocimiento de prestaciones que exclusivamente pertenecen al ámbito comunitario dificulta cualquier intento de identificación. En relación a la mención a “otro tipo de carencia”, estas parece que estarán muy próximas al tipo de ayudas que, por ejemplo, genera la situación de dependencia, referida igualmente en el apartado 10.

3.- Este mismo tipo de prestaciones “están estrechamente vinculadas a algún contexto socioeconómico del Estado Miembro de residencia del beneficiario”. De manera que se ha encontrado *una justificación para exceptuar el principio de igualdad de trato y no discriminación en relación a la no exportabilidad de las mismas y a la libertad de circulación*. Tanto el artículo 7 del Reglamento 1618/68, como el artículo 3 del Reglamento 1408/71, prohíben, no solamente las discriminaciones ostensibles, fundadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que conduzcan al mismo resultado⁵⁶⁴. Además,

⁵⁶⁴ACOSTA ESTÉVEZ, J. “Libre circulación...cit., p. 63.

como resultado de la libre prestación de servicios, un principio básico de la Seguridad Social comunitaria se encuentra en la exportabilidad de las prestaciones. La no exportabilidad produce una ruptura del principio de igualdad y atenta contra la libre circulación, causando un resultado discriminatorio y contrario a las libertades fundamentales como se ha apuntado más arriba. Cualquier requisito aplicable que pueda ser cumplidos con mayor facilidad por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes, o incluso que puedan perjudicar de manera particular a los trabajadores migrantes, sería una discriminación indirecta⁵⁶⁵; sin embargo, las previsiones sobre las prestaciones especiales no contributivas no responde a este requisito.

Es necesario, para poder fundamentar este resultado una justificación objetiva y razonable⁵⁶⁶. Sin lugar a dudas la exigencia de una relación con el contexto socioeconómico en el que se percibe la prestación responde a una exigencia objetiva, la duda se refiere a la “razonabilidad”, como se ha dicho. La obstaculización de la libre circulación; la diferencia con el resto de las prestaciones a menudo percibidas por beneficiarios con más recursos, y la relación con la colectividad exigida en una situación de futuro hacen dudar sobre el carácter proporcional de la misma. La única manera de superar el test de la razonabilidad y de la proporcionalidad sería estableciendo *una previsión temporal* para el principio de no exportación de este tipo de prestaciones, por las razones apuntadas más arriba; y, sin embargo, no está así previsto en la norma. En todo caso, al menos, debería admitirse excepciones.

4.- Sí que ha de valorarse positivamente la definición que hace de prestaciones “supletorias”, las concedidas en lugar de las normales y por tanto previstas para los riesgos del artículo 4.1; y las “complementarias o accesorias”, que se conceden conjuntamente con una de las “normales” y por tanto cubren los mismos riesgos; y si bien pueden percibirse para un riesgo diferente a los del artículo 4.1 el sujeto ha de ser

⁵⁶⁵STJCE asunto O'Flynn, C-237/94 de 23 de mayo de 1996, Rec. p. 2617.

⁵⁶⁶STJCE asunto Meints, C-57/96, de 27 de noviembre de 1997, Rec. p. 6689. Desde el punto de vista del Derecho comunitario, tal *restricción a la libertad de circulación sólo podría justificarse si se basara en consideraciones objetivas de interés general, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas, y fuera proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional*, como puede ser la necesidad de controlar la situación profesional y familiar de los parados; esta justificación se basa en consideraciones objetivas de interés general, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas. Una medida es proporcionada cuando, siendo idónea para la consecución del objetivo perseguido, no va más allá de lo que resulta necesario para alcanzarlo (sentencia referida a determinado contenidos de las prestaciones por desempleo Cuestión prejudicial, asunto Gérald De Cuyper, C-406/04, de 18 julio 2006, TJCE 2006, 190836).

beneficiario de una prestación normal –el ejemplo que pone es el de un complemento por dolencias físicas-. Sin embargo, literalmente las expresiones alternativas son las de “supletorias o accesorias”, que son las que se trata de forma diferenciada; y, en segundo lugar, conforme a esta Resolución, que posteriormente se recogió en el Reglamento 647/05, está claro que son prestaciones destinadas a cubrir, con carácter general, los riesgos previstos en el artículo 4.1, al margen de que los sujetos beneficiarios sean tales por no reunir los requisitos para cobrar una de las “normales”, o se perciban a la vez que éstas últimas, pues sólo excepcionalmente permite proteger riesgos distintos que sufren quienes reciben una de las normales.

5.-Peor justificación tiene toda la aclaración de las prestaciones destinadas a la protección de personas con discapacidad. De entrada, hay que recordar que el artículo 4.2 bis se refiere a prestaciones *en metálico*, luego alguna de las que pudieran incluirse en este apartado no pueden ser tales, en general son subsidios de movilidad, de ingresos mínimos, etc. Pero los apartados 9 y 10 plantean dudas, porque, primero las prestaciones del ordinal 9 parecen referirse a medidas de fomento de empleo, que al ser de las especiales en metálico, suponen una traducción económica de las ayudas ordenadas en este sentido; y, segundo, porque las referidas en el ordinal 10 confunde el sujeto beneficiario, pues el mismo ha de ser la persona con discapacidad, no quien le ayuda; y en razón de los cuidados.

6.- EL REGLAMENTO 883/2004, DE 29 DE ABRIL

El Reglamento 883/04 tiene como objetivo la racionalización de los conceptos, las normas y los procedimientos relativos a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros, teniendo en cuenta que las diversas modificaciones introducidas en el Reglamento 1408/71, habían provocado un texto complejo, formado por un conjunto de adiciones en ocasiones difíciles de relacionar entre sí. Esta norma no deroga formalmente el Reglamento 1408/71, porque sólo es aplicable, según el artículo 91, a partir de la entrada en vigor del Reglamento de aplicación, norma que todavía no se ha producido, y que sustituirá al Reglamento 574/72. Eso sí, además, estos Reglamentos han sido modificados por el Reglamento 647/05, de 13 de abril, que afecta especialmente a las prestaciones especiales no contributivas, y que se examina con posterioridad en los aspectos que no han sido ya analizados.

Aunque son muchas las cuestiones que resultan modificadas, y alguna de los cuales ya han sido mencionadas, caben destacar los siguientes cambios con respecto al Reglamento n°1408/71: el artículo 5 reconoce expresamente la asimilación de prestaciones, ingresos, hechos, y acontecimientos. De manera que los hechos o acontecimientos ocurridos en un Estado Miembro se tendrán en cuenta en otro, cuando la legislación de éste les atribuya efectos jurídicos. Por tanto se produce una *asimilación general* de los hechos o acontecimientos, en lugar de caso a caso o en circunstancia concretas como ocurría en el texto anterior⁵⁶⁷. En segundo lugar, la ordenación detallada del principio de exportación de prestaciones. Este principio al romper los límites territoriales hace innecesario tener que permanecer en el espacio del Estado deudor de las prestaciones, pero este principio se excepciona en algunos casos, y sólo tiene aplicación normativa a los derechos ya adquiridos, al referirse el artículo 7 a las “prestaciones debidas”; sin embargo, el TJCE ha extendido su aplicación a los derechos en fase de adquisición en base al mismo razonamiento, ya que si no es lógico que se pierdan derechos por cambiar de país de residencia, tampoco parece que deba perderse el derecho en fase de adquisición por ese mismo motivo⁵⁶⁸.

En el artículo 3 se enumera el campo de aplicación material. Especialmente se ha adicionado la prestación por paternidad junto a la de maternidad en la letra b, que ha sido tratadas de forma diferenciada de la enfermedad recogiendo la tendencia general en todos los Estados de la Unión; si bien la semejanza en el régimen jurídico posibilita su ordenación conjunta en el capítulo I del Título III. En la letra c se ha suprimido en la prestación de invalidez las referidas a que fueran destinadas a mantener o mejorar la capacidad de ganancia, que parecía limitar el ámbito material de protección entendiéndose complementado por las prestaciones no contributivas especiales. Al margen de la anterior enumeración se recoge en la nueva letra i las prestaciones de prejubilación.

De nuevo, se menciona la aplicación del Reglamento a los regímenes contributivos y no contributivos, y a continuación se contempla la posibilidad de evitar esta aplicación por medio de disposición en contrario del Anexo XI, de manera que la vía de exclusión existente en el Reglamento 1408/71 reservada a las prestaciones especiales no contributivas limitadas a una parte del territorio, ahora, en principio, se

⁵⁶⁷VIVES CABALLERO, M. “La propuesta de Reglamento...*cit.*”, p. 90 y ss

⁵⁶⁸En este sentido se pronuncia, entre otras, la sentencia del TJCE asunto Winter-Lutzins C-293/88, de 2 de mayo de 1990.

habilita para cualquier tipo de prestación, incluidas las contributivas. Después, el citado Anexo no remite al artículo 3, sino a los artículos 51.3, 56.1 y 83, y específicamente se denomina Disposiciones Especiales para la aplicación de la Legislación de los Estados Miembros, y está pendiente de desarrollar su contenido por el Parlamento y el Consejo. De la remisión a los preceptos se concluye que el contenido *va a recoger procedimientos* referidos a las exigencias de periodos de seguros, luego dentro del ámbito de las prestaciones contributivas, las restricciones parece que irán dirigidas más a la forma de acceder a las prestaciones, por la vía de las previsiones específicas del resto del articulado, que al establecimiento de un listado de prestaciones excluidas de la coordinación comunitaria, que iría en contra de lo dictado del Reglamento.

En el apartado 3 remite al artículo 70 respecto a las prestaciones especiales en metálico no contributivas; y al margen de prever una regulación especial para obligaciones del armador, dentro de las materias excluidas, termina el artículo indicando que no están comprendidas, ni la asistencia social, ni la médica, ni los regímenes de prestaciones a favor de las víctimas de guerra y sus consecuencias (apartado 5).

La exclusión de la Asistencia Social plantea los mismos problemas que ya han sido analizados, por cuanto en muchas ocasiones las prestaciones de la Seguridad Social tienden a confundirse con las propias de aquella protección. Específicamente por prestaciones especiales en metálico no contributivas el Reglamento entiende, en el capítulo IX del Título III, artículo 70, aquellas que “por su alcance *personal, objetivos y condiciones* para su concesión presente características tanto de legislación de Seguridad Social, a que se refiere el apartado 1 del artículo 3, como de Asistencia Social”.

En principio hay dos diferencias esenciales respecto a las previsiones del artículo 4 del Reglamento 1408/71: la primera, que ya no se diferencia de las prestaciones de Seguridad Social “por estar sujetas a una legislación o a un régimen distintos”, pues conforme a los criterios de la Resolución apuntadas, la regulación es propia del ámbito de la Seguridad Social recogido ahora en el artículo 3 en lugar de en el 4.1; pero, y en segundo lugar, se pronuncia expresamente sobre la calificación de “especiales”, de forma que este adjetivo ya no establece una relación entre género y especie que exija que sea una prestación de Seguridad Social cierta, sino que encaja mejor el calificativo de “mixtas”, por cuanto “presenta características tanto de Seguridad Social como de Asistencia Social” (art. 70.1). Esta concepción plural ha de entenderse por la presencia

de tres elementos que han de concurrir de forma cumulativa, y no alternativa: por su *alcance personal, objetivos y condiciones* para su concesión.

Aparentemente este Reglamento ha optado por la segunda de las tendencias jurisprudenciales del TJCE apuntadas, una vez rechazado el criterio exclusivo de la forma de financiación, y ello a diferencia de la resolución de 2001 y de las previsiones establecidas en el Reglamento 647/05, que acogen, aunque no de manera exclusiva, la forma de financiación, como criterio para deslindar las prestaciones especiales. No obstante, el mismo artículo 70 a continuación, establece como requisito imprescindible, además del apuntado, que:

b) Su financiación procede exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general y las condiciones de concesión y cálculo, no dependan de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para completar una prestación contributiva, no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo.

Luego, pese a la tendencia expansiva del ámbito material de la Seguridad Social, en este precepto se reduciría considerablemente el mismo pues *habría de atenderse a la financiación y al alcance personal, objetivos y condiciones* para su concesión, cuando, en general no habían sido criterios utilizados de forma acumulativa, sino alternativa.

Desde un punto de vista material se entiende por estas prestaciones:

“a) las que tienen por objeto proporcionar

i)cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de Seguridad Social mencionadas en el artículo 3.1 que garantice a las personas unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado Miembro de que se trate.

ó

ii)protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de estas personas en el Estado Miembro de que se trate

y

b)atiendan al criterio de financiación señalado

y

c) Figuren en el Anexo X del Reglamento⁵⁶⁹”.

En principio, la cobertura supletoria, complementaria o accesorio del artículo 4.2 bis a) ha sido calificada de forma semejante “como cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar”, aunque se ha concretado su contenido pues ha de tratarse de garantías *de ingresos mínimos de subsistencia*.

Las prestaciones *supletorias*, mencionadas en el artículo 4.2 bis, conforme a la Resolución citada se refieren a las que *se conceden en lugar de las “normales”*. Mientras que las “*complementarias*” y “*accesorias*” son las se conceden “conjuntamente” con las normales, por ejemplo, porque la cuantía de la “normal” es inferior al mínimo previsto en la legislación, y ello aunque no se vincule estrictamente a alguno de los riesgos del artículo 4.1, pero se perciben a la vez que una derivada de esos riesgos. Por tanto, el cambio de adjetivos no parece tener excesiva trascendencia, pues *las sustitutorias serían las supletorias*, mejor calificadas conforme a la versión del Reglamento 883/04, pues en realidad lo que hacen es sustituir a las normales. La cobertura “*complementaria o accesorio*” *quedaría reflejada como “adicional”*; lo que sí parece ampliar algún tipo de prestación o de los caracteres de las mismas es el adjetivo “auxiliar”, que bien podrían referirse a las que se conceden por un riesgo distinto a beneficiarios de prestaciones “normales”.

La reducción material respecto a redacciones anteriores se refiere a la relación que se establece entre este tipo de prestaciones y la garantía de ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económico y social del Estado, mención que también se recoge en la protección específica de las personas con discapacidad (apartado 2.a.ii). Este precepto no refiere en ningún caso la vinculación de estas prestaciones con el rasgo propio de la Seguridad Social en relación a “la situación jurídica definida”, y, sin embargo, sí que recoge en todo caso el rago propio de la Asistencia Social, como tampoco sucede en la redacción recogida en el Reglamento 647/05 que se va a examinar a continuación. Ello a pesar de los criterios establecidos por la Resolución mencionada, de manera que la aparente limitación material de este precepto sólo se alcanzará si se interpreta conforme a los criterios de esa Resolución por el TJCE, pues, en otro caso, las prestaciones especiales en metálicos no contributivas

⁵⁶⁹Pendiente de desarrollo.

guardan más relación con la Asistencia Social que con la Seguridad Social, aunque el artículo 70 insista en su carácter mixto, por cuanto atienden a los ingresos mínimos de subsistencia. Ahora bien, para ello no procede ningún examen previo de recursos, luego la necesidad de esos ingresos mínimos ha de venir definida por algún criterio que genere eses derecho conforme a la normativa interna de los Estados. Hay que tener en cuenta, además, que ha de figurar en el Anexo X todavía pendiente de desarrollo.

Más tarde, este artículo 70 recoge una previsión ya conocida: la no aplicación de la supresión de las cláusulas de residencia del artículo 7 a estas prestaciones, de forma semejante al artículo 10.bis y en el apartado 4 expresamente se establece que “serán facilitadas en el Estado Miembro en el que las personas interesadas residan y de conformidad con su legislación. Estas prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia”; Estado de residencia al que el precepto en su conjunto vincula de forma singular, por cuanto alude a la situación económica y social del mismo⁵⁷⁰, en relación a la percepción de estas prestaciones por el sujeto beneficiario. Como ya se ha dicho, el problema ahora se remite a si este requisito, o mejor su excepción, está justificado y si es proporcionado al objetivo que se persigue⁵⁷¹. Para ello hay que recordar que el Tribunal de Justicia ha apreciado ya en una serie de asuntos referidos a las “ventajas sociales” que, en general, exigir residencia para su percepción no estaba justificado a la luz de los objetivos para los que se establecieron,

⁵⁷⁰En relación al vínculo con el entorno social véanse, las SSTJCE, asunto Lenoir, 313/86, de 27 de septiembre de 1988, Rec. p. 5391; Snares, C-20/96, de 4 de noviembre de 1997, Rec. p. 6057; y Leclere y Deaconescu, C-43/99, de 31 de mayo de 2001, Rec. p. I-4265. El carácter especial dependen de su finalidad, debe reemplazar o completar una prestación de Seguridad Social y tener carácter de ayuda social justificada por razones económicas y sociales y establecida en una normativa que defina criterios objetivos (véase la sentencia , Skalka, C-160/02, de 29 de abril de 2004, Rec. p. 5613 y la jurisprudencia citada). Al asegurar unos ingresos mínimos a un grupo socialmente débil (los jóvenes discapacitados), la prestación establecida en la Wajong tiene carácter de ayuda social justificada por razones económicas y sociales.

⁵⁷¹La cuestión es si un Estado Miembro puede imponer un requisito de residencia en relación con el derecho a recibir determinadas prestaciones que se conceden con el fin de *alcanzar objetivos políticos legítimos, sólo podrían estar justificados si se basasen en consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y si resultan proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional*. Por ejemplo, los Estados Miembros pueden perseguir de forma justificada políticas destinadas a promover la natalidad con el fin de garantizar una cierta estabilidad en la composición de su población. Por su propia naturaleza, dichas políticas tienen que asegurarse de que las medidas adoptadas están dirigidas a personas residentes en su territorio nacional. Por la misma razón, sería absurdo pensar que los Estados Miembros tuvieran que contribuir en cualquier medida al desarrollo demográfico de otros Estados Miembros, extendiendo sus instrumentos de política familiar a personas que no residen en su territorio. Parece, por tanto, que un requisito de residencia garantiza adecuadamente que la prestación de crianza se conceda a personas que pertenecen a la población nacional del Estado Miembro, la cual, por supuesto, incluye no sólo a nacionales alemanes, sino a todas las personas que son residentes legales en Alemania, con independencia de su nacionalidad (STJCE, Collins, C-138/02, de 23 de marzo de 2004, Rec. p. 2703).

pero se admitían excepciones. *Lo que se pretende, de forma objetiva, es que la “pobreza” sea sustentada por cada colectividad nacional, de manera que lo no exportable es más la situación de indigencia resuelta por un Estado conforme a su normativa, que las prestaciones en sí mismas consideradas*, sobre todo teniendo en cuenta que cada ordenamiento soporta esa situación conforme al nivel de vida de su propio territorio y que es solventada de forma más o menos idónea conforme a los recursos que destina a la misma⁵⁷². Todo ello teniendo en cuenta que desde el punto de vista económico continua siendo importante “territorializar” las situaciones de gravedad extrema.

Sí que la vía de la posible inclusión en el Anexo X absorbe la mención del artículo 4.2 ter referido las prestaciones no contributivas cuya aplicación se limitase a una parte del territorio⁵⁷³, que podían excluirse de la coordinación comunitaria mediante notificación de inclusión en la Sección III, de Anexo II⁵⁷⁴. Sin embargo, la redacción

⁵⁷²Cuando se trata de que la asunción de cotizaciones del seguro de vejez por un Estado que no es de residencia respecto a hijos de trabajadores fronterizos (asunto Gaumain-Cerri, matrimonio que reside en Francia y trabajan en Alemania afiliados al seguro de dependencia alemán), o bien de una persona que cuida a un funcionario Alemán aunque ella reside en Bélgica (asunto Barth), el TJCE que: “(...) de los autos se deduce que las prestaciones del seguro de asistencia (seguro de dependencia) están destinadas a potenciar la autonomía de las personas necesitadas de tal asistencia, especialmente a nivel económico. El régimen del seguro de asistencia garantiza a algunos terceros una cobertura de los riesgos de accidente, vejez e invalidez” (...) “los miembros de una familia de un trabajador que residen en el territorio de un Estado Miembro, distinto al Estado competente, siempre que no tengan derecho a estas prestaciones en virtud de la legislación del Estado en el que residen, deben poderse beneficiar de estas prestaciones en metálico del seguro de enfermedad, concedidas por la entidad del otro estado miembro competente: la entidad alemana debe asumir las cotizaciones del seguro de vejez, *pues poseen la ciudadanía de la Unión, y no puede basarse la negativa únicamente en que no residan en el territorio del Estado competente, pues supone otorgar un trato diferente a personas que se encuentran en igual situación...*, el criterio de residencia no establece una diferencia objetiva de situaciones que justifiquen un trato distinto sino que supone una diferencia de trato de situaciones comparables que supone una discriminación prohibida en el derecho comunitario” (SSTJCE asunto D’Hoop, C-224/98, de 11 de julio de 2002, TJCE 2002, 221, Rec. p. 6191; asuntos acumulados C-502/01 y C-31/02, Gaumain-Cerri, Sra. Barth, de 7 julio 2005, TJCE 2005, 207).

⁵⁷³La STJCE, asunto Hosse, de 21 de febrero de 2006, examina el supuesto de un trabajador fronterizo que trabaja en Austria y reside en Alemania con su hija, quien padece una discapacidad y por ello solicita una prestación una asignación prevista en la normativa austriaca. La asignación controvertida se menciona en el Anexo II bis; no obstante, esa mención no basta para excluir esta asignación del ámbito de aplicación del Reglamento, pues las excepciones al mismo deben interpretarse de forma restrictiva de manera que las excepciones al ámbito de aplicación del Reglamento han de referirse a prestaciones que reúnan cumulativamente los requisitos de exclusión: presentar un carácter especial y no contributivo, y que hayan sido establecidas por una norma cuya aplicación se limite a una parte del territorio de un Estado Miembro. La prestación cuestionada no constituye una prestación especial no contributiva en el sentido del artículo 4.2.ter, sino una prestación por enfermedad del artículo 4.1. a). Además, es un derecho propio de la hija y no un derecho derivado del padre, y las prestaciones por enfermedad no están supeditadas al requisito de residencia de los miembros de la familia del trabajador. Publicada en *AL* n° 13, 2006, p. 1613 y ss.

⁵⁷⁴Las prestaciones de Asistencia Social que otorgan las Comunidades Autónomas, -que son de Asistencia Social conforme al Derecho interno pero puede recibir diferente calificación conforme al Derecho comunitario, en la actualidad están incluidas en el Anexo II bis del Reglamento 1408/71, y por

del Reglamento 883/04 es más determinante; pues ya no se trata de que el Estado pueda excluir su aplicación incluyéndolas en un Anexo y si afectan sólo a parte del territorio, la conjunción copulativa que precede a la letra c) obliga a entender que es un elemento constitutivo y configurador de estas prestaciones el que aparezcan en el Anexo X de manera expresa, de no ser así no serán consideradas como prestaciones no contributivas especiales, luego hace falta una participación activa del Parlamento y del Consejo para que existan este tipo de prestaciones, porque, al margen de que el artículo 9 continúe exigiendo declaraciones de los Estados Miembros en orden a las legislaciones y regímenes del artículo 3, ni el Anexo X ni el XI son completados por los Estados. De otro lado, las declaraciones que han de hacer los Estados Miembros no comprende a las prestaciones no contributivas en metálico, porque respecto al artículo 70 nada establece el artículo 9.

Sí que se establece una mención especial, que no existía con anterioridad, en el apartado 2.b) final “No obstante, las prestaciones concedidas para completar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por ese único motivo”. Habría que acudir al artículo 58 –numerado como 50 en el Reglamento 1408/71- establecido respecto a las prestaciones de vejez y supervivencia:

“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”

El beneficiario de las prestaciones al que le haya sido aplicado el presente capítulo no podrá percibir, en el Estado en cuyo territorio resida y con arreglo a la legislación por la que se le deba una prestación, *en concepto de prestaciones una cuantía inferior a la de la prestación mínima fijada por dicha legislación para un*

tanto ex 10 bis sometidas a la no exportación; pero no en el Anexo II sección III que las excluiría de la aplicación del Reglamento ex artículo 4.2.bis, por afectar a una parte del territorio. Si España no incluye a las prestaciones asistenciales de las CC. AA. en el Anexo X del Reglamento 883/04 serían calificadas como prestaciones no contributivas coordinadas por el Reglamento; si las incluye, serían especiales no contributivas y no serían exportables y serían adquiridas en territorio nacional. Podría defenderse que la coordinación de prestaciones de Asistencia Social de las CC. AA. no se pueden incluir en el campo material del Reglamento 883/04 pues su pretensión es coordinar sistemas nacionales de Seguridad Social, y la protección del marco autonómico deriva de normas de ese mismo ámbito y no nacionales, véase GARCIA VALVERDE, M .D. “Prestaciones de Seguridad Social...cit., p. 1940, pero, en definitiva, esas normas autonómicas derivan del reparto de competencias constitucional luego este criterio formal no parece determinante, sobre todo porque desde el punto de vista material algunas de las prestaciones de las CC. AA. son semejantes a las no contributivas especiales.

período de seguro o de residencia igual al conjunto de los períodos computados para la liquidación según lo dispuesto en los artículos precedentes. En tal caso, 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 mínima⁵⁷⁵.

Conforme a este precepto, hay que tener en cuenta que “los complementos por mínimos” en los ordenamientos son de carácter no contributivo, y por las normas de coordinación comunitaria, por el hecho de completar una prestación contributiva no se pueden convertir en contributivos, porque sería cambiar el régimen interno de la legislación y ello es impropio de la técnica de coordinación. En tal caso, cabe plantearse a qué tipo de prestaciones no contributivas responden, pues parece que materialmente pertenecen a la categoría de especiales “complementarias o accesorias”. De forma que el artículo 58 interviene exclusivamente como garantía, pero no interfiere en la calificación de las percepciones en él recogidas; y de hecho, la Resolución citada califica como prestación complementaria a los complementos de pensión mínima.

⁵⁷⁵Escrito de 3 De Abril de 2001, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del IINSS. Complementos a mínimos por residencia. Artículo 50 Del Reglamento 1408/71 y 13.3 de las Normas de Revalorización (BISS, 3-4, marzo-abril 2001). Conocedores de la falta de uniformidad en la resolución de los expedientes de pensiones liquidadas al amparo de las normas comunitarias, en lo que al reconocimiento del derecho y cálculo del complemento a mínimos por residencia -artículo 50- se refiere, y con el ánimo de unificar la actuación administrativa de todas las Direcciones Provinciales, conviene señalar que, tal como interpretó el artículo 50 el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en el asunto 22/81 Browning, el importe mínimo con arreglo a dicho artículo, tiene en cuenta “un mínimo resultante de una garantía específica, establecida en virtud de una legislación nacional, y no de las prestaciones mínimas que pueden derivarse de la aplicación usual de las normas relativas a la determinación de los derechos a pensión en función de los períodos de seguro cubiertos y de las contribuciones abonadas. Es decir, el artículo 50 es una garantía de mínimos, cuya cuantía y condiciones deben ser establecidas por legislación nacional. *La norma comunitaria no crea unos mínimos garantizados nuevos, sino que lo que hace es coordinar los mínimos garantizados por las legislaciones internas.* Una interpretación distinta a la expuesta en este escrito supondría la creación de un complemento a mínimos superior al establecido en la norma interna. Y no es ese el propósito del artículo 50 que se trata de una norma neutra de coordinación que respeta la legislación interna y la ajusta al derecho comunitario, y no de una norma de armonización creadora de nuevos derechos ajenos a la legislación interna. De acuerdo con lo anterior, para el reconocimiento del derecho al complemento a mínimos por residencia se computarán todas las pensiones que perciba el beneficiario —las pensiones españolas como concurrentes y las percibidas con cargo a una entidad extranjera como rentas de trabajo, tal y como dispone la legislación interna -Real Decreto de revalorización de pensiones, artículo 13.4-. Comprobado que se reúnen todos los requisitos para la adquisición del derecho al citado complemento, a efectos del cálculo se considerarán concurrentes todas las pensiones que perciba el beneficiario, tanto las que le abone la Seguridad Social española como las que perciba a cargo de una entidad extranjera en aplicación de una norma internacional de Seguridad Social suscrita por España. Si una vez sumadas todas las pensiones la cuantía que resulta es inferior a la de la pensión mínima de que se trate, se le garantizará, mientras resida en España, un complemento igual a la diferencia. Igual tratamiento merece el complemento a mínimos por residencia establecido en el artículo 13.3 de las sucesivas normas de revalorización, cuando se trate de pensiones reconocidas según una norma bilateral.

Por último, el artículo 70.3 sustrae a las prestaciones no contributivas especiales del régimen general previsto para el resto de las prestaciones, como ya se había defendido en estas páginas que se puede concluir del Reglamento 1048/71.

7.- EL REGLAMENTO 647/2005, DE 13 DE ABRIL DE 2005.

Las modificaciones que introduce esta norma se insertan, nuevamente, en el Reglamento 1408/71, a la espera de la entrada en vigor del Reglamento 883/04.

El motivo de la reforma no plantea ninguna duda, y es muy diferente al del reglamento 883/2004. No pretende aclarar u ordenar, sino que han sido la labor del TJCE los que han provocado la modificación; fundamentalmente por razones de seguridad jurídica, a raíz de los siguientes pronunciamientos: Johann Franz Duchon contra Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten⁵⁷⁶; Office national de l'emploi contra Calogero Spataro⁵⁷⁷; Friedrich Jauch contra Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter⁵⁷⁸; y Ghislain Leclere y Alina Deaconescu contra Caisse nationale des prestations familiales⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶Asunto C-290/00, de 18 de abril de 2002, Rec. 2002, p. 3567. En esta sentencia, se examina la situación de un trabajador austriaco que sufrió un accidente de trabajo en un Estado Miembro (Alemania), pero antes de la adhesión a la Unión europea del Estado de origen (Austria), y que percibe una prestación alemana pero que plantea la percepción de una pensión por incapacidad laboral austriaca, lo que entiende el TJCE que se refiere al hecho causante y por tanto a la inclusión dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, por cuanto entre el derecho transitorio se prevé la toma en consideración de los periodo trabajador antes de entrar en vigor la citada norma. Esta sentencia declara la nulidad el artículo 9.bis porque es incompatible con el artículo 48 del Tratado y también con el 51, en la medida en que, a efectos de prórroga del período de referencia en el que debe haberse cubierto el período de carencia previsto en la legislación de un Estado Miembro, excluye 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. Conforme a la normativa cuestionada, sólo se tomaban en consideración los periodos en los que el asegurado percibía una renta de invalidez en virtud de un régimen nacional de seguros de accidentes sin prever la posibilidad de prorrogar dicho periodo cuando tal prestaciones haya abonado en virtud de la legislación de otro Estado Miembro, cuando el pago de rentas por accidente sí estaba contemplado como una de las posibilidades de prórroga acontecidos en el primer Estado.

⁵⁷⁷Asunto C-170/95, de 13 de junio de 1996, Rec. 1996, p. 2921. La STCE señala que el artículo 69.4 del Reglamento 1408/71, no se refiere a la adquisición, sino a la recuperación del derecho a las prestaciones por parte del desempleado que regresa a Bélgica una vez agotado el plazo de 3 meses previstos en la letra c) del apartado 1 del mismo artículo. Esta disposición no autoriza a denegar el derecho a las prestaciones al desempleado que, en la fecha de su solicitud, reúna los requisitos establecidos por la legislación belga para adquirir su derecho.

⁵⁷⁸Asunto C-215/99, de 8 de marzo de 2001, Rec. 2001, p. 1901. Esta sentencia ya se ha examinado

⁵⁷⁹Asunto C-43/99, de 31 de mayo 2001, Rec. 2001, p. 4265. La sentencia examina el posible abono de determinados subsidios relacionados con el nacimiento de hijos previstos en la legislación de Luxemburgo a un trabajador transfronterizo, que aparecen mencionados en el Anexo II bis del Reglamento 1408/71 como subsidios especiales de natalidad. La sentencia defiende que puesto en relación con el art. 4.1 no puede entenderse que sea un subsidio especial, y por ello no es una prestación especial de carácter no contributivo. En opinión del TJCE como se relaciona con los riesgos previstos en el 4.1 y se incluye en el Anexo II bis vulnera los artículo 48 y 51 del Tratado, porque no puede condicionarse al requisito de residencia. Además, como el trabajador en la actualidad *es pensionista de invalidez no puede*

El artículo 4 se mantiene en su redacción original sin ni siquiera adicionar las prestaciones previstas en el artículo 3 del Reglamento 883/04.

El apartado 2 bis del artículo 4 se sustituye por el texto siguiente:

“El presente artículo se aplicará a las prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo previstas en la legislación que, *por su alcance personal, objetivos y/o condiciones* para su concesión presenten características tanto de legislación de seguridad social a que se refiere el apartado 1 como de asistencia social.

Las prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo son aquellas:

a) que tienen por objeto proporcionar:

i) cobertura complementaria, supletoria o accesoria de los riesgos cubiertos por las ramas de la seguridad social mencionadas en el apartado 1, que garantice a las personas interesadas unos ingresos mínimos de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en el Estado Miembro de que se trate,

ó

ii) únicamente una protección específica a las personas discapacitadas, estrechamente vinculada al entorno social de cada persona concreta en el Estado Miembro de que se trate,

y

b) cuya financiación procede exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y cuyas condiciones de concesión y de cálculo de las prestaciones no dependen de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para complementar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo,

y

c) que figuran en el Anexo II bis⁵⁸⁰.

Básicamente es muy semejante al artículo 70 del Reglamento 883/04 que ya ha sido analizado. En principio sólo hay que apuntar lo siguiente: primero, en la definición

invocar el art. 7 del Reglamento 1618/68, pues al no participar en la actualidad de una relación laboral no puede aspirar a adquirir nuevos derechos que no guardan relación con la relación profesional antigua, como sería los derivados del nacimiento de un hijo cuando ya era pensionista.

⁵⁸⁰Las modificaciones de los Anexos se encuentran en el texto del Reglamento, (DOCE de 4 de mayo de 2005, L 117).

de las condiciones de concesión –personal, objetivos y/o condiciones- ya no se exigen de forma acumulativa sino que pueden ser examinadas de forma alternativa, ampliando de ese modo la acepción de este tipo de prestaciones, lo que lleva a plantear si la identificación se encuentra en cada uno de los elementos; es decir, por el alcance personal o por los objetivos, o por las condiciones; o bien, por alcance personal y por los objetivos, mientras que sólo las condiciones puede actuar de forma alternativa. En este último caso las condiciones incluso podrían, por sí solas, determinar el carácter especial, algo que no es tan extraño a los ordenamientos internos pues son precisamente éstas las que determinan la existencia o no del derecho a las prestaciones, por ejemplo, por insuficiencia de recursos⁵⁸¹.

En segundo lugar, en vez de acudir a los adjetivos del Reglamento de coordinación “cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar”, mantiene los del Reglamento 1408/71, *cobertura complementaria, supletoria o accesorio*, aunque cambia el orden sin que tenga ninguna trascendencia. Lo cierto es que conforme a la precisión establecida por la resolución apuntada, la cobertura supletoria se corresponde con la sustitutoria del Reglamento 883/04, y la adicional coincidiría con la accesorio, mientras que la auxiliar mencionaría la cobertura accesorio.

El resto de las modificaciones son correcciones en la expresión para adecuarlas al contenido del Reglamento, de forma que, por ejemplo en el apartado ii), en lugar de contexto social se utiliza la expresión entorno social, y “cada una de esas personas” se cambia por “cada persona concreta”, además de cambiar la mención al Anexo en el que deben quedar incluidas, que continúa siendo el II bis. No hay, pues, ninguna modificación relevante, en relación al texto comparado, si bien se mantiene la vía de exclusión del artículo 4.2. ter

Igualmente se modifica el apartado 1 del artículo 10 bis de forma que se sustituye por el texto siguiente, mejorando la redacción:

“1. Lo dispuesto en el artículo 10 y en el título III no es aplicable a las prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo mencionadas en el apartado 2 bis del artículo 4. Las personas a las que se aplica el presente Reglamento se

⁵⁸¹En el art- 55 de la propuesta de la Comisión se establecía como condición que se concediesen tras comprobar los recursos o b) aspiren a asegurar únicamente la protección específica de los minusválidos, siempre que las prestaciones se mencionasen en el Anexo I, y de una forma más ordenada recogía en el mismo precepto el régimen especial que ahora se establece en el artículo 10.bis (Propuesta de la Comisión COM (1998) 779 final, 98/0360(CNS) de 12 de febrero de 1999).

beneficiarán de dichas prestaciones exclusivamente en el territorio del Estado Miembro en el que residan y con arreglo a la legislación de dicho Estado, siempre que esas prestaciones se mencionen en el anexo II bis. Las prestaciones serán abonadas por la institución del lugar de residencia y a su cargo”.

Este precepto recoge la excepción a la exportación de las prestaciones de forma semejante a como se venía haciendo, si bien se procura evitar repeticiones. Los demás párrafos no resultan modificados.

Además hay que tener en cuenta el artículo 5: *Declaraciones de los Estados Miembros relativas al campo de aplicación del presente Reglamento*.

“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”⁵⁸².

La Declaración del Reino de España prevista por el artículo 5 del Reglamento 1408/71, comprende:

I. LEGISLACIÓN Y REGÍMENES A QUE SE REFIEREN LOS APARTADOS 1 Y 2 DEL ARTÍCULO 4 DEL REGLAMENTO

1. Las disposiciones legislativas que se enumeran y las reglamentarias administrativas, de desarrollo de las mismas.

-Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

-Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (las disposiciones que permanecen vigentes).

-Ley 47/1998, de 23 de diciembre, por la que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social, en determinados casos especiales.

⁵⁸² Respecto a esto hay que considerar las siguientes de claraciones: Declaración del Reino Unido (DOCE, número C 234, de 17-8-1999); Declaración de Finlandia (DOCE, número C 234, de 17 de agosto de 1999); Declaración de Austria (DOCE, número C 234, de 17 de agosto de 1999); Declaración del Gobierno de los Países Bajos (DOCE, número C 318, de 7 de noviembre de 2000); Declaraciones de Liechtenstein y Noruega (DOUE, número C 127, de 29 de mayo de 2003); Declaración de la República Federal de Alemania (DOUE, número C 210, de 5 de septiembre de 2003); Declaración de Islandia (DOUE, número C 135, de 2 de junio de 2005).

-Decreto 2123/1971, de 23 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, por las que se establece y regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

-Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

-Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

-Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico.

-Ley de 17 julio de 1953, sobre el establecimiento del Seguro Escolar en España.

-Decreto 298/1973, de 8 de febrero sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, de acuerdo con la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento del Régimen General de la Seguridad Social.

En lo que se refiere a: asistencia sanitaria, incapacidad temporal, invalidez, vejez, muerte y supervivencia, accidente de trabajo y enfermedad profesional y prestaciones familiares

2.- Para la protección por desempleo:

-El Título III del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio

-El capítulo III de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre

-La Ley 56/2003, de 16 de diciembre de empleo

8.- CONCLUSIONES

I. La inclusión de todas las prestaciones de Seguridad Social, de Asistencia Social o de carácter conexo dentro del campo de aplicación de los instrumentos de coordinación comunitaria tendría la ventaja de cubrir todas las formas de protección social eliminando difíciles criterios de selección sobre la protección amparada por la normativa comunitaria, por ello debería ser un objetivo al menos a largo plazo.

II. El concepto de las prestaciones no contributivas comunitarias, generales y especiales, no ha sido definido por las normas comunitarias, de manera que el TJCE ha asumido la función de integrar, completar e identificar conceptos difusos, y lo ha hecho conforme a juicios de valores preferentemente sociales, lo que ha favorecido la ampliación de las prestaciones sometidas a la técnica de coordinación. Así, un gran número de ellas, aun siendo técnicamente Asistencia Social, han sido calificadas por el TJCE como prestaciones no contributivas especiales.

III. La existencia de una previsión general de exclusión de la exportación de algún tipo de estas prestaciones supone un ataque frontal a los derechos de libertad de circulación, y a la vez una ruptura del principio de igualdad que sólo puede producirse por razones objetivas y justificadas. En el caso de prestaciones de garantía de ingresos mínimos, se pretende que sea la comunidad en la que vive el individuo la que soporte la situación de pobreza y, por el momento, la defensa de la exportación de esta protección sólo puede plantearse desde el punto de vista de razonables aspiraciones sociales, pero ideales; porque, de un lado, no existe un sentimiento de ciudadanía comunitaria real, que justifique con una base sociológica sólida que otra colectividad de nacionalidad distinta conviva con esa situación de cuasi-pobreza, como algo propio de toda la Unión; y, de otro lado, en la regulación de la Seguridad Social se ponderan los intereses económicos de los Estados, lo que podría fundamentar la excepción. Además, se trata de prestaciones que se proporcionan en función del nivel de vida de un territorio determinado y vinculadas a un contexto socioeconómico preciso que puede cambiar al circular libremente por el territorio de la Unión. Pese a todo, *en su caso, la excepción debería tener carácter temporal*.

IV. En relación a la regulación de las prestaciones no contributivas a nivel comunitario se ha producido un considerable desorden normativo que no se ha solventado por la existencia formal del Reglamento 883/04 a la vez que se van introduciendo nuevas modificaciones en el Reglamento 1408/71. Se impone la necesidad de establecer una norma clara, uniforme, y que recoja los criterios establecidos por la jurisprudencia.

V. Han de establecerse criterios claros y definidos que permitan identificar qué tipo de prestaciones son las no contributivas comunitarias, puesto que se ha demostrado que son conceptos elásticos que pueden comprenderlas en función del momento en que se solicita o del sujeto que las reclama.

VI. Finalmente, habría que plantearse la justificación de la existencia de las prestaciones no contributivas especiales en metálico ¿acaso no están comprendidas todas ellas por las no contributivas generales?. Una simple mención respecto a la consideración de prestaciones complementarias al tratar los regímenes no contributivos podría ser suficiente. Su naturaleza mixta, a medio camino entre la Seguridad Social y la Asistencia Social, no justifica una ordenación tan singular.

LOS “SISTEMAS NACIONALES” DE “DEPENDENCIA” Y “ASISTENCIA SANITARIA” EN EL MARCO DEL NUEVO REGLAMENTO COMUNITARIO DE “COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL”

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Jaén

SUMARIO:

1.- INTRODUCCIÓN

2.- LA PROVISIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA, LIBERTAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DERECHO COMUNITARIO DE COORDINACIÓN

2.1.- El marco normativo: el TCE y la Carta Comunitaria. La asistencia sanitaria como derecho instrumental al servicio de la salud humana

2.2.- Una breve referencia a los “modelos de organización” y “provisión” de la asistencia sanitaria en los países de la UE

2.3.- Las peculiaridades de la coordinación de las prestaciones en especie por enfermedad en los reglamentos comunitarios

2.3.1.- Los principios de coordinación para las prestaciones por enfermedad

2.3.2.- Las prestaciones de enfermedad de “personas aseguradas” y miembros de sus familias, que no sean pensionistas o familiares de éstos

2.3.3.- Las reglas aplicables a los “pensionistas” y a los “miembros de sus familias”

2.3.4.- Los mecanismos de reembolso de las prestaciones sanitarias

2.4.- La libertad de prestación de servicios en un mercado único y el derecho a la movilidad por motivos de asistencia sanitaria

3.- LA PROTECCIÓN FRENTE A LAS “SITUACIONES DE DEPENDENCIA” Y EL DERECHO COMUNITARIO DE COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

3.1.- La protección frente a la dependencia como derecho fundamental del ciudadano europeo

3.2.- La diversidad de modelos de protección frente a las situación y/o riesgo de dependencia en los países comunitarios

3.3.- La configuración de la protección frente a las situaciones de dependencia a efectos del Derecho Comunitario de Coordinación

4.- REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

Como constatará en el año 2001 la Comunicación de la Comisión a las instituciones comunitarias – Parlamento, Comité Económico y Social, Comité de Regiones-, los europeos consideramos que la existencia de una “*protección de calidad contra el riesgo de enfermedad y de dependencia*” es un logro fundamental que ha de protegerse al máximo nivel y con los recursos necesarios. Ahora bien, al mismo tiempo, se hace preciso adaptar esa protección a los retos de nuestro tiempo, entre los que se sitúa una y otra vez, el tan célebre como temido “*envejecimiento demográfico*”⁵⁸³.

El desafío es de tal magnitud que los Sistemas más clásicos diseñados y desarrollados para hacer frente a las “situaciones de necesidad” de las personas y grupos se consideran no ya sólo inadecuados sino insuficientes a tal fin. La “*Protección Social*” contra los “*Riesgos Sociales*”, tanto los más clásicos –por ejemplo: la enfermedad- como los emergentes – por ejemplo: la dependencia-, tanto en su versión tradicional como en sus versiones modernas – mejora de la salud no sólo atención a la enfermedad; promoción de la autonomía personal y no sólo provisión asistencial frente a la dependencia-, no puede ya afrontarse sólo desde el *Sistema de Seguridad Social*, sino que requiere de la acción conjunta y complementaria de otras Políticas Públicas y de otros Sistemas. De ahí que, primero la Asistencia Sanitaria se fuera progresivamente especificando y complicando hasta conformar un Sistema propio, el *Sistema Nacional de Salud*, y que, mucho más tarde, pero ya imparable, haya irrumpido la construcción del *Sistema Nacional de Dependencia*.

Ahora bien, si el diseño y actualización de estas complejas técnicas de protección social resulta difícil y conflictivo en Estados complejos, como es el español, a partir de la realidad de un Estado plural pero unitario, el *Estado Social Autónomico de Derecho*, aún lo es más en entramados político-institucionales todavía más extensos y heterogéneos, como la Unión Europea. La creciente movilidad de personas, y no ya sólo de trabajadores, pone de manifiesto la necesidad de establecer un *modelo coherente de protección social* en todos los países de la UE, tanto por razones sociales – el derecho de todos a una calidad de vida análoga-, cuanto por razones económicas – la cohesión social como presupuesto de un mercado único eficaz-. Pero, como también sabemos todos, las continuas referencias al tan célebre como desconocido “modelo social

⁵⁸³ Ambas ideas se reiteran en el Informe Conjunto de la Comisión y el Consejo, relativo a “*Apoyar las estrategias nacionales para el futuro de la asistencia sanitaria y los cuidados de las personas mayores*” (2003)

comunitario” no ha conseguido forjar todavía un “*Estado Social Comunitario de Derecho*”, de modo que esa cohesión social ha de construirse desde la firme pervivencia de la diversidad de Políticas y Sistemas de Bienestar. Una diversidad que aún es mayor a partir del proceso de ampliación de la Unión Europea, por lo que los riesgos de disfunción e incoherencia crecen exponencialmente.

Ni el éxito del Tratado por el que se instituye la Constitución Europea hubiera podido evitar esta diversidad, pese a su loable intento de incluir una suerte de “Constitución Social” como elemento fundador del Derecho de la Unión Europea. No por casualidad en la Constitución Europea aparecía el derecho de todos los ciudadanos en la UE a la protección de la salud y frente a la “dependencia”. Su rotundo fracaso, más por egoísmos y atávicos miedos “nacionalistas”, aún pone más distancia entre los objetivos proclamados y a perseguir, y la realidad diversa de la protección social. Consecuentemente, el objetivo de la “armonización” se aleja cada día más.

Pero que esta dirección de convergencia aparezca hoy fuertemente debilitada, y en todo caso con expectativas inciertas, no quiere decir que estas materias carezcan de interés para el Derecho Comunitario, antes al contrario, cada día adquiere una mayor entidad y una continuada actualidad, como acredita la jurisprudencia comunitaria. La renuncia al objetivo de la armonización no puede evitar la necesidad de perfeccionar el clásico Derecho Comunitario de la Coordinación de Seguridad Social para estas nuevas prestaciones. Asimismo, la aplicación generalizada o, cuando menos, creciente de las grandes libertades comunitarias a ámbitos antes excluidos, como lo fueron en su momento el “empleo” o como lo es hoy la “asistencia sanitaria”, abren nuevos espacios de renovación.

De este modo, aún en este marco instrumental de la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, presentan una remozada actualidad cuestiones de tanta trascendencia. Así sucede con la “asistencia sanitaria”, donde se promueve desde el TJCE la creación de un “mercado único de servicios sanitarios”, aún dentro de ciertos límites. Pero también con la protección frente a la dependencia, que no tiene un ámbito propio en la normativa comunitaria pero que da mucho trabajo al TJCE para conseguir integrar una laguna que permanece en la regulación comunitaria. Precisamente, para realizar esta labor se habría visto obligado a recurrir a un planteamiento muy tradicional y hoy sin duda superado, pero útil: *la dependencia sería un riesgo social que entra dentro de la Seguridad Social*.

Qué duda cabe que a propósito de este análisis, desde el limitado aspecto del Derecho de Coordinación, sería posible, e incluso conveniente o aconsejable, tratar algunos temas que hoy se presentan como centrales en el debate ius-social, como la conformación de los Sistemas Nacionales de Dependencia y de Salud dentro o fuera de la Seguridad Social. No es desde luego nuestro objetivo. Sin perjuicio de algunas insoslayables referencias, pretendemos centrarnos en la dimensión comunitaria de la conformación de ambos Sistemas Nacionales, el de Dependencia y el de Salud, que no presentan los mismos rasgos en todos los países comunitarios, atendiendo al tratamiento normativo y jurisprudencial en el marco de la *Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social*.

2. LA PROVISIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA, LIBERTAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DERECHO COMUNITARIO DE COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2.1. *El marco normativo: el TCE y la Carta Comunitaria. La asistencia sanitaria como derecho instrumental al servicio de la salud humana*

El tratamiento comunitario del “*derecho a la protección de la salud*” se articula sobre una contradicción básica: lo reconoce al máximo nivel, como objetivo y fundamento de la UE, exigiendo su atención en todas y cada una de las “políticas y acciones” de la Comunidad, con la consiguiente horizontalidad de la política de Salud pública⁵⁸⁴, pero se limita a competencias de coordinación y fomento, por tanto puramente complementarias y estrictamente subsidiarias, con una expresa exclusión de “cualquier armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. El protagonismo de los Estados en esta materia es aún más nítidamente reconocido cuando del “derecho a la asistencia sanitaria” se trata, por cuanto

“*la acción comunitaria en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica*” (artículo 152.5 TCE).

⁵⁸⁴ Vid. Aa.Vv. *Tratado del Derecho a la Protección de la Salud*. Universidad Complutense. Madrid.2004.

De este modo, para aproximarnos al entendimiento que el Ordenamiento de la UE tiene respecto del “derecho a la salud” hay que partir de estas tres premisas básicas⁵⁸⁵:

- queda claramente *diferenciado el derecho a la protección de la salud*, a implementar no sólo mediante una política de salud pública específica sino a través de su configuración como un objetivo del conjunto de políticas públicas, responsabilidades de los Estados pero con la acción complementaria de la UE, y el *derecho a la asistencia sanitaria*, más restringido y limitado a la provisión por los Estados miembros de los servicios y actuaciones dirigidas a la prevención y restauración de la salud quebrada. Esta diferenciación aparece como una constante, según acredita el tratamiento dado por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (artículo 35, relativo a la “Protección de la Salud”, dentro del Capítulo IV relativo a la “Solidaridad”). Por tanto, la protección de la salud está llamada a integrar un amplio y heterogéneo conjunto de derechos y políticas, como puede ser también el ámbito de la salud laboral⁵⁸⁶
- Corresponde a cada Estado la prestación de la Asistencia Sanitaria, conforme a su legislación y práctica. En coherencia con el artículo 152.5 del TCE, el artículo 35 de la Carta reconoce que “Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales...”,

Las referencias comunitarias presuponen una estrecha conexión entre los Sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros y el derecho a la asistencia sanitaria. El artículo 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales recuerda que “el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales” garantizan una protección:

⁵⁸⁵ F. CAVAS –C. TRIGUEROS. “*La Protección de la Salud en la Constitución Europea*”. RMTAS. Nº 57/2005.

⁵⁸⁶ “Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad” (artículo 31.1). Su marco normativo de referencia es, como se sabe, la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. inspira igualmente en el artículo 3 de la Carta Social Europea y en el punto 19 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales

“... en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia, la vejez, así como en casos de pérdida de empleo, *según las modalidades del derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales*”

La UE se limita a complementar y coordinar los sistemas nacionales para salvaguardar la indemnidad de los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social en el ejercicio de su derecho a la libre circulación en este ámbito integrado

Como es sabido, la Carta de Derechos fundamentales ha sido reproducida en la Parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 pero pendiente de cobrar vigencia, si es que la llega a alcanzar algún día, lo que es muy poco probable⁵⁸⁷. Lo que significa, entre otras cosas, que vuelva a replantearse el recurrente tema de la eficacia jurídica de la Carta, de modo que no se agote en otro texto de mero valor simbólico para desplegar, en cambio, algún efecto práctico, si quiera en el plano interpretativo. A este respecto, y si aclarar muy bien que significa, el TJCE la considera “*f fuente de conocimiento de derecho*”⁵⁸⁸, al igual que EL TCO⁵⁸⁹.

2.2. Una breve referencia a los “modelos de organización” y “provisión” de la asistencia sanitaria en los países de la UE

La referida doble intervención, coordinadora y complementaria, de la Unión Europea presupone la existencia de una diversidad de “modelos europeos de asistencia sanitaria”, una vez descartada la posibilidad de crear un “*modelo comunitario*”. Esta diversidad está llamada a generar dificultades en la coordinación exigida por la garantía de la libre circulación de trabajadores y de ciudadanos en el ámbito de la Unión Europea.

⁵⁸⁷ El artículo 3 de la Carta se corresponde con el artículo II-63 de la CE, el artículo 31 de la Carta se corresponde con el artículo 91 CE, el artículo 34 de la Carta se corresponde con el 93 CE y el artículo 35 de la Carta con el artículo 94 CE.

⁵⁸⁸ STJCE 27.9.2002, Asunto T-54/99, Max.mobil Telecommunications Service GMBH/ Comisión.

⁵⁸⁹ STCO 292/2000, 30.11.

A este respecto, todas las grandes opciones de organización que conforman un “Sistema Nacional de Asistencia Sanitaria” evidencian formas y técnicas de articulación diferentes, con un grado de proximidad o alejamiento igualmente distinto según cada país y experiencia europeos⁵⁹⁰. En este sentido,

- cada Estado miembro mantiene un catálogo de prestaciones configurado de forma parcialmente diversa, de modo que unos optan por una técnica de lista abierta mientras que otros, en cambio, como España, lo hace por una técnica de lista cerrada
- unos Estados apuestan más intensamente por un Sistema de gestión directa – Noruega, Irlanda, Suecia, Portugal, Reino Unido-, unos centralizados en el plano territorial –Reino Unido-, y otros descentralizados, que son la mayoría –Italia, Dinamarca, Suecia...-, mientras que otros tienden a confiar más en formas de gestión indirecta- Alemania, Francia, Países Bajos, Austria, Luxemburgo...-. En estos casos es frecuente el recurso a técnicas tales como la de “concierto” - el Ente Gestor contrata o acuerda con terceros, públicos o privados, la provisión a cambio de una tarifa predeterminada (Alemania, Países Bajos)- o la del reembolso -el beneficiario satisface el coste ya sea real o tarifado de la prestación servida solicitando el reintegro total o parcial a la Entidad Gestora (Bélgica, Luxemburgo).
- si en todos encontramos una importante asunción pública de los costes, enormes y crecientes, de la asistencia sanitaria, las formas de financiación varían. Unos, la mayoría, apuestan por la vía impositiva – Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Italia, España, Reino Unido, Portugal; países de la ampliación: Chipre, Letonia, Estonia-. Otros, en cambio, continúan con su financiación principalmente vía cotizaciones sociales, típicas de las técnicas de aseguramiento social – Alemania, Austria, Luxemburgo, Francia, Países Bajos; UE ampliada: Eslovenia, Hungría, Lituania, Malta-. Si todos los Estados establecen fórmulas de “copago” - participación del usuario en el coste mediante una contribución

⁵⁹⁰ Vid. Danny Pieters. “Los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la Unión Europea”. TGSS. Madrid. 2004.

financiera-, cada uno fija una cuantía y lo formaliza en modos notablemente diferenciados⁵⁹¹.

- Tampoco existe uniformidad en orden al margen de decisión que dejan los diferentes Sistemas para el usuario. Mientras que es menor en los sistemas impositivos, quedando esta cuestión al diseño o a la planificación pública, en los de aseguramiento profesional el beneficiario tiene, generalmente, mayor facultad de elección de médico o de centro sanitario.

2.3. Las peculiaridades de la coordinación de las prestaciones en especie por enfermedad en los reglamentos comunitarios

2.3.1. Los principios de coordinación para las prestaciones por enfermedad

Tratada como “prestación en especie” de la Seguridad Social, la aspiración de las normas comunitarias respecto a la asistencia sanitaria es, en principio, la misma que para las demás: la *mera coordinación* de los sistemas de Seguridad Social de los Estados⁵⁹². Por lo tanto, una vez más ha de resaltarse el carácter estrictamente instrumental al servicio de la libertad comunitaria de circulación de personas –sean trabajadoras o no-.

Que este objetivo, típico de las relaciones entre Estados, se revele limitado respecto al más típico de una organización supranacional, la armonización, realmente no quiere decir ni que sea sencillo ni desdeñable ni que carezca de especialidades. Al contrario, como se verá, la proyección de los “principios” y/o “técnicas de aplicación” que inspiran y articulan el ordenamiento comunitario de coordinación evidencia *algunas peculiaridades relevantes* en su aplicación a las prestaciones por enfermedad.

⁵⁹¹ Si en Francia o Luxemburgo las aportaciones del beneficiario se sitúan en torno al 10-12%, en otros pueden alcanzar entre un 15-20%, como es el caso de los países nórdicos -Finlandia o Noruega-. Paradójicamente, en países de la ampliación el porcentaje aún puede ser mayor, como es el caso de Polonia -30% del coste-. Por lo que refiere al modo de instrumentar jurídicamente esta contribución, la opción más seguida es la de exigir una tasa, que puede ser fija -Noruega, Suecia, Austria, Finlandia o Hungría-, si bien está extendida la fijación de un porcentaje sobre el coste real -Bélgica, Francia, Grecia, Luxemburgo-, optándose a veces por su combinación.

⁵⁹² La normativa comunitaria mantiene la terminología más tradicional de “prestaciones en especie por enfermedad”. Naturalmente, las prestaciones económicas que puedan derivarse de las situaciones de enfermedad también son coordinadas en esta normativa, pero no corresponde a este trabajo exponer tales reglas.

Dejando a un lado las dificultades de fijar un cuadro o catálogo unánimemente aceptable de cuáles son esos “principios jurídicos” inspiradores, ahora merece la pena dejar constancia de ese funcionamiento particular que tales principios encuentran cuando está en juego la “prestación en especie” de enfermedad, quizás porque en el origen del sistema comunitario las prestaciones de referencia fueron las “económicas”. Así, por ejemplo:

- el *principio de igualdad de trato* se concreta en la necesidad de que se provean prestaciones de asistencia sanitaria de la misma “calidad” al ciudadano que tiene la nacionalidad del Estado de acogida que el nacional de otro Estado miembro
- el *principio de conservación de derechos* en curso de adquisición, en cambio, tiene una menor relevancia, por la sencilla razón de que no están condicionados a periodos de carencia, o en todo caso son de muy corta duración, basándose en muchos Estados sólo en el hecho de la residencia. En todo caso, queda claro que estas prestaciones no “se exportan” –técnica que garantizar la conservación- en sentido estricto, sino que la prestación es provista por el Estado de acogida a partir del título reconocido por la institución competente –normalmente aquella conforme a la cual el beneficiario adquiere el derecho⁵⁹³–.
- el *principio de determinación de la legislación aplicable* requiere operaciones más complejas que en las prestaciones económicas, porque las normas no sólo han de precisar, cuando existan potencialmente varias, la institución competente para el reconocimiento del derecho -que soportará el coste de las prestaciones-, sino también cuál ha de ser la institución que efectivamente lleve a efecto la asistencia.

⁵⁹³ Por la frecuencia con la que vamos a utilizar los siguientes términos nos parece conveniente precisar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento 1408/71: “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 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, o iii) la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate (...). Las expresiones “institución del lugar de residencia” e “institución del lugar de estancia” designan respectivamente a la institución habilitada para servir las prestaciones en el lugar en que reside el interesado, y la institución habilitada para abonar las prestaciones en el lugar donde se encuentra, según la legislación que aplique esta institución, si dicha institución no existe, la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate”. La definiciones son básicamente las mismas en el Reglamento 883/04.

Una dificultad añadida a la, de por sí, ya muy complicada tarea de comprensión de este subsector del ordenamiento comunitario es la relativa a la *provisionalidad* de norma hoy aplicable. Como es sabido, el Reglamento “regulador” es 883/04, 29 de abril⁵⁹⁴. Este Reglamento ha derogado formalmente al Reglamento 1408/71, de 14 de junio, que es el que ha venido ordenando esta materia, si bien ha sido objeto de numerosas modificaciones, prácticamente anuales.

Ahora bien, el artículo 91 del Reglamento 883/04 pese a indicar que “entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE”, suspende de inmediato su aplicación hasta “la fecha de entrada en vigor del Reglamento de aplicación”. Este anunciado Reglamento será el encargo de fijar, conforme al artículo 89 del Reglamento 883/04, las normas aplicativas del nuevo Reglamento base. Cuando eso suceda quedará igualmente derogado el actual Reglamento de aplicación 574/72, 21 de marzo⁵⁹⁵. Como puede comprobarse, los mismos problemas de oscuridad y deficiente técnica legislativa que padece nuestro Sistema interno se aprecia en la normativa comunitaria, de modo que normas publicadas y con vigencia formal no entran en vigor porque las que están llamadas a permitir su vigencia no se aprueban. Una anomalía que no parece vaya a subsanarse antes de 2008, por lo que las obligadas referencias al Reglamento base nuevo deben acompañarse de las previsiones contenidas en el Reglamento 1408/71.

En todo caso, conviene advertir que la renovación reglamentaria tiene más efectos estructurales y formales que materiales o de sustancia reguladora, pues los cambios más relevantes responden a un objetivo de simplificación, sólo muy parcialmente conseguido, que de revisión de las reglas reguladoras y aplicativas. En definitiva, las reglas son básicamente las mismas, aunque ahora más, pero no siempre mejor, compendiadas, tanto su redacción como en la identificación de los supuestos a los que se aplican. Además, ha de tenerse en cuenta que el Capítulo 1 del Título III, del Reglamento 1408/71, dedicado a la regulación de esta coordinación, es resultado del Reglamento 631/2004, 31 de marzo, que en buena medida adelanta una modificación que se formulará a penas un mes después.

⁵⁹⁴ Reglamento (CE) n° 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DOUE 30.4.2004).

⁵⁹⁵ Reglamento (CEE) n° 574/72, del Consejo, por el que establecen las modalidades de aplicación del Reglamento n° 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad

Una segunda precisión general tiene que ver con el ámbito subjetivo de aplicación de las reglas de coordinación. Aunque esta observación tiene un carácter terminológico no ha de ignorarse que responde a una clara característica sustancial de esta prestación: su evolución hacia la universalidad. En efecto, la sustitución operada por el artículo 1 c) Reglamento 883/04 para definir delimitar el ámbito subjetivo, que no habla de “trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia”, sino de “persona asegurada”, no es novedosa en relación a la prestación de enfermedad, por aplicarse desde la inclusión del artículo 22 bis en el Reglamento 1408/71, con la reforma realizada por el Reglamento 3095/1995.

Finalmente, desde esta perspectiva general, conviene recordar que la normativa sigue sin delimitar lo que ha de entenderse por “prestación en especie de enfermedad”. La importante litigiosidad que ha generado esta laguna ha tenido que ser afrontada por el TJCE en numerosas ocasiones.

De una abundante y antigua jurisprudencia se desprende que, junto a la asistencia médica en general⁵⁹⁶, tendrían cabida:

- las prestaciones de prevención y readaptación⁵⁹⁷
- las prestaciones económicas que se otorgan en forma de reembolso de gastos⁵⁹⁸, pero no los complementos de pensiones destinados a contribuir a la financiación del Seguro de enfermedad del titular de una pensión⁵⁹⁹.
- las prestaciones de asistencia sanitaria que deriven de un seguro de dependencia⁶⁰⁰

Una vez realizadas estas observaciones generales es hora de pasar a una exposición, necesariamente sucinta y selectiva, de las reglas básicas de coordinación de la prestación que nos ocupa. Fuera ha quedado el análisis en detalle las numerosas y

⁵⁹⁶ RAEPENBUSCH, S.V. *La Seguridad Social de los Trabajadores migrantes en el Derecho Europeo* Ed. MTAS. Madrid 1992, pp. 531 y ss.

⁵⁹⁷ Entre otras, STJCE 16-11-1972, asunto 15/72 (Niedersachsen), Rec. 1972, p. 1127

⁵⁹⁸ STJCE 30-6-1966, asunto 61/65 (Basen-Göbbels), Rec. 1966, p. 378.

⁵⁹⁹ STJCE 1-12-1965, asunto 33/65 (Dekker), Rec. 1965, p. 112.

⁶⁰⁰ STJCE de 5 de marzo de 1998, asunto 160/96 (Molenaar). La doctrina de esta sentencia fue incorporada a la Decisión nº 175, de 23 de junio de 1999, de la Comisión Administrativa (DOCE 19.2.2000).

complejas instrucciones o reglas de procedimiento dictadas para la aplicación de las normas de conflicto del Reglamento 1408/71 y contenidas en los artículos 16 a 34 del Reglamento 574/72, así como el estudio de algunos supuestos específicos regulados en el Reglamento 1408/71 , unos recogidos en , y otros desaparecidos del, Reglamento 883/04 - los relativos a los trabajadores fronterizos y los miembros de sus familias, reglas especiales que desaparecen en relación con “las personas aseguradas” y se mantienen respecto de los pensionistas (artículo 34); trabajadores en paro y miembros de sus familias, reglas especiales que también desaparecen; solicitantes de pensiones o de rentas y miembros de sus familias, reglas que también existen en el nuevo Reglamento 883/04 (artículo 22), y reglas respecto a las cotizaciones a cargo de titulares de pensiones o de rentas, especificaciones que también se mantienen (artículo 30)-.

2.3.2. Las prestaciones de enfermedad de “personas aseguradas” y miembros de sus familias, que no sean pensionistas o familiares de éstos

La fijación de estas reglas de coordinación responde a una diferenciación básica: las establecidas para las situaciones de “residencia” y las previstas para la “estancia”, términos conocidos pero delimitados normativamente con ambigüedad. Aunque hay algunas diferencias de matiz, la delimitación es sustancialmente coincidente en los 2 Reglamentos.

En términos generales, la diferencia entre ambas situaciones vendrá marcada por el carácter “habitual” –residencia- o, en cambio, “temporal” –estancia- de la presencia de la “persona asegurada” y, en su caso, de los miembros de su familia.

a) Las reglas aplicables cuando la persona “resida” en un Estado miembro diferente del Estado competente

Las reglas de coordinación establecidas para los supuestos de “residencia” representan el “Derecho Común de la Coordinación” de las prestaciones sanitarias. La regulación está prevista en el artículo 19.1. a) del Reglamento 1408/71, a tenor del cual el trabajador que resida en un Estado miembro distinto del Estado competente y que reúna las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener

derecho a las prestaciones disfrutará, así mismo, en el Estado de su residencia de las “prestaciones en especie servidas por cuenta de la institución competente por la institución del lugar de residencia, según las disposiciones de la legislación que ésta aplique y como si estuviera afiliado a la misma” –de aseguramiento para el artículo 17 del Reglamento 883/2004-.

Las normas de coordinación expuestas son aplicables, en principio, al titular del derecho. No obstante, tanto el artículo 19.2 del Reglamento 1408/71 como el artículo 17 en relación con los artículos 31 y 32 del Reglamento 883/04 dictan reglas referidas a los miembros de la familia⁶⁰¹. Respecto de estos, la regla general es que tendrán el mismo derecho que el titular, por cuanto, en realidad, el derecho de aquél deriva de éste⁶⁰². Cuando los familiares tengan, además de ese derecho derivado, un derecho directo a las prestaciones de enfermedad en el Estado en el que residan se producirá un conflicto de derechos, a resolver dando prevalencia a un derecho u otro, primando el derecho que proceda de la legislación del Estado de afiliación, normalmente el de empleo y que suele identificarse con el derecho del titular⁶⁰³. Esta regla de prevalencia cede cuando se trata de un cónyuge con la custodia de los hijos que tenga un derecho directo.

Estas reglas no pretenden sino identificar con claridad el Estado que ha de correr con el coste de las prestaciones, esto es, el Estado competente, porque el prestador es siempre el Estado de residencia, como es obvio. El artículo 32 del Reglamento 883/04 mantiene en lo sustancial esta solución. Ahora bien, la regla general –prioridad del derecho del titular sobre el propio- cede en algunas situaciones. En efecto, el derecho derivado de los familiares a las prestaciones en especie deberá tener prioridad sobre los

⁶⁰¹ El artículo 1.f) del Reglamento 1408/71 determina qué ha de entenderse por “miembro de la familia”, remitiendo tanto a la legislación del Estado competente como, en ciertos supuestos, a la del Estado de residencia. En caso de que la legislación de un Estado miembro no permitiera identificar a los miembros de la familia entre las demás personas a las que se aplica, el término “tendrá el significado que se le atribuye en el Anexo I. Por su parte, el artículo 1.1.ii) del Reglamento 883/04 considera como miembros de la familia “con respecto a las prestaciones en especie ... de enfermedad ... a toda persona definida o admitida como miembro de la familia o designada como miembro del hogar por la legislación del Estado miembro en el que resida”.

⁶⁰² El artículo 19.2 del Reglamento 1408/71, en su primer párrafo, establece que “las disposiciones del apartado serán aplicables por analogía a los miembros de la familia que residan en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente, siempre que no tengan derecho a estas prestaciones en virtud de la legislación del Estado en cuyo territorio residen”.

⁶⁰³ El artículo 19.2 del Reglamento 1408/71, en su segundo párrafo, establece “En caso de residencia de los miembros de la familia en el territorio de un Estado miembro en cuya legislación el derecho a las prestaciones en especie no esté subordinado a condiciones de seguro o de empleo, las prestaciones en especie que les sean servidas se considerará por cuenta de la institución a la cual esté afiliado el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, excepto cuando su cónyuge o la persona que tenga la custodia de los hijos ejerza una actividad profesional en el territorio de dicho Estado miembro”.

derechos propios “cuando el derecho propio en el Estado miembro de residencia exista directa y únicamente con motivo de la residencia del interesado en dicho Estado miembro”.

De este modo, cuando los miembros de la familia de una persona asegurada residan en un Estado miembro con arreglo a cuya legislación el derecho a prestaciones en especie no dependa de condiciones de seguro o de una actividad como trabajador por cuenta ajena o propia, las prestaciones en especie que les sean otorgadas correrán a cargo de la institución competente del Estado miembro en que residen. Para ello ha de darse una condición: que el cónyuge o la persona que se haga cargo de los hijos de la persona asegurada ejerza una actividad como trabajador por cuenta ajena o propia en dicho Estado miembro o reciba una pensión de dicho Estado miembro por haber ejercido una actividad como trabajador por cuenta ajena o propia. Este inciso supone una novedad en relación con la regulación contenida en el Reglamento 1408/71.

b) Las reglas aplicables a las prestaciones de enfermedad en situaciones de “estancia”

Cuando nos encontramos ante supuestos de presencia temporal en un Estado miembro –por ejemplo el disfrute de vacaciones, o la realización de un negocio- la regla para solucionar el conflicto de ordenamientos es análoga a la prevista para la residencia. Así se desprende del artículo 22.1 a) i) del Reglamento 1408/71, aunque su redacción sea tan compleja que dificulte la precisión de la regla aplicable. En definitiva, las prestaciones serán servidas por la institución del Estado de estancia, como si estuviera afiliado a él, siendo a cuenta del Estado competente⁶⁰⁴. Además, a éste compete igualmente regular “*la duración del servicio de las prestaciones*”. La actual redacción se debe al Reglamento 631/2004, que modificó la anterior, más restrictiva, pues exigía para tener derecho que el interesado requiriera “*de modo inmediato*” prestaciones durante la estancia.

⁶⁰⁴ En relación con las embarazadas, la Decisión 195 de 23 de marzo, de la Comisión Administrativa (DOCE 30.4.2004) señala que el coste de estas prestaciones necesarias durante una estancia temporal en otro Estado miembro serán a cargo de la institución competente de la persona asegurada, de conformidad con lo dispuesto en el inciso i) de la letra a) del apartado 1 del artículo 22 Reglamento

De este modo, frente al frecuente recurso a conceptos jurídicos indeterminados (“de modo inmediato”; “urgencia vital” en el ámbito interno) se ha preferido un enunciado más genérico y generoso. La redacción actual amplía los posibles supuestos en los que podría entrar en juego, dejando en manos de los facultativos de la institución de estancia la posibilidad de otorgar las prestaciones requeridas no ya por razones de mayor o menor urgencia sino teniendo en cuenta la duración del tratamiento en relación con el tiempo que el interesado pretenda “estar” en ese Estado. El objetivo último es garantizar que la estancia prevista no tenga que resultar reducida o alterada por el tratamiento de la enfermedad⁶⁰⁵, aunque el padecimiento súbito se relacione con una enfermedad crónica⁶⁰⁶.

El artículo 19.2 del Reglamento 883/04 mantiene este mecanismo de coordinación. Ambos Reglamentos (artículo 22.1 bis Reglamento 1408/71 y 19.2 Reglamento 883/04) prevén la posibilidad de que la Comisión Administrativa⁶⁰⁷ elabore una lista de las prestaciones

“en especie que, para poder ser servidas durante una estancia en otro Estado miembro, precisen, por motivos de orden práctico, un acuerdo previo entre la persona interesada y la institución que sirva la prestación”.

Esta previsión, que evidencia el reconocimiento de un cierto papel en la ordenación de las prestaciones de la autonomía de la persona asegurada, sí que se deja a la concurrencia de un concepto jurídico indeterminado, como es lo que ha de entenderse por “motivo de orden práctico”. El criterio interpretativo sentado por la Decisión 196, de 23 de marzo de 2004, dictada para la aplicación del apartado 1 bis del artículo 22 del Reglamento 1408/71, ha entendido que estamos en este supuesto cuando se trate de un “tratamiento médico vital que sólo sea accesible en unidades médicas especializadas y/o

⁶⁰⁵ Vid. Decisión 194, de 17 de diciembre de 2003, de la Comisión Administrativa (DOCE 8.4.2004), que evidencia cómo el objetivo de esta regulación es “impedir que un asegurado se vea obligado a volver prematuramente al Estado competente antes de que finalice la duración de la estancia prevista, para obtener el tratamiento que necesita”, indicando, además, que para determinar “si una prestación en especie cumple los requisitos establecidos en el inciso i) de la letra a) del apartado 1 del artículo 22, y en la letra a) del apartado 1 de los artículos 25 y 31, solamente deberán tomarse en consideración los factores médicos en el contexto de una estancia temporal, teniendo en cuenta el estado de salud y el historial de la persona en cuestión”.

⁶⁰⁶ Vid. STJCE 25.2.2003, asunto C-326/00.

⁶⁰⁷ La Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes está prevista en los artículos 80 y siguientes del Reglamento 1408/71 y en los artículos 71 y siguientes del Reglamento 883/04.

por personal y/o equipamiento especializado”. La razón justificadora estaría en la necesidad de dar garantía de disponibilidad del tratamiento durante la estancia⁶⁰⁸. En todo caso, queda claro que se trata de un criterio útil pero en modo alguno expresa una “lista cerrada”, por lo que será la práctica la que permitirá ir integrando esta regulación

Por lo que concierne a los familiares las reglas son sustancialmente coincidentes con las propias de los supuestos de residencia (artículo 22.3 Reglamento 1408/71; artículo 19.1 Reglamento 883/04). Son tres, por consiguiente, los Estados que entran en juego: el Estado de residencia del titular del derecho, el Estado de residencia de los familiares y el Estado de estancia de estos últimos. Ahora bien, precisa el artículo 22.3.a) del Reglamento 1408/71, la “duración del servicio de las prestaciones se regulará no obstante por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio residan los miembros de la familia”. Esta precisión desaparece del Reglamento 883/04, porque es una reiteración de la regla general.

Para beneficiarse de las prestaciones de asistencia sanitaria en situaciones de estancia el documento acreditativo del derecho en la actualidad es la “*tarjeta sanitaria europea*” - Decisión 189, 18.6.2003, Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes (DOCE 27.10)-. Esta tarjeta da cumplimiento a las decisiones adoptadas por el Consejo Europeo de Barcelona (marzo 2002) y sustituye al célebre formulario E 111 desde el 1 de junio de 2004⁶⁰⁹.

c) Los supuestos de desplazamiento a otro Estado con el fin de obtener en éste la asistencia sanitaria

Tanto el artículo 22 del Reglamento 1408/71 cuanto el artículo 20 del Reglamento 883/04 dejan clara la posibilidad de que existan supuestos de movilidad intracomunitaria para recibir prestaciones en especie. Ahora bien, en ambos casos resulta igualmente nítido que tales desplazamientos de un Estado miembro a otro por motivos sanitarios requiere de la correspondiente “autorización” para la persona

⁶⁰⁸ DOCE de 30.4.2004. En el anexo de la Decisión 196 se incluye una lista no exhaustiva de los tratamientos que pueden quedar incluidos entre los indicados en el texto, en concreto, estos tratamientos son: diálisis renal y oxigenoterapia.

⁶⁰⁹ Otras Decisiones aplicativas de la tarjeta sanitaria: Decisión 190, 18.6.2003 (DOCE 27.10.2003); la Decisión 191, 18.6.2003 (DOCE 27.10.2003) y la Decisión 197, 23.3.2004 (DOCE 1.6.2004). Esta consideración como documento acreditativo es fruto de la modificación del Reglamento 574/72 por el Reglamento 631/2004

enferma que pretende recibir tratamiento en otro Estado, por considerarlo más adecuado o “apropiado”.

A tal fin, el Reglamento 1408/71 distingue, entre la farragosidad extrema típica de esta normativa, dos situaciones distintas. La primera es la definida en el *artículo 22.1.b)* en relación con el apartado i) y en relación con el primer párrafo del número 2 del mismo precepto. La segunda situación es la que cabe deducirse del *artículo 22.1.c)* en relación con la letra i) y con el segundo párrafo del número 2 del mismo precepto.

La primera situación es la del trabajador que, tras recibir asistencia a cargo de la institución competente, es autorizado por ella para volver al Estado miembro en el que reside o es autorizado a trasladar su residencia a otro Estado. Con carácter general, por tanto, el trabajador no se hallará en el Estado miembro competente sino en el de estancia.

En tales supuestos, el interesado tendrá derecho a que la institución del lugar de residencia le sirva las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad con sus afiliados, siempre por cuenta de la institución competente, institución que será la que, de conformidad con su legislación, fijará la duración del derecho a estas prestaciones. La autorización para trasladarse y recibir prestaciones no podrá ser denegada, salvo por motivos médicos – que el traslado pueda afectar negativamente al estado de salud o al tratamiento prescrito-.

La segunda situación es la del trabajador autorizado por la institución competente a desplazarse a otro Estado miembro con el objeto de recibir en el mismo la asistencia sanitaria que requiere su estado de salud. En estos supuestos, el interesado tendrá derecho a percibir las prestaciones en especie por la institución del Estado al que se traslade y en condiciones de igualdad con sus afiliados, siempre por cuenta de la institución competente. La concesión de la autorización está también ordenada sobre la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, lo que ciertamente hace difuso el control jurídico, si bien, como sucede en general con esta técnica de control de la discrecionalidad, permite limitar las posibilidades de las instituciones a la hora de denegarlas.

A este respecto, la autorización no podrá ser denegada en dos supuestos:

- cuando la prestación a recibir en el Estado esté reconocida en el Estado de residencia

- cuando, teniendo en cuenta “el estado de salud actual” del enfermo así como “la probable evolución de su enfermedad”, la asistencia no pueda serle prestada en “el plazo normalmente necesario” -plazo razonable desde un punto de vista médico- en el Estado de residencia.

Para ordenar ambos supuestos el Reglamento 883/04 ha procedido a una significativa simplificación, a comenzar por la refundición de ambos supuestos en uno solo (artículo 20). No obstante, de nuevo, la solución es sustancialmente la misma, exigiéndose en todo caso la autorización, cuya regulación es análoga a la referida anteriormente. Por eso, la determinación de los supuestos en que se tiene derecho a obtener la autorización para trasladarse a otro Estado a recibir asistencia sanitaria e, incluso, la necesidad o no de obtenerla y en qué supuestos, seguirá siendo uno de los aspectos más conflictivos, como ilustra la abundante jurisprudencia comunitaria recaída en esta materia. Precisamente, buena parte de las modificaciones normativas referidas se deben al objetivo de recibir en sede normativa los criterios jurisprudenciales. La enorme trascendencia de esta materia y su permanente actualidad, a raíz de la evolución de la jurisprudencia del TJCE, explica que se sucedan en los últimos años múltiples análisis de ésta, con posiciones bien distintas.

2.3.3. Las reglas aplicables a los “pensionistas” y a los “miembros de sus familias”

La ordenación de las reglas aplicables en estos supuestos se asienta sobre la misma distinción que la realizada respecto de la “persona asegurada”: residencia y estancia. Conviene tener presente que cuando el pensionista, sin perder esta condición, ejerce una actividad profesional que de derecho a la prestación sanitaria, prima, para él y familiares, el derecho derivado de su condición de activo y, por consiguiente, sus reglas de coordinación (artículo 34.2 Reglamento 1408/71)⁶¹⁰.

Por lo que refiere a *residencia*, distintas son las situaciones que eventualmente pueden producirse –que el pensionista tenga derecho a prestaciones en el Estado en el

⁶¹⁰ Estas reglas se extienden a determinados casos de desempleados que trabajan a tiempo parcial, así como a jubilados que trabajan en otros Estados que devienen en desempleados. Vid. la Decisión 156, 7.4.1995, de la Comisión Administrativa (DOCE 17.10.1995).

que reside o que carezca de ellas en él, pero tenga este derecho en otro u otros Estados miembros; que tenga derecho a prestaciones por el hecho de la mera residencia o como consecuencia de una situación de aseguramiento previa...-. A todas pretenden responder ambos Reglamentos. Vaya por delante, como mero apunte, que, en ambos Reglamentos. En todos los casos, vuelve a primar siempre el derecho derivado de una de relación de aseguramiento previa respecto del derivado de la mera residencia⁶¹¹.

El supuesto básico es el del pensionista que tiene derecho a prestaciones en virtud de la legislación de dos o más Estados y reside en uno de ellos, Estado en el que, además, tiene derecho a prestaciones de asistencia sanitaria. En estos casos el pensionista y los miembros de su familia recibirán las prestaciones de asistencia sanitaria *“de la institución del lugar de residencia y con cargo a esta institución, como si el interesado fuera titular de una pensión o de una renta debida únicamente en virtud de la legislación”* del Estado en el que reside (artículo 27 Reglamento 1408/71). Con una redacción más sencilla, la regla es la misma que la que se contiene en el artículo 23 del Reglamento 883/04.

El segundo grupo de supuestos es el de los pensionistas que, titulares del derecho conforme a la legislación de uno o de varios Estados, resida en un Estado en el que no tiene derecho a ninguna pensión ni a prestaciones de asistencia sanitaria. Entonces, si por el hecho de ser pensionista en alguno de los Estados en los que se le reconoce la prestación tiene, a su vez, derecho a prestaciones de asistencia sanitaria tendrá también derecho a que estas prestaciones sanitarias se le otorguen en el Estado de residencia

“como si... fuese titular de una pensión o de una renta en virtud de la legislación del Estado en cuyo territorio reside y tuviese derecho a las prestaciones” (artículo 28.1.a))

Reconocido el derecho a prestaciones, el problema central es determinar qué institución carga con el coste. En el supuesto de que el interesado sólo fuera pensionista de un Estado éste deberá hacerlo. Por el contrario, cuando el interesado tenga derecho a las prestaciones en virtud de las legislaciones de varios Estados la regla no resulta ya tan sencilla. En estos supuestos, la “obligación de sufragarlas recaerá en la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya *estado sometido el titular*

⁶¹¹ Sin entrar en su análisis para no desbordar la exposición, las previsiones indicadas se contienen en el artículo 28 bis del Reglamento 1408/71 y en el artículo 25 del Reglamento 883/04.

durante el mayor período de tiempo” (artículo 27.2). Pero si coincide la obligación de abonarlas en dos o más instituciones las prestaciones serán abonadas por aquella en que *estuvo en último lugar*. En términos coincidentes se pronuncia el artículo 24 del Reglamento 883/04.

Ambos Reglamentos dictan reglas de coordinación para los supuestos en los que los familiares residan en un Estado miembro distinto del Estado de residencia del titular del derecho. Las reglas son similares en ambos Reglamentos, aunque simplificadas en su redacción en el Reglamento 883/04, lo que no las hace más precisas⁶¹². Resumidamente, las prestaciones se otorgarán de forma similar a como se otorgan en supuestos correlativos en el caso del titular de la pensión, esto es, las prestaciones se otorgarán por la institución de residencia de los familiares con cargo a la que sea institución competente para el abono de las prestaciones del titular de la pensión. Ésta se determinará por las reglas anteriores, con la precisión de que si los familiares residen en el territorio del Estado competente este asumirá directamente las prestaciones y su coste (artículo 29.1 a) Reglamento 1408/71).

Para los supuestos de estancia, a diferencia de lo que hemos sostenido con carácter general, el Reglamento 883/2004 ha complicado la regulación del Reglamento 1408/71, sin que tampoco quede garantizada una mayor precisión en todos los casos. De forma abreviada, la ordenación prevista atiende al pensionista o a los miembros de su familia que, con derecho a la asistencia sanitaria, se “encuentren” en un Estado miembro distinto de su Estado de residencia. Estas personas tendrán derecho a recibir las prestaciones también en ese *Estado en el que se hallan temporalmente –lex loci temporales-*, siendo servidas por la institución del lugar de estancia “con arreglo a la legislación que ésta aplique”, pero a cargo de la institución del lugar de residencia. El alcance de la asistencia cubierta es el que se prevé para la estancia de los trabajadores, sin que esté condicionada a la aparición repentina de la enfermedad durante tal estancia, pudiéndose conectar con una crónica (artículo 31; STJCE 25.2.2003, Asunto C-326/00, Ioannidis).

El Reglamento 883/04 distingue básicamente dos situaciones. La primera es la de los titulares de la pensión o pensiones, o los miembros de sus familias, que se “encuentren” en un *Estado diferente del Estado de residencia*. En estos casos se

⁶¹² Las remisiones a los concretos preceptos que se efectúan en el artículo 29 del Reglamento 1408/71 faltan en el artículo 26 del Reglamento 883/04, dificultando su interpretación.

aplicarán las mismas reglas que las que se establecen para las personas en activo, pues el artículo 27.1 remite por analogía al artículo 19: si el Reglamento de 1971 preveía que serán servidas siempre con cargo a la institución del lugar de residencia, el de 2004 las hace recaer sobre la institución competente, que podrá ser o no la del lugar de residencia del pensionista.

La segunda situación es la de pensionistas –o miembros de sus familias- que se encuentren en el territorio del Estado miembro competente para el pago de las prestaciones pero mantienen su residencia en otro Estado. En estos casos resulta de aplicación también las reglas previstas para los trabajadores. Pero se fija una condición: que el Estado competente “haya optado por esta posibilidad y aparezca en la lista del anexo IV” (artículo 27.2 Reglamento 883/04). Como en la situación primera, también en estos supuestos el coste de las prestaciones “correrá a cargo de la institución competente responsable del coste de las prestaciones en especie otorgadas al titular de una pensión en el Estado miembro de residencia”.

Por cuanto concierne a las reglas aplicables en los supuestos de desplazamiento a otro Estado con el fin de recibir asistencia sanitaria, ninguno de los Reglamentos ha considerado oportuno establecer reglas específicas. Ahora bien, si el Reglamento 1408/71 no preveía una remisión a las reglas fijadas para los trabajadores, que tuvo que ser integrada por el TJCE, el Reglamento 883/04 sí contiene tal remisión (artículo 27.3).

Asimismo, respecto del coste, el Reglamento 883/04 contiene reglas concretas. En efecto, el artículo 27.3 señala que el coste de las prestaciones en especie “correrá a cargo de la institución competente responsable del coste de las prestaciones en especie otorgadas al titular de una pensión en el Estado miembro de residencia”. La excepción se produce si el Estado de residencia aplica “un sistema de reembolso basado en cantidades a tanto alzado”. En estos casos, se considera competente “la institución del lugar de residencia del titular de la pensión o de los miembros de la familia” (artículo 27.5).

2.3.4. Los mecanismos de reembolso de las prestaciones sanitarias

Las reglas de coordinación sirven básicamente para garantizar certeza sobre dos aspectos. Primero sobre la determinación de la institución provisora de prestaciones. Segundo, y más importante, cuál es la que tiene que soportar los costes.

El ejercicio del derecho a la libertad de circulación, inherente al espacio de la UE, supone que serán, por lo general, distintas las instituciones que prestan los servicios y las que deben soportar los gastos. De ahí, la necesidad de un mecanismo que permita el *reembolso*, por la institución competente para la financiación, de los gastos ocasionados a la institución prestadora. A este mecanismo se refieren tanto el Reglamento 1408/71 –artículo 36.1- como el Reglamento 883/04 –artículo 35.1-.

La regla básica, común en ambos Reglamentos, y en relación con los trabajadores en activo, es que las prestaciones en especie servidas por la institución de un Estado miembro por cuenta de la institución de otro Estado miembro darán lugar al reembolso de su coste íntegro. Los reembolsos se efectuarán por los “gastos reales” ocasionados. Cuando sea difícil determinar los gastos reales, porque las “estructuras jurídicas o administrativas no hagan adecuada la práctica del reembolso basado en el gasto real” (artículo 35.2), el reembolso se efectuará con importes a tanto alzado. Este tanto alzado “deberá asegurar un reembolso lo más cercano posible al importe de los gastos reales”, según una precisión que desaparece en el Reglamento 883/04.

Las reglas de reembolso, en relación con determinados supuestos, son de derecho disponible, pues se admite que, por acuerdos entre dos o más Estados miembros, se establezcan otros mecanismos de reembolso o, incluso, se renuncie al reintegro del coste⁶¹³. El mecanismo administrativo de reembolso se fija, o se fijará, por previsión de ambos Reglamentos base, en los Reglamentos de aplicación. El procedimiento vigente está regulado en el Reglamento 574/72 (artículos 93 a 95)⁶¹⁴.

2.4. La libertad de prestación de servicios en un mercado único y el derecho a la movilidad por motivos de asistencia sanitaria

De los 3 supuestos previstos en las reglas de coordinación, estancia, residencia y desplazamiento intracomunitario con fines asistenciales, éste es el que se ha revelado más problemático. Para este supuesto el conflicto subyacente a las reglas de provisión y

⁶¹³ Art. 36.3 del Reglamento 1408/71 y 35.3 del Reglamento 883/04.

⁶¹⁴ Para las reglas de aplicación vid. la Decisión nº 175 de la Comisión Administrativa de 23 de junio de 1999 -DOCE de 19.2.2000-

pago de la asistencia sanitaria se muestra de modo más radical: una interpretación restrictiva, que dificulte la movilidad intracomunitaria por razones de asistencia sanitaria, choca con la idea raíz del proyecto comunitario, la libertad de circulación de personas, mientras que una lectura generosa o expansiva puede suponer una excesiva carga financiera para determinados Estados miembros, desequilibrando sus Sistemas, que son nacionales.

Por eso, la previsión de limitaciones a la dispensa de la asistencia sanitaria a un ciudadano de la UE por un Estado diferente del aquél en el que está asegurado, como es la *necesaria autorización* de éste, queda condicionada por el uso de conceptos jurídicos indeterminados, que permiten abrir el juego del derecho. Así sucede cuando se reconoce el derecho del beneficiario a recibir asistencia sanitaria cuando no pueda serle dispensada “*en el plazo normalmente necesario*” para obtener el tratamiento de que se trate en el Estado miembro en el que reside –Reglamento de 1971-, o “cuando no pueda ser dispensada en *un plazo razonable desde el punto de vista médico*” –artículo 20 Reglamento 883/04-. De este modo, una razón netamente económica –la garantía de *no afectación al equilibrio* financiero de los Sistemas Nacionales de Salud-, se enfrentaría a otra típicamente jurídica – la *garantía de prestación en un plazo adecuado* para que el derecho sea útil-

Precisamente, si en un primer momento la jurisprudencia del TJCE ha estado fuertemente influida por la salvaguarda de aquella garantía económico-financiera, desde 1998, ha tomado un rumbo marcadamente aperturista que, sin quebrar aquel criterio, está suponiendo la reducción del ejercicio soberano de la facultad de autorización. Una evolución que estaría conociendo en los últimos años un grado máximo, extremo para algunos, en aplicación de una libertad económica protegida al máximo nivel en el Derecho de la Unión Europea, como es la prevista en el artículo 49 TCE: el libre ejercicio de la prestación de servicios, hasta el punto de conformar una suerte de “mercado único de servicios sanitarios”⁶¹⁵.

⁶¹⁵ Desde una posición crítica se alude a la eventual configuración del derecho “al turismo sanitario a la carta”. Cfr. RON LATAS, R. P.. “*¿Existe un turismo sanitario a la carta?*”. AS. Abril. 2006. p.79. Más recientemente, para el estado de la cuestión en sede jurisprudencial y doctrinal, cfr. CARRASCOSA, Dolores. “*Desplazamiento intracomunitario para obtener asistencia sanitaria*”, inédito pero en curso de publicación.

Como es ampliamente conocido, incluso más allá de la esfera académica, dada la extraordinaria repercusión mediática, la posición renovadora del TJCE se produce en 2 sentencias de 28 de abril de 1998, recaídas en los *Asuntos prejudiciales Khol C-158/96 y Decker C-120/95*⁶¹⁶. En ambos casos los demandantes habían recibido prestaciones sanitarias ambulatorias en otros Estados Miembros distintos del de residencia, pero sin haber mediado la autorización administrativa previa establecida en el artículo 22.1.c) del Reglamento 1408/71. De ahí, que se denegara el reembolso de las prestaciones servidas cuyo coste fue anticipado por los demandantes.

En ambos asuntos el Tribunal considera que la Institución competente debe proceder al reembolso de los gastos ocasionados, al ser contraria al artículo 49 CE la aplicación de toda normativa nacional que tenga por objeto hacer mas difícil la prestación de servicios entre Estados miembros que la prestación de los servicios dentro de un Estado miembro. En términos de derecho subjetivo: el beneficiario de la asistencia sanitaria tiene derecho a acceder a los mismos servicios en otros Estados, siempre que no se produzca un quebranto económico al sistema de seguridad social del Estado del que es beneficiario. Una posición que consolidará en diferentes sentencias posteriores:

- STJCE 12.7.2001, Asunto Vanbraekel, respecto a la percepción de las prestaciones sanitarias de tipo hospitalario
- en la STJCE 13.5.2003, Asunto Müller-Fauré C-385/95, que reitera doctrina⁶¹⁷.

Como puede comprobarse, la misma evolución experimentada por la libertad de prestación de servicios en el ámbito estrictamente mercantil, a partir de la cual no sólo se prohíben las discriminaciones sino los obstáculos a las libertades, se proyecta en un

⁶¹⁶ En las sentencias del TJCE de 28 de abril de 1998, Asuntos Khol C-158/96 y Decaer C-120/95 constan los siguientes hechos que se resumen: El Sr. Khol afiliado a la Seguridad Social de Luxemburgo solicitó de la Institución Gestora de Asistencia Sanitaria autorización para que su hijo recibiera en Alemania un tratamiento de ortodoncia, petición que fue rechazada por considerar que el tratamiento no era urgente y podía ser servido en Luxemburgo. El Sr. Decker, también nacional de Luxemburgo, solicitó el reembolso del importe satisfecho por unas gafas recetadas por un facultativo de su país pero adquiridas en Bélgica, siendo denegado el reembolso por la Entidad Gestora por ser adquiridas en otro Estado Miembro sin la preceptiva autorización.

⁶¹⁷ En la sentencia del TJCE de 13 de mayo de 2003 recaída en el Asunto Müller-Fauré C-385/99: La señora Müller-Fauré afiliada a la Seguridad Social Holandesa se sometió a tratamiento odontológico ambulatorio en Alemania durante unas vacaciones en dicho Estado. Solicitado el reintegro del importe satisfecho, el reembolso es denegado al determinar la legislación de Holanda que las prestaciones sanitarias en especie sólo pueden ser servidas por los centros concertados por la Institución no siendo susceptibles de ser prestadas por otros facultativos a centros y posteriormente reembolsados salvo en situaciones excepcionales.

ámbito de servicios “sociales”: el servicio público sanitario. Contundente es, a tal fin, la doctrina elaborada en la STJCE 16.5.2006, Asunto Watts C-372/04⁶¹⁸.

En esta sentencia se indica que las prestaciones médicas dispensadas a cambio de una remuneración están comprendidas en el ámbito de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios, aún cuando se presten por un Sistema Nacional de Salud. El artículo 49 del tratado de las Comunidades Europeas se aplica cuando se reciben prestaciones médicas en un marco hospitalario a cambio de una remuneración en un Estado miembro distinto del Estado de residencia. Una aplicación que se entiende incluso con independencia del modo en que funcione el SNS al que dicha persona esté afiliada y al que se haya solicitado posteriormente que cubra dichas prestaciones. Ahora bien, consciente el TJCE del alcance “revolucionario” que podía tener esta doctrina si se entiende de forma incondicional, vuelve su mirada al límite de la necesaria autorización previa de la institución competente, con lo que retornan los condicionantes derivados del referido criterio económico-financiero: el equilibrio de los Sistemas Nacionales.

En este sentido, para el TJCE “el número de infraestructuras hospitalarias, su reparto geográfico, su organización y el equipamiento de que disponen, o la clase de servicios que pueden ofrecer, debe poder ser objeto de una planificación”. La Planificación nacional aparece, pues, como una condición o un presupuesto de la garantía para el Estado de poder ofrecer “un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones hospitalarias de calidad”. Este instrumento obedece al mismo tiempo a “la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos”. Un control que podría verse amenazado con un “flujo migratorio sanitario” entre Estados no ya sólo excesivo, animado por la libertad de prestación y acceso, sino “incontrolado”, al no ser conocido por la institución competente, pues se prescindiría de la autorización administrativa.

De este modo, para evitar estos resultados indeseados la doctrina del Tribunal propone, conforme al usual método de la ponderación, un compromiso transaccional: entre la tutela efectiva del libre ejercicio de la prestación de servicios, es decir de la conformación de un “mercado de servicios sanitarios” comunitario, por un lado, y el

⁶¹⁸ En la sentencia del TJCE de 16 de mayo de 2006 recaída en el Asunto Watts C-372/04: La Sra Watts de nacionalidad británica que padecía una artritis de cadera solicitó información sobre la posibilidad de ser operada en el extranjero siendo informada el plazo de espera para ser operada era de cuatro o cinco meses, plazo según el Servicio nacional de Salud ajustado a los objetivos de planificación del Sistema de Salud no suponiendo un retraso indebido. No obstante la Sra Watts se sometió a la intervención en Francia solicitando el reintegro de los gastos abonados en Francia pretensión que es denegada por la Entidad Gestora.

establecimiento de medidas de control por los Estados miembros de los flujos de movilidad demandantes de Asistencia sanitaria, por un imperativo general de racionalización de la oferta sanitaria, a través de la autorización administrativa previa. El compromiso obliga a que las limitaciones a la libre circulación de pacientes sólo operen:

- en el caso de que concurran las dos circunstancias previstas en el artículo 22.1.c) del Reglamento 1408/71 y
- al cumplimiento de ciertas condiciones sustantivas, de modo que el régimen de autorización se base en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos

En consecuencia, lo que se prohíbe es la arbitrariedad, por un lado, y la falta de transparencia, por otro, de los Estados miembros al fijar las autorizaciones. De ahí, la obligación positiva de los Estados miembros de establecer procedimientos accesibles y adecuados para garantizar que las solicitudes de autorización se tramitan en un plazo razonable conforme a criterios de objetividad y con la garantía al solicitante del acceso a la tutela judicial efectiva. Así una denegación infundada de la autorización dará lugar al derecho a ser reembolsado por la Institución competente de las prestaciones servidas en otros Estados miembros.

Ahora bien, hay que tener en cuenta igualmente que este procedimiento autorizador se presenta como restricción de una libertad comunitaria, por lo que exige una interpretación restrictiva, evitando que pueda convertirse en un “obstáculo” para su ejercicio. La fijación del plazo ha de ser diferente atendiendo a cada caso, procediéndose a una evaluación objetiva del estado patológico del paciente atendiendo a toda circunstancia relevante.

En consecuencia, no bastará con establecer una “lista de espera” con tiempos o plazos médicamente –no administrativamente- adecuados con carácter general, sino que será preciso analizar en cada caso la utilidad de ese plazo respecto del paciente concreto. De este modo si la lista de espera sobrepasa el plazo aceptable con arreglo a una evolución clínica objetiva del conjunto de circunstancias que concurren en el beneficiario y sus necesidades de asistencia lo requieren la institución competente no puede denegar la asistencia en otro Estado Miembro en el que la prestación se puede realizar en tiempo oportuno desde el punto de vista terapéutico.

La emisión de la autorización para recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro producirá un reparto de competencias entre el Estado miembro competente y

el Estado miembro receptor del paciente, correspondiendo en dicho reparto al Estado competente las competencias de autorizar o en su caso denegar la autorización instrumentada en el documento E-112 y satisfacer al Estado miembro destinatario el coste de los servicios prestados cediendo la competencia sobre toda actuación terapéutica al Estado miembro receptor que deberá tratar al beneficiario recibido en idénticas condiciones que a un beneficiario propio⁶¹⁹.

Precisamente, respecto de la obligación de reintegro de gastos por la institución competente del coste de la asistencia sanitaria, el Título V del reglamento 574/72 establece un sistema de cooperación financiera recurriendo a dos técnicas:

- el reembolso entre los Estados miembros implicados de los gastos reales de las prestaciones satisfechas por la Institución de estancia receptora del paciente. Se utilizado cuando la asistencia se recibe en el curso de un desplazamiento temporal.
- la fijación de una cantidad a tanto alzado pagada por un Estado a otro con independencia del uso que de la asistencia sanitaria efectúe el paciente y el coste de la misma. Se utiliza cuando el beneficiario no reside en el Estado competente.

En este último supuesto, además, el cambio de residencia y la transferencia de la cantidad a tanto alzado implican trasladar todas las competencias de asistencia sanitaria. A la institución competente del Estado miembro corresponderá:

- prestar la asistencia sanitaria.
- autorizar la oportunidad de recibirla en otro, incluido el inicialmente competente,
- reintegrar el coste, incluso la asistencia servida por el Estado de origen (STJCE 3.7.2003, Asunto RP Van Duin e In Van Wergber-Van Brodelore)

Esta última técnica es la utilizada esencialmente en el supuesto de los pensionistas que cambian de residencia, como vimos, regla que se modifica, en los términos expuestos en los puntos anteriores, en el Reglamento 883/04.

⁶¹⁹ Sentencia del TJCE de 12 de abril de 2005 recaída en el asunto Annette Kéller C-145/03. Ampliamente PEREZ GOMEZ, J.M. *“El problema del reintegro de gastos sanitarios realizados en un Estado miembro sin la autorización del Estado de origen del paciente”*. Derecho y Salud. Volumen 14. marzo 2006.

Respecto a la primera técnica financiera, es decir la del reembolso a la Institución de Estancia que sirve la prestación de los gastos ocasionados puede plantearse básicamente 2 situaciones. En primer lugar, que la legislación del Estado de estancia prevea una cobertura íntegra del coste del tratamiento hospitalario dispensado en él. En este supuesto la institución competente reintegrará, normalmente directamente, el coste de la prestación a la institución que prestó los servicios y, por tanto, la prestación será gratuita para el interesado en todo caso.

En segundo lugar, que la prestación sea íntegramente gratuita en el Estado competente y, por el contrario, no lo sea en el Estado en el que el beneficiario recibe la prestación de servicios, obligando a abonar al interesado una parte de las prestaciones recibidas. En estos casos, de conformidad con la más reciente doctrina del TJCE, la Institución competente abonará

- a la institución que prestó los servicios o al interesado, en el supuesto de que este hubiera adelantado el pago, una cantidad equivalente al porcentaje de gastos que la institución que sirve la prestación asuma de conformidad con su legislación
- un pago complementario a favor del interesado, consistente, en su caso, en la diferencia entre el importe facturado por el Estado que sirvió la prestación sanitaria y el importe del coste objetivamente cuantificado de un tratamiento equivalente con arreglo a su legislación en el Estado competente y ello, evidentemente, cuando este último importe sea superior a aquél⁶²⁰.

3. LA PROTECCIÓN FRENTE A LAS “SITUACIONES DE DEPENDENCIA” Y EL DERECHO COMUNITARIO DE COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

3.1. La protección frente a la dependencia como derecho fundamental del ciudadano europeo

⁶²⁰ Sentencia de 16 de mayo de 2006 recaída en el Asunto Watts C-372/04.

En un plano sustantivo e institucional ya hemos visto cómo el artículo 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales recuerda que “*el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales*” garantiza una protección:

“... en casos como... la **dependencia**... según las modalidades del derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”

La evolución del Derecho Social Comunitario parece ir en esa doble línea. Por un lado, la configuración de la protección frente a la dependencia como un derecho específico, dotado de cierta autonomía y sustantividad propias. Por otro, esa autonomía no alcanzaría como para desgajarlo del Sistema de Protección Social por antonomasia, la Seguridad Social. No obstante, la ambigüedad del precepto comunitario es evidente, por cuanto recoge como un solo derecho el acceder a “prestaciones de seguridad social” y a “prestaciones de servicios sociales”.

Al margen de la solución transaccional, no exenta de problemas y conflictos alcanzada en sede “nacional” o estatal española, que ha eludido el título de la Seguridad Social para construir la garantía del derecho a la atención de la dependencia, lo cierto es que no existe un tratamiento único en los países de la Unión Europea. Esta diversidad de modos para afrontar la protección frente a las situaciones de dependencia se presenta aún más grave si se tiene en cuenta, como veremos, que el Derecho Comunitario de Coordinación no contempla dentro de su ámbito el riesgo de dependencia, por lo que el rechazo de su entendimiento como Seguridad Social podría provocar la expulsión de las reglas de coordinación, con los consiguientes efectos obstaculizadores de las libertades de circulación de personas y, por qué no, de prestación de servicios de “dependencia”.

3.2. La diversidad de modelos de protección frente a las situación y/o riesgo de dependencia en los países comunitarios

De modo sintético, podemos encontrar en las experiencias comparadas de la Unión Europea⁶²¹ hasta 3 modelos de protección social de las situaciones de dependencia:

- 1) La dependencia como “riesgo social” a proteger a través del Sistema de Seguridad Social, esto es, a partir de la contribución de los beneficiarios mediante el clásico sistema de cotizaciones sociales –

⁶²¹ Cfr. PÉREZ MENO, V. “*Prestaciones de dependencia: situación comparada en la Unión Europea*”. RMTAS. Número 47, 2003, págs. 295 y sgs.

Alemania (seguro de dependencia), Austria, Bélgica y Luxemburgo (sistema de financiación mixto, 45% Presupuestos del Estado más tasas de cotización del 1% sobre las rentas del trabajo y del patrimonio, a la que se añade una cotización especial de la tasa de electricidad)-

- 2) La dependencia como “situación de necesidad” a proteger a través del reconocimiento de un *derecho universal* a todas las personas que se encuentren en ella – Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Países Bajos, Reino Unido, Suecia...-. En este caso, se convierte en eje del contemporáneo *Derecho de la Acción Social*, que es asumido a través de fuerte compromiso presupuestario público y gestionado a través de una amplia red de “servicios de proximidad”, tanto públicos como privados. En muchos países se produce una estrecha conexión con los servicios sanitarios, hasta conformar una prestación específica, la denominada “prestación socio-sanitaria”⁶²².
- 3) La dependencia como “situación de necesidad” a proteger mediante la acción social selectiva, esto es, sólo para aquellas personas que no poseen la capacidad económica para hacer frente a sus efectos – Italia, Grecia...-. De ahí, que se enmarque en la configuración clásica del *Derecho de la Asistencia Social*, de modo que su protección básica se haría a través de los “seguros de dependencia” pero privados –técnica de mercado-

Aunque no es el tema central que aquí nos ocupa, no podemos dejar de hacer referencia a la opción finalmente seguida por el legislador español, dotada de una elevada dosis de polémica, que tendrá que ser resuelta por el Tribunal Constitucional a

⁶²² La posición mayoritaria en nuestro país llevó a establecer esa conexión para evidenciar la necesidad de que se implique el Sistema de Seguridad Social. Así, en el Informe del Defensor del Pueblo sobre la “atención socio-sanitaria en España: perspectiva gerontológico y otros aspectos conexos” se abogaba claramente por una reforma que diera a la dependencia “una regulación coherente, eficaz y eficiente en el marco del sistema de Seguridad Social” (2000). Autores de gran prestigio apoyaron esta idea, hasta el punto de recomendar vivamente una “cobertura del riesgo por parte de la Seguridad Social, ya que es en este marco en el que puede construirse institucionalmente un seguro de tipo universal independiente”. Vid. RODRIGUEZ CABRERO, G. *El Estado de Bienestar en España: debates, desarrollos y retos*. Fundamentos. Madrid. 2004. página 265.

raíz de los diversos recursos de inconstitucionalidad ya presentados contra la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Como es sabido, esta Ley ha renunciado expresamente a ubicar la tutela de estas situaciones en el Sistema de Seguridad Social, para acoger el título horizontal que le aporta el artículo 149.1.1ª CE -la regulación de las condiciones básicas de ejercicio de los derechos-. De este modo, y pese a las críticas recibidas por la debilidad, real o pretendida, de este título y por su singularidad, se ha querido evitar la polémica, hoy irresoluble sólo en el plano conceptual en nuestro Derecho, que viene arrastrando el tema de las relaciones entre “Seguridad Social” y “Asistencia Social”. Un título este último que, por cierto, ha sido expresamente abandonado por los nuevos Estatutos de Autonomía, que lo han desplazado por el más ambiguo, y generoso para el Autogobierno, de los “Servicios Sociales” o, incluso, de la “Acción Social”, materias para las que expresamente la CE no prevé ningún título de atribución, por lo que en principio podría operar la cláusula residual favorable a las CCAA del artículo 149.3 CE.

Consecuentemente, el Derecho español habría optado por la configuración de la protección a la dependencia como un derecho universal de ciudadanía social, a través de un “Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia” –SAAD- que, construido sobre el típico esquema de la técnica de los “Sistemas Nacionales”, aunque por motivos políticos y no técnicos haya desaparecido este “adjetivo” de “nacional”, aparecería como acción complementaria de la Seguridad Social, pero externo a ella. En un plano material, se dice que esta materia pertenecería a los “Servicios Sociales” y, por tanto, al ámbito de la acción autonómica, si bien el Estado central tiene competencia para regular esta materia si se limita a fijar las condiciones básicas del ejercicio del derecho, para garantizar una protección mínima, o suficiente, común a todo el territorio nacional –función equitativa-, sin perjuicio de la apertura de amplios espacios a niveles de protección propios de las CCAA. Como es obvio no podemos entrar aquí en un análisis detenido de tan importante pero delicada materia, por desbordar este espacio. En esta sede, y a efectos estrictamente funcionales a nuestro tema de estudio, bastará con alguna observación en orden a la autonomía de los conceptos de Derecho Comunitario respecto de los nacionales, de modo que la ubicación del Sistema español dentro o fuera de la “Seguridad Social”, a efectos de coordinación de prestaciones, no dependerá de la

caracterización legal española sino de su ajuste a las normas comunitarias y a la jurisprudencia comunitaria, de signo expansivo.

3.3. La configuración de la protección frente a las situaciones de dependencia a efectos del Derecho Comunitario de Coordinación

La libertad de circulación de ciudadanos europeos, con el avance en el sistema de transportes, empieza a no tener límites ni por razón de la edad ni por razón de la “discapacidad”. La práctica frecuente, como ilustra el análisis de la población de zonas en España como la Costa del Sol, de fijación de la residencia para pasar la última etapa de la vida en un Estado comunitario diferente del Estado de origen –de nacionalidad- ha llevado a que una prestación contemplada de modo amplio, aunque diferenciado, en la UE, como es la dependencia, requiera resolver el problema de si entra o no dentro del ámbito de las reglas comunitarias de coordinación. La “complejidad” de esta técnica de protección, que integra tanto prestaciones económicas como prestaciones en especie⁶²³, y la muy diversa “naturaleza” otorgada a las mismas en los diferentes Estados miembros, hace difícil la respuesta.

A estos efectos, de poco servirá acudir a la normativa reguladora de esta materia porque, como se advirtió en el apartado introductor, el Reglamento 1408/71 no contempla, en su listado de riesgos y contingencias protegibles, la dependencia. El Reglamento 833/2004 sorprendentemente tampoco. El carácter cerrado de este listado determinaría que o bien lo podemos incluir en algunas de las ramas de Seguridad Social incluidas en la normativa o bien habría que concluir que no son objeto de coordinación. Que no todas las prestaciones emergidas en los Sistemas de Seguridad Social en particular, y de Protección Social en general, quedan incluidas dentro de su ámbito lo pone de manifiesto una abundante jurisprudencia del TJCE, en relación a situaciones nuevas, como en su día lo fueron, por ejemplo, las “prestaciones de prejubilación” (STJCE 16.1.1992, C-57-90)⁶²⁴.

La jurisprudencia comunitaria, sin embargo, y en expresión de ese dinamismo evolutivo que la caracteriza y su signo expansivo, en aras de favorecer la aplicación de la norma comunitaria –jurisprudencia de valores- ha entendido que sí opera respecto de

⁶²³ La Decisión 2000/142/CE, 23.6, de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, entendió que se trataba de una “prestación en especie”.

⁶²⁴ Cfr. GARCÍA DE CORTAZAR, C. “Las nuevas propuestas de la Comisión para modificar el Reglamento 1408/71. Prestaciones de desempleo y prejubilación”. NUE, número 157, 1998.

ellas las reglas de coordinación, si bien es evidente que tal opción sólo es posible a partir de la configuración de un concepto propio comunitario de Seguridad Social. El carácter de conceptos determinados por la función que asume el instrumental diseñado en el Derecho Comunitario y aplicado e integrado por una jurisprudencia evolutiva y finalista, como la del TJCE, debe evitar “peligrosas” generalizaciones. Casi una década de pronunciamientos del TJCE ha consolidado una jurisprudencia sólida aunque no exenta de contradicciones.

Las primeras decisiones son de 1998. En la STJCE 5 de marzo de 1998 se delimitó el seguro de dependencia como aquél cuya finalidad era la de “mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales”. A partir de este entendimiento el paso siguiente era evidente: encuadrar el seguro de dependencia dentro de las prestaciones de Seguridad Social, a través de su rama de enfermedad. Para el TJCE no estaríamos sino ante una técnica de acción protectora complementaria del seguro de enfermedad, por lo que los evidentes rasgos diferenciadores que presentan respecto de éstas no serían de tal calibre como para excluir la corrección de esta asimilación.

Consolidada esta identificación ahora se planteaba el problema de discernir si estamos ante una prestación en metálico o en especie. Una calificación que, una vez más, no es baladí o puramente teórica, por cuanto está en juego la aplicación del principio de conservación de los derechos adquiridos y su técnica de aplicación, la ya vista exportación de prestaciones. Recuérdesse que quedan exceptuadas de las reglas de coordinación las “*prestaciones no contributivas de carácter especial*”. A este respecto, una vez más evidenciando la extremada funcionalidad de sus construcciones, el TJCE se pronuncia por su carácter de prestación en metálico, asimilándose así, entonces, a las prestaciones económicas por enfermedad, que son abonadas y sufragadas pro el Estado competente en el que el interesado está asegurado o por el Estado deudor de la pensión, sin restricciones de exportación. En consecuencia, el trabajador o el pensionista – persona asegurada- tendrá derecho al pago de las prestaciones en metálico –subsidio de cuidados- en el Estado miembro en que resida

Las consecuencias prácticas son claras. De un lado, los trabajadores o pensionistas exclusivamente en virtud de su legislación –por ejemplo Alemania- que residan en otro que no tengan reconocida este tipo de prestación – ejemplo España, de

momento-, podrán recibir de aquélla el subsidio de cuidados. Por otro, la consideración del seguro de dependencia como parte de la rama de enfermedad, podría dar lugar a que sólo en virtud de la legislación de origen que no reconoce la prestación, pero que resida en un Estado que sí la reconozca, podrá beneficiarse de las “prestaciones en especie” que formen parte del seguro de enfermedad –por ejemplo, las prestaciones sociosanitarias-⁶²⁵.

Esta construcción se consolidó en relación al seguro de dependencia austriaco – STJCE 8 marzo 2001-, pese a estar excluido en el Anexo específico del Reglamento relativo a las prestaciones no contributivas especiales. Para el TJCE:

“ya sea de carácter contributivo o no contributivo esta asignación debe ser considerada como una prestación en metálico y, por tanto, no puede ser considerada como una prestación especial distinta de las prestaciones normales de enfermedad en metálico, por lo que no está incluida en el apartado 2 bis del artículo 4 del Reglamento...” (insiste en esta conexión con el seguro de enfermedad la STJCE 8 de julio de 2004)

En definitiva, no es la cláusula de residencia y el principio de soberanía los que rigen estas prestaciones y, por tanto, resultarían plenamente exportables. No obstante, la diferente configuración en los distintos Estados miembros ha obligado al TJCE a perfilar con mayor precisión la configuración de estas prestaciones, de modo que no se descarta en algunos la no exportabilidad. En todo caso, queda claro que es necesario revisar todas las prestaciones listadas como no exportables en orden a determinar este doble carácter, no contributivo y especial. El carácter restrictivo es evidente, dado que estamos en un espacio de garantía de una libertad de circulación fundamental, la de personas. Por eso, sólo deberían catalogarse como especiales y, por tanto, no exportables, las orientadas a “prevenir la pobreza y proteger a las personas con discapacidad que tienen una relación lo suficientemente estrecha con el entorno social y económico del Estado miembro”⁶²⁶.

⁶²⁵ Cfr. GARCÍA DE CORTAZAR, C. “¿ Libre circulación de pacientes en la UE? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria europea”. RMTAS. Número 47.2003.

⁶²⁶ Cfr. MERCADER UGUINA, J. “*Concepto y concepciones de la dependencia*”. RL. 2004, que cita la Comunicación de la Comisión sobre la “Libre circulación de trabajadores: la plena realización y sus posibilidades” – COM 2002 0694 final-

4. REFLEXIÓN FINAL

En definitiva, a diferencia de lo sucedido en otros aspectos de la Sanidad, como la protección de los consumidores, o incluso la protección del medio ambiente, no han sido las instituciones “políticas” comunitarias las que han promovido la integración hacia un “mercado único de servicios”. Ha sido el TJCE el que ha provocado este “seísmo”, como sucediera con los servicios de empleo, aplicando el Derecho de la Competencia.

De nuevo, pues, la institución jurídica promueve un desarrollo del derecho social a través de la recepción de las libertades mercantiles, como la libre prestación de servicios. A tal fin, ha elaborado, ilustrando una vez más su función creadora de Derecho Objetivo, una solución de compromiso entre

- el interés estatal de protección del Sistema Nacional frente a los desajustes que para sus estructuras podría provocar un flujo de pacientes descontrolado
- el interés de éstos en recibir asistencia sanitaria donde pueda ser servida con mayor satisfacción y, cómo no
- el interés de algunos proveedores de servicios sanitarios de ampliar su ámbito de actuación, siendo cubierto por otro Estado

Cualquiera que sea la opinión que se mantenga al respecto, lo que es incuestionable es la capacidad del TJCE de innovar el ordenamiento comunitario provocando saltos de calidad que, antes o después, alcanzan al entramado normativo. Ciertamente que a veces se ve obligado a hacer “encaje de bolillos” para mantener un funcionamiento del mismo dentro de una razonable eficacia, aún a costa de la coherencia. Así ha sucedido respecto del tratamiento del “seguro de dependencia” que, sin duda de manera forzada, ha encuadrado dentro de la “*rama de prestaciones de enfermedad*”. El momento de la actualización de los Reglamentos comunitarios en materia de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, que como línea general perseguía adaptar la regulación a las nuevas realidades y a los criterios sentados por el TJCE, se ha desaprovechado para dotar de un tratamiento moderno a un ámbito esencial de la Protección Social de nuestros días

En efecto, el Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de abril, sobre Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social no ha

considerado oportuno incluir dentro de su ámbito material de aplicación la contingencia. Paradójicamente, otras prestaciones antaño relegadas u olvidadas, incluso desatendidas por el TJCE, como las prestaciones de “prejubilación”, sí han conseguido entrar, mientras que un ámbito hoy tan extenso y señalado como el de la protección por dependencia, aún deberá esperar. Quizás pueda pensarse que este tipo de prestaciones, precisamente porque se refieren a personas con problemas de movilidad no planteará problemas específicos. La realidad de las cosas – creciente presencia de otros nacionales de avanzada edad en zonas climatológicamente más hospitalarias o favorables- y la experiencia de la jurisprudencia comunitaria evidencian que sí es un asunto relevante para el Derecho Social Comunitario.

LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA A NIVEL COMUNITARIO

JULIA MUÑOZ MOLINA

**Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba**

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: EL MODELO ESPAÑOL DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA.

2. LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.

2.1.-Principales acciones de las instituciones comunitarias en materia de protección complementaria, previas a la directiva 98/49/CE.

2.2.- La Directiva 98/49/CE:

2.2.1.- Ámbito de aplicación subjetivo.

2.2.2.- Ámbito material.

2.2.3.- Medidas de salvaguardia de los derechos de pensión de los trabajadores que se desplazan en la comunidad

2.2.4.- Disposiciones finales.

3. ACCIONES DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS POSTERIORES A LA DIRECTIVA 98/49/CE.

3.1.- Coordinación fiscal.

3.2.- Fondos de pensiones.

3.3.-. Supresión de los obstáculos a la movilidad profesional. Transferencia de los derechos de pensión complementaria.

4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN: EL MODELO ESPAÑOL DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

El art. 41 de la CE impone a los poderes públicos el deber de mantener “un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”, y añade que “la asistencia y prestaciones complementarias serán libres”. El precepto constitucional distingue, en el sistema de protección social que él diseña, entre un régimen público, mínimo, básico y obligatorio de Seguridad Social, y un régimen complementario, libre y voluntario, ya que al ordenar que las prestaciones complementarias sean “libres”, el constituyente está impidiendo la obligatoriedad en la implantación del nivel complementario⁶²⁷. Al mismo tiempo, la redacción del precepto, admite la posible concurrencia en este ámbito de protección de la iniciativa privada y de la iniciativa pública, rechazando el monopolio público estatal en el establecimiento y gestión de estas prestaciones complementarias voluntarias⁶²⁸.

No obstante, el legislador ordinario ha optado por la iniciativa privada para el establecimiento y gestión de la protección social voluntaria. Se trata de una protección adicional a la ofrecida por el Sistema público de Seguridad Social, pero en ningún caso sustitutiva ni alternativa del mismo. Dentro de la protección social voluntaria podemos distinguir: una estrictamente complementaria, en tanto sus ámbitos subjetivo y objetivo coinciden con los establecidos por el régimen público de Seguridad Social, y cuya función es mejorar la protección básica dispensada por el mismo; otra suplementaria o autónoma, en cuanto protege a personas no incluidas en el ámbito subjetivo del régimen público de Seguridad Social o cubre contingencias o riesgos distintos a los previstos por

⁶²⁷ En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L. Público y privado en el sistema de pensiones, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 105 y 106.

⁶²⁸ En este sentido, DEL VAL TENA, A.L. La Exteriorización de los Compromisos por Pensiones: el Régimen Jurídico de la Protección de los Trabajadores, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 20; AGUILERA IZQUIERDO, R., BARRIOS BAUDOR, G., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. Protección Social Complementaria, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2003, pp. 52 y 53.

ese régimen, ya sea porque otorgue prestaciones de distinta naturaleza de las que conforman la acción protectora del régimen público⁶²⁹.

La protección complementaria privada comprende dos grupos de medidas⁶³⁰: por un lado, las medidas que cada sujeto quiera otorgarse particularmente a través de los distintos instrumentos financieros de ahorro existentes en cada momento (planes de pensiones y seguros de vida individuales); por otro lado, las medidas de protección complementaria que el empresario otorgue a sus trabajadores, y que se conocen con el nombre de mejoras voluntarias⁶³¹.

Las mejoras voluntarias están previstas en el TRLGSS como mecanismo de protección complementario de la acción protectora que el Sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el art. 7.1 del TRLGSS⁶³². El art. 39.1 del TRLGSS prevé que la modalidad contributiva de la acción protectora de la SS podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que establezcan las normas reguladoras de cada uno de los Regímenes que conforman el Sistema de la Seguridad Social⁶³³.

El art. 191.1 del TRLGSS prevé dos tipos de mejoras voluntarias: mejora por tipos de cotización adicionales⁶³⁴ y mejora directa de prestaciones⁶³⁵, única modalidad operativa en la práctica.

⁶²⁹ En este sentido, AGUILERA IZQUIERDO, R., BARRIOS BAUDOR, G., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. Protección Social....., op. cit., pp. 29-30; DEL VAL TENA, A.L. La Exteriorización de los Compromisos....., op. cit., p. 21.

⁶³⁰ AGUILERA IZQUIERDO, R., BARRIOS BAUDOR, G., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. Protección Social..., op. cit., pp. 135-136.

⁶³¹ Un análisis en profundidad en GALA DURÁN, C. El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social, J.M^a. Bosch, Barcelona, 1999.

⁶³² Trabajadores por cuenta propia o ajena incluidos en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social.

⁶³³ Para el Régimen General: arts. 191 a 194 del TRLGSS y Orden de 28 de diciembre de 1966.

⁶³⁴ Consiste en la aprobación por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a instancia de los interesados, de un incremento en el tipo de cotización legalmente vigente con el objeto de conseguir un aumento paralelo de la cobertura del trabajador, tanto de las prestaciones ya causadas o de las futuras (art. 194 TRLGSS). Modalidad que no ha sido utilizada en la práctica.

⁶³⁵ Consiste en el compromiso empresarial, de otorgar a favor de sus trabajadores y normalmente a su exclusivo cargo, una cobertura adicional a la establecida por el sistema de la Seguridad Social. Cuando tales mejoras supongan una aportación económica a cargo de los trabajadores, estas mejoras directas deben ser autorizadas por el ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y los trabajadores afectados pueden acogerse o no, individual y voluntariamente, a las mejoras concedidas (art. 192 TRLGSS).

Respecto de las mejoras directas, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre⁶³⁶ es preciso realizar una segunda clasificación fundamental, que gira en torno a su gestión: mejoras voluntarias “no externalizadas”, es decir, gestionadas mediante fondos internos de la empresa; y mejoras voluntarias “externalizadas”, es decir, aquellas que deben ser obligatoriamente gestionadas por mecanismos externos a la empresa.

En efecto, la disposición adicional undécima de la LOSSP⁶³⁷, limita la libertad de gestión prevista en el art. 193.1 del TRLGSS⁶³⁸ y exige que los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, deberán instrumentarse mediante contratos de seguro, o a través de la formalización de un plan de pensiones o de ambos a la vez⁶³⁹. A estos efectos, la propia disposición mencionada señala que, constituyen compromisos por pensiones “los derivados de obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa y vinculados a las contingencias establecidas en el artículo 8.6 de la LRPFP”. Las contingencias son jubilación, incapacidad permanente o fallecimiento⁶⁴⁰.

El origen de esta obligación legal de externalizar deriva de una Directiva Comunitaria 80/987, 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, para que éstos y otros derechos no quedaran sin contenido⁶⁴¹. El art. 8 de la Directiva sólo exige que los Estados adopten las medidas

⁶³⁶ Ley de ordenación y Supervisión del Seguro Privado (en adelante LOSSP).

⁶³⁷ Que dio nueva redacción a la entonces disposición adicional primera de la Ley 8/1987, de 8 junio, de Planes y Fondos de Pensiones, en la actualidad derogada y su contenido incorporado a la disposición adicional primera del RD Legislativo 1/2002, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (en adelante LRPFP).

⁶³⁸ “Las empresas, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, podrán realizar la mejora de prestaciones a que se refiere el artículo anterior, por sí mismas o a través de la Administración de la seguridad Social, Fundaciones laborales, Montepíos y Mutualidades de previsión Social o Entidades aseguradoras de cualquier clase”.

⁶³⁹ En estos casos se habla de exteriorización, también denominada externalización o instrumentación.

⁶⁴⁰ Respecto de las mejoras directas vinculadas al resto de las contingencias, prestaciones temporales (IT, maternidad, riesgo durante el embarazo, desempleo...), se mantiene la opción prevista en el TRLGSS, por lo que pueden gestionarse con cargo a fondos internos de las empresas.

⁶⁴¹ El art. 8 de la Directiva señala expresamente que “los Estados miembros se asegurarán de que se adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya han dejado la empresa o el centro de actividad del empresario, en la fecha en que se produce la insolvencia de éste, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social”.

necesarias para proteger los intereses de los trabajadores, pero no concreta cuáles son esas medidas. Ante esta falta de concreción, el legislador español ha considerado como medida de garantía suficiente la “externalización” de los compromisos por pensiones a través de contrato de seguro o plan de pensiones, pues ambos mecanismos constituyen patrimonios separados que podrán hacerse cargo de los compromisos por pensiones asumidos por los empresarios en caso de insolvencia de éstos⁶⁴². Estos instrumentos cuentan con garantías específicas con las que se pretende mantener su solvencia y hacer frente, en el momento de su devengo, a los derechos adquiridos por los partícipes y beneficiarios⁶⁴³.

Esta medida ha supuesto un gran avance y un extraordinario sistema de garantía de las prestaciones comprometidas, al sustituir la gestión interna, que tradicionalmente se ha utilizado para los sistemas complementarios, por fondos y gestores externos.

La protección social complementaria viene siendo objeto, desde hace años, de una intensa promoción e incentivo por parte de los poderes públicos; en este sentido, el Pacto de Toledo⁶⁴⁴, en su Recomendación núm. 14, reconoce que el sistema público y obligatorio puede complementarse, voluntariamente, por sistemas de ahorro y protección social, tanto individuales como colectivos, externos a la Seguridad Social, que tengan por objeto exclusivo mejorar el nivel de prestaciones que otorga la Seguridad Social pública, y por ello, “se recomienda abordar la ordenación de la

⁶⁴² El proceso de exteriorización se ha efectuado al amparo de la LRPFP de 8 de junio de 1987 y el RD 1588/199, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores y beneficiarios. Sobre el régimen jurídico de la exteriorización vid., entre otros, DE VAL TENA, A.L. La Exteriorización de los Compromisos por Pensiones.....op.cit., pp. 47 y ss.

⁶⁴³ En esta línea, DE VAL TENA, A. L. “La exteriorización de los compromisos...”, op. cit., pp. 187 y ss; MONEREO PÉREZ, J.L. Los planes de pensiones del sistema de empleo: la incidencia de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 62, entre otros, valoran de forma positiva la exteriorización como mecanismo de garantía que a los Estados miembros obliga a establecer el art. 8 de la Directiva 80/987/CE. No obstante, para un sector de la doctrina opina que con la obligación de externalización no se está dando total cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva comunitaria, la opción más garantista hubiera sido la constitución de un fondo de garantía que, bajo la tutela y responsabilidad empresarial, cubriera todos los supuestos de insolvencia que pudieran darse en sede de protección complementaria. En este sentido, ARADILLA MARQUÉS, M. J. “Los instrumentos para la previsión complementaria en la empresa: situación normativa actual”, en AA.VV. Las pensiones sociales: problemas y alternativas, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, p. 254; DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C. Las mejoras voluntarias: análisis reciente de la negociación colectiva y jurisprudencia”, en Revista Española de Derecho del Trabajo, nº. 62, 1993, P. 284.

⁶⁴⁴ Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán realizarse, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1996.

previsión social complementaria, potenciándola como elemento de consolidación del modelo de protección social configurado en el artículo 41 de la Constitución. Asimismo, se propone la actualización y mejora de los actuales incentivos fiscales dirigidos a la promoción de dicho sistema complementario, con especial atención a los sistemas colectivos”.

En la misma línea, el “Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social”⁶⁴⁵ hace una valoración positiva de los sistemas voluntarios complementarios del sistema público, tanto individuales como colectivos, por su contribución a la efectividad del sistema constitucional de protección social y su virtualidad para el ahorro, pidiendo un régimen de garantías básicas y una regulación adecuada desde el punto de vista fiscal.

En desarrollo de la recomendación núm. 14 del Pacto de Toledo, se elaboró una Proposición no de Ley sobre los Sistemas Complementarios de previsión social, aprobada el 17 de diciembre de 1997⁶⁴⁶, con el propósito de conseguir que la mayoría de los ciudadanos accedan a un régimen de previsión social que permita percibir prestaciones en forma de renta, a través del fomento del ahorro finalista a largo plazo. Asimismo, dicha Proposición considera aconsejable abordar la reforma de los sistemas de previsión social a través de una racionalización de la normativa reguladora mediante un texto legislativo de previsión social complementaria que integre todas las disposiciones existentes en esta materia. A tal fin establece unos principios o medidas básicas: potenciación de los sistemas colectivos sobre los individuales; movilidad de derechos para que haya “portabilidad” dentro de un mismo instrumento de previsión social complementaria; preferencia por los sistemas de prestación definida frente a los de aportación definida; articulación de los productos de previsión social a través de formulas actuariales de capitalización; tratamiento fiscal homogéneo a todos los sistemas de previsión social.

⁶⁴⁵ Pacto suscrito, el 9 de octubre de 1996, por el Gobierno y los sindicatos más representativos a nivel estatal.

⁶⁴⁶ Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 5 de enero de 1998, Serie D, núm. 229.

Con posterioridad, el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, firmado el 9 de abril de 2001⁶⁴⁷ considera necesario introducir modificaciones en el marco regulador vigente en una triple dirección: en primer lugar, mediante la potenciación de los planes de pensiones del sistema de empleo, facilitando la incorporación de las PYMES y de empresarios individuales a planes de promoción conjunta o, en su caso, propios; en segundo lugar, mediante la mejora de la interacción de los planes de pensiones de empleo con la negociación colectiva, haciendo compatible el ámbito supraempresarial con los acuerdos a nivel de empresa para tener en cuenta circunstancias específicas; y por último, como reformas específicas, se apunta la definición de las contingencias previstas en la normativa de planes de pensiones, abordar la problemática de las Comisiones de Control de los Planes y Fondos de Pensiones y modernizar las posibilidades de gestión e inversión de los fondos de pensiones en el contexto de la Unión Europea⁶⁴⁸.

Por último y en la misma línea, el Informe para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo, aprobado el 2 de octubre de 2003⁶⁴⁹, aboga por la profundización en las políticas que permitan avanzar hacia un sistema complementario de asistencia y prestaciones, externo a la Seguridad Social, de carácter voluntario y financiado con aportaciones privadas, que sirva de complemento y mejora a las prestaciones de la Seguridad Social. Añade que en este objetivo se hace imprescindible la adopción de medidas que permitan la extensión de los sistemas de empleo, para lo que la negociación colectiva se convierte en una vía estratégica de extensión de la previsión empresarial, pero teniendo en cuenta las particularidades de las pequeñas y medianas empresas.

En definitiva, España apuesta por reforzar el papel de los sistemas complementarios dentro de las empresas, mostrando especial interés en el fomento de los sistemas de empleo para PYMES. Como señala el Informe, anteriormente citado, a pesar de las medidas adoptadas en los últimos años y el incremento de los beneficios fiscales, los sistemas complementarios no han alcanzado el grado de desarrollo que han

⁶⁴⁷ Por el Gobierno, el sindicato Comisiones Obreras y las patronales CEOE y CEPYME.

⁶⁴⁸ Muchas de estas propuestas se trasladaron a la LPFP (Ley 8/1987) por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que modificó varios de sus preceptos. Hoy recogidas en el actual TRLPFP, aprobado por RD- Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

⁶⁴⁹ Conocido como “Renovación del Pacto de Toledo”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

experimentado en otros países y no se corresponden con el desarrollo y el nivel de vida de los españoles.

Realizadas estas indicaciones generales, podemos concluir que la concreción del mandato constitucional recogido en el art. 41 de la CE se ha traducido en un modelo de protección social donde coexisten el sistema público de Seguridad Social, de carácter obligatorio, y los sistemas privados, de carácter voluntario, que complementan el nivel público. El sistema público de la Seguridad Social constituye el primer pilar de la protección social; a su vez, dentro de los sistemas privados hay que distinguir, los mecanismos de previsión complementaria colectivos, promovidos por empresas en beneficio de sus propios trabajadores (planes de pensiones del sistema de empleo y seguro colectivo de vida), que constituyen un segundo pilar; y los sistemas de ahorro de tipo individual, que constituyen el tercer pilar de la protección.

2. LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.

En la Unión Europea no existe un sistema homogéneo de Seguridad Social y, por consiguiente, tampoco existe un único modelo de protección social voluntaria. A pesar de esta diversidad, la estructura de la protección social en la Unión Europea gira en torno a tres pilares básicos: el primero, corresponde a la Seguridad Social obligatoria; el segundo, a los sistemas de previsión profesionales; y el tercero, a los sistemas individuales de pensiones.

La puesta en práctica del principio fundamental de la libertad de circulación de los trabajadores que consagra el art. 42 del Tratado CE implica la protección de los derechos de pensión, ya sean obligatorios o complementarios. Si bien el sistema de coordinación previsto en el Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplazan dentro de la Comunidad⁶⁵⁰ y por el Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo, por el

⁶⁵⁰ DOL núm. 149, de 5 de julio de 1971. Hay que tener en cuenta el nuevo Reglamento 883/2004/CE, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DOL núm. 166, de

que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71⁶⁵¹ permite a los trabajadores migrantes mantener plenamente sus derechos de pensión obligatoria acumulados, las medidas destinadas a mejorar la salvaguarda de los derechos de pensión complementaria se encuentra aún en una fase reciente.

Los Reglamentos citados sólo se proyectan sobre los regímenes obligatorios de Seguridad Social, sin abarcar la eventual coordinación de los Estados miembros respecto de los planes de pensión complementaria⁶⁵². Los regímenes complementarios de origen convencional no se consideran “legislación” en el sentido de la letra j) del art. 1 del Reglamento (CEE) nº 1408/171 y, por lo tanto, no se benefician de la aplicación de los mecanismos de coordinación previstos en el mismo⁶⁵³.

Ante esta laguna normativa, en el contexto comunitario se ha impulsado una actividad dirigida hacia la coordinación de los instrumentos de previsión voluntaria propios de cada Estado. Para tratar de armonizarlos, y con el objetivo de eliminar obstáculos para facilitar la movilidad profesional, el Consejo aprobó la Directiva 98/49/CE, de 29 de junio, 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 Unión Europea⁶⁵⁴.

2.1.-Principales acciones de las instituciones comunitarias en materia de protección complementaria, previas a la directiva 98/49/CE.

La intervención de las instituciones comunitarias en este tema muestra la importancia que toman estos mecanismos de cobertura complementaria en los sistemas de protección social de los Estados miembros.

30 de abril), que si bien entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, no será aplicable hasta que entre en vigor su reglamento de aplicación (art. 91).

⁶⁵¹ DOL núm. 74, de 27 de marzo de 1972.

⁶⁵² Excepción hecha de aquellos planes que están cubiertos por la definición del término “legislación”, tal como figura en la letra j) del artículo 1 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, o aquellos planes para los que el Estado miembro de que se trate haga una declaración al amparo de dicho artículo que si se hallan bajo la cobertura normativa del citado Reglamento. En el actual Reglamento (CE) nº 883/2004, letra l) del artículo 1.

⁶⁵³ En este sentido, Sentencia del TJCE de 16 de enero de 1992, Comisión c/Francia, C-57/90; Sentencia del TJCE de 6 de febrero de 1992, C-253/90; Sentencia del TJCE de 24 de septiembre de 1998, Comisión c/Francia, asunto C-35/97.

⁶⁵⁴ DOL núm. 209, de 25 de julio de 1998.

La Comisión Europea, en su programa de acción para la aplicación de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores⁶⁵⁵, alertaba sobre la falta de disposiciones comunitarias para proteger a los trabajadores migrantes contra la pérdida de derechos de Seguridad Social complementaria.

El debate sobre el papel de los sistemas de pensiones complementarias y sus efectos sobre la libre circulación, se abrió con la Comunicación de la Comisión al Consejo de julio de 1991: “Sistemas de Seguridad Social Complementaria: lugar que ocupan los sistemas de pensiones complementarias dentro de la protección social de los trabajadores y sus efectos sobre la libre circulación”⁶⁵⁶, que adelantaba las vías de acción de la Comisión en una materia primordial para la protección social del trabajador migrante.

En la Comunicación de 6 de septiembre de 1991, la Comisión reconoce que incumbe a los Estados miembros decidir cómo articulan la combinación de regímenes generales y voluntarios de Seguridad Social, pero una excesiva diferencia entre los distintos niveles de protección social puede dificultar la libre circulación de los trabajadores y agravar las disparidades regionales dentro de la Comunidad. En la Comunicación se apuntaban las siguientes soluciones para mejorar la protección social y para facilitar la movilidad de los trabajadores: posibilidad de afiliación transfronteriza; facilitar la adquisición de derechos; proteger los derechos adquiridos; mayor información para los interesados; cálculos actuariales equitativos y evitar la doble imposición.

La Recomendación 92/442/CEE, de 27 de julio, sobre convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social⁶⁵⁷, encomendaba a los Estados miembros “favorecer, cuando sea necesario, la adecuación de las condiciones de adquisición de los derechos a las pensiones de jubilación, en particular a las pensiones complementarias, con objeto de eliminar los obstáculos a la movilidad de los trabajadores por cuenta ajena”. El Consejo consideraba necesaria la adaptación de las reglamentaciones nacionales existentes en materia de pensiones complementarias, primero, para que las cotizaciones pudieran seguir abonándose a un régimen

⁶⁵⁵ COM (1989) 568 final.

⁶⁵⁶ SEC (91) 1332.

⁶⁵⁷ DOL núm. 245, de 26 de agosto de 1992.

complementario de pensión establecido en cualquier Estado miembro y, segundo, para unificar la diversidad de los regímenes, procediendo a fijar un marco general de objetivos, dejando que sean los Estados miembros los que elijan libremente las medidas a adoptar para ponerlos en práctica.

El 14 de enero de 1996, la Comisión pidió al Grupo de alto nivel sobre la libre circulación de las personas, presidido por Simone Veil, que determinara los problemas que todavía se planteaban en este ámbito, los evaluara y propusiera soluciones. En el informe final del Grupo, presentado el 18 de marzo de 1997, se formularon más de 80 recomendaciones en los siete ámbitos principales que afectan a los ciudadanos de la Unión que se desplazan dentro de la misma, a saber: la entrada y la estancia, el acceso al empleo, la situación social y familiar, el régimen fiscal y financiero, los derechos culturales, la situación específica de los nacionales de terceros países y la protección de los derechos de los individuos.

Como respuesta a este informe, la Comisión presentó el Plan de Acción para el mercado único el 4 de junio de 1997⁶⁵⁸, donde se establecen distintas acciones, por lo que aquí interesa, la promoción de la movilidad de los trabajadores en la Unión a través de la aprobación de una directiva sobre pensiones complementarias.

Con el mismo objetivo de impulsar los instrumentos de previsión voluntaria, la Comisión emitió una Comunicación, el 12 de marzo de 1997, sobre “Modernización y mejora de la protección social en la Unión Europea”⁶⁵⁹, donde, con el afán genérico de asegurar la viabilidad de los regímenes públicos de pensiones, atribuye a los Estados miembros la función de fomentar el desarrollo de los sistemas complementarios adoptando normas que garanticen su efectividad, restando a las instituciones comunitarias la misión de adaptar, coordinar y velar por su adecuado cumplimiento.

Como desarrollo de esta Comunicación, la Comisión Europea, el 10 de junio de 1997, adoptó el “Libro Verde sobre las pensiones complementarias en el Mercado Único”⁶⁶⁰, con el objetivo de procurar que, cualquiera que sea el papel que los Estados miembros asignen a los regímenes complementarios de pensiones financiados mediante

⁶⁵⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo CSE (97) 1 final.

⁶⁵⁹ COM (1997) 102 final.

⁶⁶⁰ COM (1997) 283 final.

capitalización, éstos puedan desarrollarse eficazmente en el contexto del mercado único y de la libre circulación de los trabajadores. En él se contiene un análisis del contexto social, económico y financiero de las pensiones complementarias en el seno de la Unión Europea, además de un examen pormenorizado del rol que éstas juegan en el Mercado Único de capitales.

El Libro verde propició la intervención del Consejo con una propuesta de Directiva, sobre la protección de los derechos a pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Unión Europea, adoptada por la Comisión el 8 de octubre de 1997, con la finalidad de suprimir uno de los últimos obstáculos a la libre circulación. Aunque la propuesta inicial no prosperó, interesa destacar algunos de sus contenidos: mantenimiento de los derechos adquiridos; garantía de los pagos transfronterizos; posibilidad para los trabajadores enviados por su empresa a otro Estado miembro de seguir afiliados al régimen de pensión complementaria del Estado en el que trabajaban anteriormente y el derecho a la información necesaria sobre los mismos.

Tras estos intentos fallidos, y en el marco del “Programa de Acción Social (1998-2000)”⁶⁶¹, que comprometía a la Comisión a presentar propuestas referentes a las pensiones complementarias, se aprobó la Directiva 98/49/CE, de 29 de junio, citada anteriormente, y que a continuación pasamos a analizar.

2.2.- La Directiva 98/49/CE

El 29 de junio de 1998 el Consejo adoptó la Directiva 98/49/CE, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y de los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad, que debía ser incorporada a la legislación nacional de los Estados miembros de la Unión Europea, a más tardar el 25 de julio de 2001 y, en los nuevos Estados miembros, a más tardar, el 1 de mayo de 2004. Las medidas que deben adoptarse de acuerdo con esta Directiva tienen en cuenta la naturaleza y las características particulares de los regímenes complementarios de pensión. Al establecer determinados derechos para los

⁶⁶¹ COM (1998) 259 final, de 29 de abril de 1998.

afiliados a este tipo de regímenes, la Directiva limita los obstáculos a la libre circulación.

Como la propia Directiva señala, su objetivo es proteger los derechos de los afiliados a regímenes complementarios de pensión que se desplacen de un Estado miembro a otro, contribuyendo con ello a eliminar los obstáculos a la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dentro de la Comunidad⁶⁶².

En tanto existe una multiplicidad de regímenes complementarios, en su mayor parte no obligatorios, se propone únicamente un marco general de objetivos, dejando que sean los Estados los que elijan libremente las medidas a adoptar para ponerlos en práctica.

A continuación, pasamos a analizar el contenido de la citada Directiva

2.2.1.- Ámbito de aplicación subjetivo.

La Directiva se aplica a los afiliados a regímenes complementarios de pensión y a otros posibles beneficiarios de estos regímenes que hayan adquirido o estén en vías de adquirir derechos en uno o más Estados miembros⁶⁶³.

Sin embargo, no todos los afiliados a regímenes complementarios de pensión se encuentran incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, sino tan solo aquellos que son a su vez trabajadores desplazados, como se recoge en su propio título, con lo cual, los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación deberán cumplir de forma acumulativa los siguientes requisitos⁶⁶⁴: ser trabajadores; desplazados; y afiliados a un régimen complementario. La propia Directiva se encarga de precisar lo que ha de entenderse por “trabajador desplazado”: aquel destinado a trabajar en otro Estado miembro y que, a tenor de lo dispuesto en el título II del Reglamento (CEE) nº 1408/71,

⁶⁶² Art. 1 de la Directiva.

⁶⁶³ Art. 2 de la Directiva.

⁶⁶⁴ En este sentido, GRAU PINEDA, M^a. C. “La Directiva 98/49/CE, sobre pensión complementaria”, Revista de Ciencias Jurídicas, nº 5, 2000, p. 130; “Últimas novedades normativas sobre Planes y Fondos de Pensiones en los ámbitos comunitario y español”, La Ley, tomo 4, 2000, p. 1603.

sigue estando sujeto a la legislación del Estado miembro de origen⁶⁶⁵. Como es sabido, el desplazamiento es una situación en la que un trabajador es enviado temporalmente por su empresa a otro Estado miembro distinto de aquél en que ejerce habitualmente su actividad laboral, por un período máximo de doce meses, que puede ser ampliado, en casos excepcionales, hasta veinticuatro meses.

2.2.2. Ámbito material.

La presente Directiva va referida a los derechos de pensión derivados de regímenes complementarios, tanto voluntarios como obligatorios, con excepción de los ya cubiertos por el Reglamento 1408/71⁶⁶⁶.

A tenor de la propia Directiva, se entiende por régimen complementario de pensión todo régimen profesional de pensión establecido de conformidad con la legislación y la práctica nacional o cualquier dispositivo de carácter colectivo o dispositivo comparable destinados a abonar una pensión complementaria a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia⁶⁶⁷, independientemente de si dicho régimen es obligatorio o facultativo. La Directiva excluye de su ámbito los regímenes contemplados en el término “legislación” conforme a la definición del art. 1, letra j), párrafo primero del Reglamento (CEE) 1408/71 o aquellos planes para los que el Estado miembro de que se trate haga una declaración al amparo de dicho artículo.

De la definición dada por la propia Directiva de lo que deba entenderse por “régimen complementario de pensión” se deriva que, respecto de la legislación española, sólo van a tener cabida los sistemas de previsión complementaria colectivos, quedando excluidos del ámbito material de la Directiva, los sistemas de ahorro de tipo individual⁶⁶⁸.

La Directiva se aplica independientemente de si el régimen complementario de pensión es un régimen por reparto, un régimen de capitalización o si se trata de los compromisos de pensión garantizados por provisiones en el balance de las empresas. La

⁶⁶⁵ Art. 3, e)

⁶⁶⁶ Art. 1 in fine.

⁶⁶⁷ Art. 3 b)

⁶⁶⁸ En este sentido, GRAU PINEDA, M^a. C. “La Directiva 98/49/CE...”, op. cit., p. 129.

mayor parte de los regímenes complementarios emplean un sistema de capitalización, es decir, son fondos cuya existencia es independiente de la empresa, que reciben cotizaciones o aportaciones, las invierten y abonan prestaciones. Pero también existen sistemas de reparto financiados mediante retención en la fuente o combinados con una capitalización o bien garantizados por provisiones en el balance de las empresas.

El modelo español es un régimen complementario por capitalización, si bien en otros Estados miembros se encuentran regímenes complementarios de pensión garantizados por provisiones en el balance de las empresas, como por ejemplo ocurre en Bélgica, Dinamarca, Alemania, Italia, Luxemburgo, Austria, Portugal, Suecia, Reino Unido y Noruega.

En cuanto a lo que se entiende por “pensión complementaria”, el término hace referencia a las pensiones por jubilación y, cuando así lo establezcan las normas de un régimen complementario de pensión establecido con arreglo a la legislación y a la práctica nacionales, las prestaciones por invalidez y de supervivencia, destinadas a completar o sustituir las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social para los mismos riesgos⁶⁶⁹. El concepto de pensión complementaria dado por la Directiva, engloba tanto una protección complementaria a la ofrecida por los sistemas públicos de previsión como sustitutiva de los mismos, por lo que no coincide plenamente con el seguido por la legislación española, en la que la protección complementaria es adicional a la ofrecida por el sistema público de Seguridad Social, pero en ningún caso sustitutiva ni alternativa del mismo.

Respecto a los riesgos cubiertos, la Directiva no se aplica únicamente al riesgo de jubilación, sino también, a los riesgos de invalidez y supervivencia.

2.2.3. Medidas de salvaguardia de los derechos de pensión de los trabajadores que se desplazan en la comunidad.

En cuanto a las medidas que se articulan para garantizar a los trabajadores desplazados esta protección complementaria, son las siguientes:

⁶⁶⁹ Art. 3 a).

a) Igualdad de trato en el mantenimiento de los derechos de pensión.

El art. 4 de la Directiva establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar el mantenimiento de los derechos de pensión adquiridos por los afiliados a un régimen complementario de pensión al que dejaron de cotizar por su desplazamiento a otro Estado miembro como mínimo en un nivel comparable al de los afiliados respecto de los cuales se deje de cotizar pero permanecen en el mismo Estado miembro.

El objetivo de este principio es velar para que las personas que se desplazan a otro Estado miembro no se encuentren en una situación menos favorable que las que cesan de ejercer una actividad laboral y permanezcan en el mismo país; ello implica garantizar un nivel mínimo de igualdad de trato a escala nacional y transfronteriza en lo que se refiere a la conservación de los derechos adquiridos. No obstante, no supone la creación de un derecho a pensión complementaria, si éste no se aplica a los trabajadores que permanezcan en el Estado miembro de origen.

En cuanto a la repercusión de la Directiva en este aspecto⁶⁷⁰, algunos Estados miembros no consideran necesario adoptar medidas específicas para cumplir con lo dispuesto en este artículo, alegando para ello con mayor frecuencia que los marcos jurídicos y los convenios colectivos existentes que rigen el mantenimiento de los derechos adquiridos no realizan distinción alguna entre los trabajadores que permanezcan en el Estado miembro y los que se desplazan a otro Estado miembro. No obstante, determinados Estados miembros han introducido una disposición específica a fin de garantizar la igualdad de trato; unos se han decantado por una norma positiva⁶⁷¹, mientras que otros han optado por una prohibición de normas diferenciadoras⁶⁷².

b) Pagos transfronterizos.

⁶⁷⁰ Según consta en el informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de la Directiva 98/49/CE del Consejo, COM (2006) 22 final.

⁶⁷¹ Cabe citar la legislación de Alemania, Grecia, Letonia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal y Noruega.

⁶⁷² Como son Francia, Irlanda y el Reino Unido.

De conformidad con el art. 5 de la Directiva, los Estados miembros deben garantizar que los regímenes complementarios de pensión paguen en otros Estados miembros a los afiliados a estos regímenes y a otros posibles beneficiarios en virtud de dichos regímenes la totalidad de las prestaciones que le sean debidas, deducidos los posibles impuestos y gastos por transacciones.

La exportabilidad o pago transfronterizo de las prestaciones complementarias, supone que las citadas prestaciones puedan ser percibidas en cualquier lugar de la Unión Europea tanto por los trabajadores que prestaron sus servicios a empresarios en diferentes Estados miembros como a los que al finalizar su vida activa se instalaron en otro Estado miembro y, a su vez, facilita el cumplimiento de los principios fundamentales de la libre circulación de trabajadores y la libre circulación de capitales. En todo caso, como señala López Cumbre, se trata de pensiones privadas con un grado de autonomía muy superior a las pensiones públicas, por lo que no tiene sentido que se exija el requisito de la residencia que, por lo demás obstaculizaría la exportabilidad de estas pensiones⁶⁷³.

Respecto a las disposiciones adoptadas por los Estados miembros para garantizar el pago transfronterizo⁶⁷⁴, varios Estados miembros han introducido una disposición específica en su legislación por la que se dispone el pago de prestaciones a los derechohabientes desplazados a otros Estados miembros⁶⁷⁵; Chipre y España no adoptaron ninguna disposición específica a efectos de aplicación de la Directiva, pero aprobaron una legislación de carácter más general en la que se estipula la libertad de circulación sin restricciones de capitales y pagos entre los residentes en el país de origen y los residentes en otros Estados miembros. Otros Estados no han adoptado ninguna medida jurídica, alegando que las disposiciones de su legislación o los convenios colectivos ya cumplen con lo preceptuado en el artículo 5 de la Directiva, bien porque su legislación no realiza distinción alguna, en lo referente a los pagos, entre los afiliados que permanecen en el país y los que se desplazan a otro Estado miembro; bien porque

⁶⁷³ LÓPEZ CUMBRE, L. “La protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho Social Internacional y Comunitario, nº. 7, 1998, p. 163.

⁶⁷⁴ Datos que constan en el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 98/49/CE, citado anteriormente.

⁶⁷⁵ Grecia, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Reino Unido.

su legislación no incluye disposiciones que impidan la libre circulación de capitales respecto de los pagos transfronterizos efectuados en el marco de regímenes complementarios de pensión.

c) Cotización a los regímenes complementarios de pensión por parte de los trabajadores desplazados y en su nombre.

El art. 6 de la Directiva establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las cotizaciones a un régimen complementario de pensión establecido en un Estado miembro puedan continuar siendo abonadas por un trabajador desplazado que esté afiliado a un régimen de este tipo, o en su nombre, durante todo el tiempo que esté destinado en otro Estado miembro, quedando, además, el trabajador desplazado y, en su caso, su empresario, exentos de cualquier obligación de cotizar a un régimen complementario de pensión en otro Estado miembro.

La exención del pago de cotizaciones a este tipo de regímenes en otros Estados miembros afecta a los Estados miembros con regímenes complementarios de pensión obligatorios, por lo que, en estos casos el Estado miembro anfitrión debe garantizar que los trabajadores desplazados y sus empresas no estén sujetos al régimen obligatorio. Sin duda, la obligación de cotizar en el país de destino supone una limitación importante a la continuidad de la afiliación en el país de origen.

Un trabajador que ejerce su actividad laboral temporalmente en el extranjero por imperativo de su empresa debe tener la expectativa legítima de no sufrir perjuicio económico en lo referente a sus derechos de pensión complementaria, y el cambio a un nuevo régimen durante su desplazamiento podría ocasionarle pérdidas considerables. Por ello, el art. 6 permite una afiliación transfronteriza, al contemplar la permanencia en el régimen del país de origen durante el desplazamiento.

En cuanto a las medidas adoptadas por los Estados miembros para permitir el pago de cotizaciones por parte del trabajador desplazado o en su nombre⁶⁷⁶, algunos

⁶⁷⁶ Los datos que exponemos a continuación vienen recogidos en el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 98/49/CE del Consejo, anteriormente citado.

Estados miembros consideraron que no era necesario adoptar medidas específicas al respecto, alegando, con carácter general, que, en lo referente al desplazamiento, los contratos y los convenios colectivos relativos a la concesión de una pensión complementaria en el Estado miembro de origen continúan siendo aplicables a las partes, por lo que, las cuotas abonadas por parte del trabajador desplazado o en su nombre se consideran cotizaciones ordinarias de conformidad con las disposiciones que rigen el pago de cotizaciones. Además, alegan que el cumplimiento de lo preceptuado en el citado artículo 6 de la Directiva nace de la carencia de disposiciones que prohíban el pago de cotizaciones a regímenes complementarios de pensión durante el desplazamiento.

No obstante, otros Estados miembros adoptaron disposiciones explícitas para velar por la continuación del pago de cotizaciones durante un desplazamiento⁶⁷⁷. Luxemburgo y Suecia no sólo disponen que el pago puede continuar, sino que debe continuar durante el periodo de desplazamiento; sin embargo, en Grecia debe hacerse valer el derecho a continuar cotizando en el plazo de los treinta días posteriores a la recepción por parte del trabajador de la notificación de desplazamiento.

Respecto a las medidas adoptadas por los Estados miembros para garantizar la exención del pago de cotizaciones a este tipo de regímenes⁶⁷⁸, algunos Estados miembros indicaron que no necesitan una disposición explícita para ello, ya que no disponen de regímenes complementarios de pensión obligatorios o bien porque no existe legislación alguna que imponga una afiliación obligatoria a un determinado régimen.

Otros Estados miembros han decretado disposiciones específicas⁶⁷⁹, por ejemplo, la legislación neerlandesa establece que, siempre que continúe el pago de cotizaciones en otro Estado miembro durante un desplazamiento en los Países Bajos, el trabajador destinado y su empresa están exentos de la obligación de cotizar en el país.

⁶⁷⁷ Como son Francia, Grecia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia.

⁶⁷⁸ Los datos que reflejamos a continuación son del informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 98/49/CE, que venimos citando.

⁶⁷⁹ Países Bajos, Bélgica, Dinamarca, Francia, Suecia y Noruega.

Sin embargo, determinados Estados miembros han adoptado disposiciones específicas, pero desde otra perspectiva⁶⁸⁰; así la legislación Griega dispone que el trabajador desplazado y, en su caso, la empresa están exentos de cualquier obligación de cotizar a regímenes complementarios de pensión en otro Estado miembro. En cualquier caso, como pone de manifiesto la Comisión⁶⁸¹, es cuestionable que este tipo de disposiciones se puedan cumplir en los Estados miembros a los que se haya desplazado el trabajador.

d) Informaciones a los afiliados.

Finalmente, la cuarta medida arbitrada por la Directiva para garantizar esta protección complementaria, viene recogida en su art. 7. Conforme al mismo, los Estados miembros deben adoptar medidas para que los empresarios o los administradores de los regímenes complementarios de pensión u otras personas encargadas de su gestión informen adecuadamente a sus afiliados, cuando éstos se desplacen a otro Estado miembro, sobre sus derechos de pensión y las posibilidades que se les ofrecen en virtud del régimen. Dicha información debe ser equiparable, como mínimo, a la información facilitada a los afiliados que hayan dejado de cotizar pero permanezcan en el mismo Estado miembro.

Parece evidente que los interesados deben disponer de una información completa para poder evaluar las consecuencias que, para sus derechos de pensión complementaria adquiridos, puede tener el desplazamiento, así como las posibles alternativas.

En cuanto a las medidas adoptadas por los Estados miembros⁶⁸², algunos han manifestado no haber adoptado medidas específicas respecto a la información que debe facilitarse a los afiliados, alegando que la información ofrecida habitualmente es acorde con el contenido de la Directiva e idéntica para todos los afiliados, independientemente de que permanezcan en el Estado miembro de origen o se desplacen a otro Estado miembro. Otros⁶⁸³, aprobaron normas explícitas al respecto. No obstante, la mayoría de

⁶⁸⁰ Grecia, Luxemburgo, Malta y Portugal.

⁶⁸¹ En el informe sobre la aplicación de la Directiva 98/49/CE, cit.

⁶⁸² Datos recogidos en el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva, cit.

⁶⁸³ Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos y Portugal.

los países indicaron haber establecido requisitos de información antes de la existencia de la Directiva.

2.2.4.- Disposiciones finales

Las disposiciones finales de la Directiva se dedican como es habitual a la obligación de los Estados miembros de transposición y asunción de sus reglas. Para la transposición fija un plazo de treinta y seis meses a partir de su entrada en vigor⁶⁸⁴, dentro del que los Estados miembros deben adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias, o garantizar que los interlocutores sociales introduzcan las disposiciones requeridas por vía de acuerdo⁶⁸⁵. No obstante, los Estados miembros podrán establecer que las disposiciones del art. 6, sobre mantenimiento de las cotizaciones, se apliquen solamente a los desplazamientos que comiencen a partir del 25 de julio de 2001⁶⁸⁶.

Por otro lado, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de comunicar a la Comisión, a más tardar el 25 de enero de 2002, el texto de las disposiciones de carácter interno que se adopten a fin de que la misma pueda elaborar un informe que presentará al Parlamento, al Consejo y al Comité Económico y Social dentro de un plazo de seis años desde la entrada en vigor de la Directiva, referido a las disposiciones adoptadas en ejecución de la misma, así como a la conveniencia de su modificación⁶⁸⁷.

Por último, la Directiva exige a los Estados miembros que introduzcan en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación de las disposiciones de la Directiva pueda

⁶⁸⁴ El 26 de julio de 1998.

⁶⁸⁵ Art. 10.1 de la Directiva.

⁶⁸⁶ Art. 8 de la Directiva.

⁶⁸⁷ Art. 10. 2 y 3 de la Directiva. De conformidad con dicho artículo, la Comisión emitió el informe sobre la aplicación de la Directiva 98/49/CE, en Bruselas el 26 de enero de 2006, COM (2006) 22 final, informe que venimos citando de forma reiterada.

hacer valer sus derechos por vía judicial tras un eventual recurso a otras autoridades competentes para ello⁶⁸⁸.

En cuanto a la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento interno, conviene señalar que no ha habido ninguna norma que específicamente y de forma global se ocupe de incorporar las directrices marcadas por la misma. No obstante, las últimas reformas acontecidas en materia de Planes y Fondos de Pensiones persiguen garantizar el derecho de quienes participan en uno de estos instrumentos de previsión social complementaria a preservar los derechos adquiridos de producirse vicisitudes en la condición empresarial⁶⁸⁹. Por otro lado, el retraso en la aprobación de la normativa reglamentaria sobre instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores y beneficiarios, posibilitó que el RD 1588/1999, de 15 de octubre, contemplase también algunas disposiciones de protección de los derechos a pensión complementaria, a las que podrán acogerse los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad. En concreto, la empresa que mantenga compromisos por pensiones con trabajadores desplazados cuya situación no sólo sea de excedencia o suspensión del contrato, sino incluso cuando el desplazamiento suponga el cese o extinción de la relación laboral con la empresa, podrá hacer las debidas aportaciones o contribuciones en favor del referido trabajador. Se trata de mantener la posibilidad de que, independientemente de dónde preste sus servicios un trabajador, la empresa de procedencia que tenga asumidos compromisos complementarios pueda continuar haciendo aportaciones si el trabajador cumple las condiciones precisas.

En cualquier caso, serán los mecanismos de instauración y configuración de estos instrumentos de previsión social, básicamente los convenios colectivos, los que se ocupen de hacer las indicaciones precisas para que los trabajadores procedentes de otro Estado miembro conserven sus derechos y para que los trabajadores que han

⁶⁸⁸ Art. 9 de la Directiva.

⁶⁸⁹ En este sentido, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social dio nueva redacción al art. 5 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los Planes y Fondos de pensiones, vigente en aquel momento.

contribuido a este tipo de mecanismos de previsión los mantengan si salen de nuestro país⁶⁹⁰.

3. ACCIONES DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS POSTERIORES A LA DIRECTIVA 98/49/CE.

Tras la aprobación de la Directiva 98/49/CE se ha desarrollado un intenso debate institucional en torno a la protección social complementaria, se han sucedido comunicaciones, recomendaciones, proposiciones de directiva y otras acciones jurídicas de las instituciones comunitarias, que han contribuido a potenciar el ejercicio del derecho de libertad de circulación de los trabajadores.

En la Comunicación de la Comisión de 11 de mayo de 1999 “Hacia un mercado único de sistemas complementarios de pensiones”⁶⁹¹, se formulan un conjunto de iniciativas que permitan desarrollar una actuación comunitaria coordinada en materia de pensiones complementarias y que se articulan en torno a tres objetivos principales:

1º. Se proponía la elaboración de una propuesta de directiva sobre fondos de pensiones profesionales.

2º. La supresión de los obstáculos a la movilidad profesional. La Comisión reconoce que la inexistencia de una coordinación para los sistemas complementarios supone una auténtica barrera a la libre circulación de los trabajadores cubiertos por estos sistemas y propone: flexibilizar los requisitos para la adquisición de derechos y reducir los periodos de carencia; la convergencia de las modalidades nacionales de transferencia de derechos; el examen de las condiciones a cumplir para que un día un fondo pueda gestionar planes de diversos Estados miembros; y la creación de un Foro de Pensiones en el que las partes sociales debatan la viabilidad de las medidas propuestas así como la proposición de otras.

⁶⁹⁰ En este sentido, CASTRO ARGÜELLES, M^o.A. y MARTÍNES MORENO, C. “La protección de las prestaciones complementarias de Seguridad Social (Directiva 98/49/CE)”, en AA.VV. La transposición del Derecho Social Comunitario al Ordenamiento Español, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, p. 686.

⁶⁹¹ COM (1999) 134 final.

3º. Finalmente, se propone la coordinación de los regímenes fiscales de los Estados miembros⁶⁹². La comunicación pone de relieve las divergencias existentes en los sistemas impositivos de los Estados miembros, dado que algunos gravan las aportaciones efectuadas a los sistemas complementarios de pensiones mientras que otros gravan las prestaciones. Divergencias que constituyen un obstáculo a la movilidad laboral y a la libre prestación de servicios dentro de la Unión.

Las acciones posteriores de las instituciones comunitarias giran en torno a los objetivos principales marcados por la Comunicación anteriormente referenciada de 11 de mayo de 1999, principalmente en materia fiscal y fondos de pensiones.

3.1.- Coordinación fiscal.

La Comisión Europea ha dado un fuerte impulso a la coordinación fiscal con la Comunicación de 19 de abril de 2001 sobre “La eliminación de los obstáculos fiscales a las prestaciones por pensiones transfronterizas de los sistemas de empleo”⁶⁹³. Con esta Comunicación, la Comisión trata de llegar, más que a una armonización, a un enfoque coordinado para suprimir los obstáculos fiscales, particularmente la doble imposición, derivados de la diversidad de regímenes fiscales aplicados en los Estados miembros; insta a la supresión de las normas fiscales que son indebidamente restrictivas o discriminatorias; y aporta una serie de medidas para preservar los ingresos fiscales de los Estados miembros por las prestaciones de jubilación transfronterizas.

La Comisión propone una estrategia global de lucha contra aquellos obstáculos fiscales que pueden tener un efecto disuasorio tanto sobre las personas que pretenden contribuir a regímenes de jubilación fuera de su Estado miembro de origen, como sobre los organismos de pensiones que desean ofrecer prestaciones de jubilación transfronterizas.

⁶⁹² La importancia del régimen impositivo para el desarrollo de los sistemas de pensiones complementarios fue destacada en el llamado Libro verde sobre los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único, presentado el 10 de junio de 1997, ya citado.

⁶⁹³ COM (2001) 214 final.

La Comisión pone de relieve, en particular, los problemas que ocasiona la diversidad de regímenes de tributación sobre las pensiones complementarias en los diferentes Estados miembros. La postura de la Unión puede resumirse en tres puntos:

a) Los artículos 39, 43, 49 y 56 del Tratado CE, garantizan, entre otros, la libre circulación de trabajadores y capitales; de manera que las leyes nacionales que supeditan la naturaleza deducible de las cotizaciones a un plan de pensiones y de las primas a un seguro de vida al hecho de que dichas cotizaciones y primas hayan sido abonadas a un organismo de pensiones establecido en el territorio nacional, son contrarias a los artículos mencionados.

b) Hay, básicamente, tres momentos en los que los Estados pueden eximir de impuestos a las pensiones complementarias, que son: las cotizaciones, los rendimientos de la inversión y el pago de las prestaciones. Casi todos los Estados conceden algún grado de deducción o exención fiscales a las cotizaciones del empresario y del empleado, así como a las ganancias de capital en manos de los organismos gestores de las pensiones, mientras que gravan las prestaciones de jubilación cuando llegan a manos de los jubilados. De esta forma, la gran mayoría de los Estados miembros tienen un sistema que se describe como “EEG” (Cotizaciones exentas, rendimientos derivados de la inversión exentos, prestaciones gravadas).

c) La Comisión propone homologar el sistema EEG con el objeto de reducir los supuestos de doble imposición o no imposición que se origina por la divergencia de regímenes; este sistema sería el más útil porque es el más extendido entre los Estados miembros, estimula la suscripción de planes de jubilación, al aplazar el pago del impuesto sobre las cotizaciones abonadas, y ayuda a resolver algunos de los problemas que plantea el envejecimiento demográfico, pues reduce los ingresos por impuestos de “hoy”, a cambio de unos ingresos por impuestos más elevados en un momento futuro en el que el índice de dependencia demográfica se prevé menos favorables.

La Comisión, en la Comunicación reseñada, basa buena parte de sus consideraciones en la jurisprudencia del TJCE para sostener que no existe soporte que

justifique la desigualdad de trato de los planes operados por organismos de pensiones establecidos en otros Estados miembros⁶⁹⁴.

3.2.- Fondos de pensiones.

En relación con el primer objetivo marcado por la Comunicación reseñada de 11 de mayo de 1999, el proyecto de Directiva, aprobado por el Parlamento Europeo en sesión plenaria de 4 de julio de 2001, sobre la constitución de fondos de pensiones transnacionales, tenía como objetivo crear un marco controlado para los sistemas complementarios profesionales, ante la necesidad tanto de dar seguridad a los afiliados y a los perceptores de prestaciones, como de asegurar una adecuada gestión financiera de los fondos de pensiones mediante normas de control estrictas.

Sin embargo, el primer paso hacia un mercado interior de la previsión empresarial para la jubilación de los trabajadores a escala europea lo ha dado la Directiva 2003/41/CE, de 3 de junio, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo⁶⁹⁵, que responde al objetivo de garantizar un alto grado de protección de los partícipes y beneficiarios de los fondos de pensiones al tiempo que la eficacia de la inversión (y crear un marco legal comunitario que permita a los fondos de pensiones de empleo beneficiarse de las ventajas del mercado interior, ya que dichas instituciones desempeñan un papel clave en la integración, eficiencia y liquidez de los mercados financieros).

La Directiva es aplicable a los fondos de pensiones de empleo, considerando como tales a las instituciones que operan mediante sistemas de capitalización, cuya actividad consista en proporcionar prestaciones de jubilación en el contexto de la actividad laboral, complementarias de los sistemas de Seguridad Social, que sean

⁶⁹⁴ Sobre los pronunciamientos del TJCE en materia fiscal vid., MARCOS CARDONA, M. “Tratamiento fiscal de las aportaciones realizadas por personas no residentes a planes de pensiones constituidos en España, así como de las efectuadas por residentes a planes de pensiones extranjeros. Especial referencia al ámbito comunitario”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº. 22, 2002.

⁶⁹⁵ DOL núm. 235, de 23 de septiembre de 2003. Sobre la Directiva, vid. GARCÍA VIÑA, J. “Los fondos de pensiones. Comentario a la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 52, 2002, pp. 97 y ss.; CASTRO ARGÜELLES, M^a. A. “En particular, la protección de los fondos de pensiones (Directiva 2003/41/CE y normas complementarias)”, en AA.VV. *La transposición del Derecho Social Comunitario al Ordenamiento Español*, obra cit., pp. 687 y ss.

jurídicamente independientes de las empresas promotoras y que no estén reguladas por las directivas de seguros, de organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, de empresas de servicios de inversión o de entidades de crédito.

Esta Directiva 2003/41/CE pretende garantizar la seguridad y la gestión eficaz de los regímenes de pensiones de los trabajadores mediante la imposición de unas normas prudenciales y de supervisión y, en igual medida, establecer un régimen de actividades transfronterizas de los fondos de pensiones de empleo, que potenciarán el ahorro destinado a la previsión ocupacional, contribuyendo así al progreso económico y social en la Unión Europea.

En lo que se refiere al régimen de actividades transfronterizas de los fondos de pensiones de empleo, la Directiva obliga a los Estados miembros a permitir que los fondos de pensiones domiciliados en su territorio integren planes de pensiones promovidos por empresas situadas en otros Estados miembros, y que las empresas establecidas en su territorio puedan promover planes integrados en fondos de pensiones de otros Estados miembros. A tal efecto, la Directiva establece la colaboración de las autoridades del Estado miembro de origen, el del domicilio del fondo de pensiones, y del Estado miembro de acogida, aquel cuya legislación social y laboral en materia de regímenes de pensiones de jubilación es aplicable a la relación entre la empresa promotora y los trabajadores.

Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2003/41/CE antes del 23 de septiembre de 2005⁶⁹⁶; y velarán, en la forma adecuada por el cumplimiento uniforme de la Directiva, mediante intercambios regulares de información y experiencias⁶⁹⁷.

⁶⁹⁶ Aunque podrán diferir hasta el 23 de septiembre de 2010 la aplicación del régimen jurídico relativo a la exigencia de fondos propios a las instituciones domiciliadas en su territorio que no cuenten con el nivel mínimo de estos fondos exigido en el art. 17 de la Directiva, así como la del régimen jurídico relativo a los límites de inversión a las instituciones domiciliadas en su territorio. No obstante, en ambos casos, las instituciones que deseen instrumentar planes de pensiones con carácter transfronterizo, no podrán hacerlo a menos que cumplan las normas de la presente Directiva.

⁶⁹⁷ Art. 21 de la Directiva.

En España, por medio de la Ley 11/2006, de 16 de mayo, de adaptación de la legislación española al Régimen de Actividades Transfronterizas regulado en la Directiva 2003/41/CE, se introducen determinadas modificaciones en el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por RD Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (en adelante TRLRPF), con el fin de adaptar la legislación interna española a la citada Directiva en lo que no se ajustaba a ella. Hasta la fecha, la normativa española sobre planes y fondos de pensiones no regulaba la actividad transfronteriza de los fondos de pensiones de empleo; las demás cuestiones recogidas en la Directiva ya estaban incorporadas a nuestro ordenamiento, bien porque el esquema español se adapta, en general, a las normas prudenciales y de supervisión reflejadas en la propia Directiva, bien mediante la incorporación de aspectos concretos que se llevó a cabo con la aprobación del nuevo Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el RD 304/2004, de 20 de febrero.

Por todo ello, esta Ley viene a completar la transposición de la Directiva 2003/41/CEE a nuestro ordenamiento interno, especialmente en lo relativo al régimen de las actividades transfronterizas, a cuyo fin se añade un nuevo Capítulo X en el TRLRPF, que consta de tres Secciones: la primera, de disposiciones generales; la segunda, sobre la actividad de los fondos de pensiones de empleo españoles en otros Estados miembros; y la tercera, sobre la actividad en España de los fondos de pensiones de empleo de otros Estados miembros. Cabe destacar que, esta Ley habilita la integración en fondos de otros Estados miembros de los planes de pensiones de empleo sujetos a la normativa española.

3.3.- Supresión de los obstáculos a la movilidad profesional. Transferencia de los derechos de pensión complementaria.

Respecto al segundo objetivo, la Comunicación de 11 de mayo de 1999 proponía la creación de un Comité con carácter consultivo en el ámbito de las pensiones complementarias. El Comité fue creado por la Comisión el 9 de julio de 2001⁶⁹⁸ (en lo sucesivo, Foro sobre pensiones), con el objetivo de hallar soluciones a los obstáculos

⁶⁹⁸ Decisión 2001/548/CE de la Comisión (DOL núm. 196, de 20 de julio de 2001).

relacionados con la movilidad transfronteriza de los trabajadores en el marco de las pensiones complementarias⁶⁹⁹.

Desde su creación en 2001, el Foro ha tenido una intensa participación en el examen de los obstáculos a la movilidad resultantes de normas que regulan los regímenes complementarios de pensión.

Los trabajos del Foro sobre pensiones complementarias han confirmado que el hecho de que no exista una transferencia de los derechos de pensión puede generar obstáculos importantes a la movilidad de los trabajadores y, por consiguiente, puede constituir un impedimento para la libre circulación de personas en el ámbito de la Unión Europea. Teniendo en cuenta la importancia creciente de los regímenes complementarios de pensión, resulta especialmente importante reducir los obstáculos a la movilidad derivados de dichos regímenes.

En materia de “transferibilidad” de los derechos de pensión complementaria, la Comisión Europea consultó en dos ocasiones a los interlocutores sociales. La primera consulta, en mayo de 2002⁷⁰⁰, se centraba en la conveniencia y en la posible orientación de una acción comunitaria relativa a la portabilidad de los derechos de pensión profesional. La segunda, en septiembre de 2003⁷⁰¹, sobre el posible contenido de una acción comunitaria destinada a aumentar la transferencia de los derechos de pensión profesional. Dado que los interlocutores sociales tenían opiniones divergentes en lo que respecta a la importancia de la acción y a los instrumentos, no entablaron negociaciones con vistas a un acuerdo autónomo, y la Comisión presentó, el 20 de octubre de 2005, una propuesta de Directiva relativa a la mejora de la portabilidad de los derechos de pensión complementaria⁷⁰².

La propuesta de Directiva tiene por objeto reducir los obstáculos a la libre circulación de los trabajadores entre Estados miembros y a la movilidad profesional

⁶⁹⁹ El Comité está compuesto por representantes de los Estados miembros, de los interlocutores sociales y de otros organismos activos en el ámbito de las pensiones complementarias. El Comité también podrá invitar a participar en sus trabajos, en calidad de experto, a toda persona con conocimientos específicos sobre un tema que figure en el orden del día de una reunión del Comité.

⁷⁰⁰ SEC (2002) 597.

⁷⁰¹ SEC (2003) 916.

⁷⁰² COM (2005) 507 final.

dentro de un Estado miembro, mejorando la portabilidad de los derechos de pensión complementaria.

La actual propuesta de Directiva viene a completar la Directiva 98/49/CE, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad, en coherencia con ello, el ámbito de aplicación de la propuesta es idéntico al de dicha Directiva.

Con vistas a reducir los efectos negativos de las condiciones de adquisición de los derechos de pensión complementaria sobre el ejercicio del derecho a la libre circulación, la propuesta de Directiva prevé las siguientes flexibilizaciones⁷⁰³:

- * Un trabajador que aún no haya adquirido derechos de pensión al producirse el cese de la relación laboral no debe perder las cotizaciones. A tal fin, la totalidad de dichas cotizaciones ha de ser reembolsada o transferida.

- * El requisito de una edad mínima elevada penaliza la movilidad de los jóvenes trabajadores si por el hecho de dejar el trabajo antes de cumplir esa edad pierden los derechos de pensión correspondientes al período trabajado. Un trabajador debe comenzar a adquirir derechos de pensión complementaria a más tardar a los 21 años.

- * Es conveniente reducir el período de espera para que el trabajador pueda afiliarse al régimen complementario de pensión. Este período no debe exceder de un año, salvo si aún no se ha cumplido la edad mínima, en cuyo caso, se podrá afiliar cuando cumpla esa edad.

- * Limitación del denominado “período de carencia” a dos años, es decir el período máximo de afiliación al término del cual el trabajador obtiene derechos adquiridos no debe ser superior a dos años. Los períodos de carencia excesivamente largos para adquirir los derechos de pensión complementaria implican una reducción de los derechos de pensión de quienes se acogen a la movilidad laboral.

⁷⁰³ Art. 4.

En relación con la preservación de los derechos de pensión latentes⁷⁰⁴, los Estados miembros deben adoptar las medidas que consideren necesarias para asegurarse de que se lleva a cabo un ajuste equitativo de los derechos latentes a fin de evitar una penalización del trabajador saliente. No deberá darse la situación de que a un trabajador móvil se le reduzcan sensiblemente los derechos adquiridos que dejó en el régimen complementario de pensión de su antigua relación laboral.

Para evitar costes administrativos demasiado elevados debido a la gestión de un número elevado de derechos latentes de escaso valor, en la propuesta se prevé la posibilidad de no preservar esos derechos de pensión, sino de recurrir a una transferencia o al pago de un capital que represente los derechos adquiridos cuando éstos no excedan de un límite fijado por el Estado miembro de que se trate.

En materia de transferibilidad de los derechos de pensión⁷⁰⁵, la propuesta de directiva dispone que el trabajador saliente debe poder elegir entre el mantenimiento de los derechos en el régimen complementario de su antigua relación laboral y la transferencia de sus derechos adquiridos, salvo si su nuevo empleo estuviera cubierto por el mismo régimen complementario de pensión, o si el régimen efectúa un pago en capital debido al bajo valor de los derechos adquiridos.

El trabajador saliente que opte por la transferencia de sus derechos no debe resultar penalizado debido a los cálculos del valor de los derechos transferidos efectuados por los dos regímenes que intervienen en la transferencia, ni por cargas administrativas excesivas.

El art. 7 de la propuesta está dirigido a completar las disposiciones existentes a escala europea sobre la información que ha de suministrarse al trabajador móvil, tal como se dispone en la Directiva 2003/41/CE. Su propósito es facilitar a todo trabajador en potencia saliente, afiliado o no, la información necesaria sobre las consecuencias para los derechos de pensión complementaria resultantes de un cese de la relación laboral.

⁷⁰⁴ Art. 5 de la propuesta.

⁷⁰⁵ Art. 6 de la propuesta.

La propuesta se completa con una cláusula de no regresión⁷⁰⁶, al establecer que los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables en relación con la portabilidad de los derechos de pensión complementaria respecto a las previstas en la presente Directiva. Asimismo, excluye toda iniciativa que pudiera constituir una regresión con respecto al grado de portabilidad existente.

Teniendo en cuenta la diversidad de regímenes complementarios de pensión existentes en los Estados miembros, la propuesta de directiva adopta un enfoque flexible para aplicar determinadas disposiciones ligadas a las condiciones de adquisición de los derechos de pensión y de transferencia. Además, habida cuenta de la importante implicación de los interlocutores sociales en la organización y la gestión de los planes complementarios de pensiones de empresa, la propuesta de directiva prevé que los Estados miembros les podrán encomendar su puesta en práctica⁷⁰⁷.

Por último, señalar que un reto vital para el desarrollo socioeconómico de la Unión Europea es garantizar la viabilidad futura de los sistemas de pensiones, como se refleja en la Comunicación de 3 de julio de 2001 “Apoyo a las estrategias nacionales para garantizar pensiones seguras y viables mediante un planteamiento integrado”⁷⁰⁸, que inició un esperanzador proceso de coordinación de las políticas globales de protección social. La citada Comunicación responde a la necesidad de adoptar estrategias claras e integradas para afrontar el problema que plantea el envejecimiento demográfico a los sistemas de pensiones. Estas estrategias no deberán centrarse únicamente en los sistemas de pensiones del primer nivel, Seguridad Social obligatoria; los otros dos pilares, sistemas de pensiones profesionales y privados, serán también importantes para lograr los objetivos generales de los sistemas de pensiones.

Ya en el Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000 se pusieron de relieve las consecuencias que para la sostenibilidad de los sistemas de pensiones habrían de tener los importantes cambios demográficos que van a afectar a la población europea durante el nuevo siglo. La Agenda Social Europea y las posteriores presidencias han tenido en cuenta el reto que supone preparar y adaptar los sistemas de pensiones al progresivo

⁷⁰⁶ Art. 8: “Disposiciones mínimas – no regresión”.

⁷⁰⁷ Art. 9 de la propuesta: “Aplicación”.

⁷⁰⁸ COM (2001) 362 final.

envejecimiento de la población que derivará de las reducidas tasas de natalidad y de la prolongación de la esperanza de vida, con el subsiguiente incremento del número de años durante los cuales los jubilados perciben pensiones públicas y una reducción simultánea de la población potencialmente activa. Dentro de las recomendaciones efectuadas por las instituciones comunitarias para mantener la viabilidad financiera de los sistemas de pensiones y responder a los cambios en las necesidades de la sociedad, se recoge la utilidad complementaria de los sistemas de pensiones privados. El recurso a las pensiones privadas, basadas en la capitalización, a través de regímenes profesionales o individuales, puede ser un instrumento válido para aliviar la presión sobre las finanzas públicas y garantizar la viabilidad del sistema de pensiones.

Las reformas de las pensiones que pretenden reforzar el papel de los regímenes de pensiones profesionales o personales deberán también atacar las deficiencias de esos regímenes, promoviendo la asequibilidad (los elevados gastos de gestión de los planes personales de pensiones pueden hacerlo poco atractivos para trabajadores con salarios bajos) y velando por la seguridad de los sistemas privados.

4. CONCLUSIONES.

El replanteamiento llevado a cabo sobre la viabilidad de los sistemas públicos de protección impulsó a la previsión privada. Para hacer frente al problema del envejecimiento demográfico, los Estados miembros refuerzan la importancia de los regímenes complementarios de pensión en la cobertura de los riesgos de vejez; determinados Estados miembros los fomentan.

La opción de estos sistemas complementarios por un sistema de capitalización frente al de reparto, salvo algunas excepciones, como la francesa o alemana, unido al apoyo institucional dotándolos con atractivas deducciones fiscales, y a la creencia en que el impulso de estos fondos eleva el ahorro nacional, y por tanto indirectamente la inversión, determinan un conjunto de factores que propician un avance vertiginoso en la consolidación de estos regímenes complementarios. No obstante, los regímenes complementarios de pensión se han desarrollado de manera muy heterogénea en los Estados miembros.

La protección de los derechos de pensión complementaria, tiene una proyección fundamental sobre el derecho de libre circulación, al servir en su caso de obstáculo o impedimento al mismo si la decisión de su ejercicio va acompañada de deterioros en los niveles de protección social efectiva. La libre circulación viene de hecho frenada por las limitaciones a la protección social uniforme de los trabajadores desplazados. Si no se garantiza el mantenimiento de los derechos adquiridos en el ámbito de la protección social complementaria se dificultará la libre circulación.

Dado que el art. 51 del Tratado exige la remoción de cualquier obstáculo a la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores en el ámbito interno de la Unión Europea, nada debiera impedir que el trabajador de la Unión pueda conservar todos sus derechos en el ámbito de la misma y, en especial, los derechos de protección social. Es, por tanto, de gran importancia que se protejan convenientemente los derechos de pensión complementaria de un trabajador que ejerza su derecho a residir y trabajar en otro Estado miembro.

Por ello, resulta necesario en el ámbito europeo mejorar la organización de los regímenes complementarios de pensión con objeto de facilitar la movilidad de los trabajadores. Si bien numerosos factores intervienen en la decisión de una persona de cambiar de empleo, es obvio que el hecho de que esa persona pueda perder una parte importante de sus derechos de pensión complementaria frena claramente su voluntad de cambiar de empleo.

La ausencia de un marco normativo común en materia de portabilidad de los derechos de pensión complementaria sigue siendo un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores y a la movilidad profesional en general, también dentro de los Estados miembros.

Un primer paso para reducir los obstáculos a la movilidad derivados de dichos regímenes complementarios se dio con la Directiva 98/49/CE, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad, que garantiza la igualdad de trato de los trabajadores migrantes y los nacionales que cambian de empleo en cuanto a sus derechos de pensión profesional. No obstante, la Directiva no abordó otros

obstáculos a la movilidad, como por ejemplo la diversidad de sistemas tributarios y de normativas sobre adquisición de derechos, por lo que persistieron las trabas a la libre circulación de trabajadores en el campo de las pensiones complementarias

A raíz de la adopción de la Directiva, otras acciones jurídicas emprendidas por las instituciones comunitarias han contribuido a potenciar el ejercicio del derecho de libertad de circulación de los trabajadores. Entre ellas, podemos destacar, la iniciativa de la Comisión en materia fiscal, dirigida a suprimir toda discriminación nacional de índole fiscal frente a los productos ofrecidos por entidades establecidas en otros Estados miembros. La eliminación de los obstáculos fiscales a las prestaciones complementarias es esencial para garantizar a los ciudadanos el ejercicio de su libertad de circulación, consagrada en el Tratado de la Comunidad Europea, y fomentar así la movilidad laboral. Por otra parte, facilitará la afiliación transfronteriza y permitirá a los organismos gestores de pensiones satisfacer mejor las necesidades de trabajadores y empresarios.

Sin duda, la adopción de la Directiva 2003/41/CE sobre Fondos de Pensiones, constituyó un gran paso adelante en el camino de la creación de un mercado interior de las pensiones de empleo. La Directiva garantiza un alto grado de protección de los partícipes y de los beneficiarios de los fondos de pensiones; permite que los fondos de pensiones de empleo acepten como partícipes a empresas situadas en otros Estados miembros y puedan administrar planes de pensiones para dichas empresas y respeta las prerrogativas de los Estados miembros en cuanto a protección social y planes de pensiones de jubilación.

Desde 2003 la Unión dispone de un marco jurídico que facilita la gestión transfronteriza de los regímenes profesionales de pensión complementaria, si bien se hace necesario aproximar las legislaciones de los Estados miembros que regulan los regímenes complementarios de pensión, para mejorar no sólo la movilidad de un Estado miembro a otro, sino también la movilidad profesional dentro de un país. Determinadas normas de los regímenes complementarios, en particular, en materia de adquisición de derechos, frenan la movilidad interior, lo cual obstaculiza, en particular, el desarrollo de empresas procedentes de otro Estado miembro, debido a las dificultades de contratación

de personal cualificado, ya que ese personal está retenido en las empresas debido a las normas que regulan estos regímenes complementarios.

En esta línea, la actual propuesta de Directiva sobre mejora de la portabilidad de los derechos de pensión complementaria pretende potenciar tanto la libre circulación de trabajadores a nivel trasnacional como a nivel nacional. Los aspectos coordinatorios de la propuesta, relativos al mantenimiento de los derechos adquiridos y transferibilidad, vendrán a facilitar la libre circulación de trabajadores y la consolidación del mercado interior; y los aspectos armonizadores de la misma sobre condiciones de adquisición de las pensiones complementarias, que se centran en la posibilidad de devolución de cotizaciones cuando no se ha perfeccionado el derecho; la fijación de una edad mínima para la adquisición de derechos no superior a los 21 años; el establecimiento de un período de espera en la empresa, de 1 año, como máximo, para la afiliación al régimen complementario; y la consideración de un período de 2 años para la adquisición de los derechos, vendrán a aproximar las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito, con objeto de mejorar las condiciones de competencia en el mercado laboral europeo. Si bien, los aspectos armonizadores de la propuesta pueden significar adaptaciones significativas en nuestra legislación.

En cualquier caso, habrá que esperar a la aprobación de la citada propuesta de Directiva y sin con ella se obtiene un resultado positivo en un futuro próximo. Como revela el reciente estudio realizado por el Comité de protección social y la Comisión sobre el futuro de los regímenes complementarios de pensión, cabe esperar que éstos experimenten un aumento importante; por consiguiente, es el momento de facilitar referencias comunes y avanzar en la adaptación ya en curso en los Estados miembros de los regímenes complementarios de pensión.

BIBLIOGRAFÍA

* AGUILERA IZQUIERDO, R., BARRIOS BAUDOR, G., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. *Protección Social Complementaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2003.

* ARADILLA MARQUÉS, M^a.J. “*Los instrumentos para la previsión complementaria en la empresa: situación normativa actual*”, en AA.VV. *Las pensiones sociales: problemas y alternativas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999.

* CASTRO ARGÜELLES, M^a.A. “*En particular, la protección de los fondos de pensiones (Directiva 2003/41/CE y normas complementarias)*”, en AA.VV. *La transposición del Derecho Social Comunitario al Ordenamiento Español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

* CASTRO ARGÜELLES, M^a.A. y MARTÍNEZ MORENO, C. “*La protección de las prestaciones complementarias de Seguridad Social (Directiva 98/49/CE)*”, en AA.VV. *La transposición del Derecho Social Comunitario al Ordenamiento Español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

* DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C. “*Las mejoras voluntarias: análisis reciente de la negociación colectiva y jurisprudencia*”, en Revista Española de Derecho del Trabajo, nº. 62, 1993.

* DEL VAL TENA, A.L. *La exteriorización de los compromisos por pensiones: el Régimen Jurídico de la Protección de los Trabajadores*, Thomson Aranzadi, Cizur menor, 2004.

* GALA DURÁN, C. *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, J.M^a. Bosch, Barcelona, 1999.

* GARCÍA VIÑA, J. “*Los fondos de pensiones. Comentario a la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 52, 2002.

* GRAU PINEDA, M^a.C. “*La Directiva 98/49/CE, sobre pensión complementaria*”, Revista de Ciencias Jurídicas, nº. 5, 2000.

“*Últimas novedades normativas sobre planes y fondos de pensiones en los ámbitos comunitario y español*”, La Ley, tomo 4, 2000.

* LÓPEZ CUMBRE, L. “*La protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho Social Internacional y Comunitario, nº. 7, 1998.

* MARCOS CARDONA, M. “*Tratamiento fiscal de las aportaciones realizadas por personas no residentes a planes de pensiones constituidos en España, así como de las efectuadas por residentes a planes de pensiones extranjeros. Especial referencia al ámbito comunitario*”, Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, nº. 22, 2002.

* MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. *Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán realizarse*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1996

Renovación del Pacto de Toledo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

* MONEREO PÉREZ, J.L. *Público y privado en el sistema de pensiones*, Tecnos, Madrid, 1996.

LOS TRABAJADORES FRONTERIZOS PRESENTE Y FUTURO EN LA NORMA DE COORDINACIÓN COMUNITARIA (RGTO 1408/71/CEE Y RGTO 883/2004/CE)”⁷⁰⁹

Dolores Carrascosa Bermejo
Redacción Social Editorial Francis Lefebvre
Profesora Dra. ICADE Madrid

1.- INTRODUCCIÓN

2.- CONCEPTO DE TRABAJADOR FRONTERIZO.

- 2.1.- El concepto de trabajador en la norma de coordinación
- 2.2.- Peculiaridad caracterizadora del trabajador fronterizo
 - 2.2.1.- Diferenciación respecto de otros tipos de trabajadores contemplados en la norma de coordinación
 - 2.2.2.- Concepto de fronterizo en otros ámbitos

3.- PROBLEMAS AFILIATIVOS Y DE DOBLE COTIZACIÓN

- 3.1.- Conflicto negativo de leyes.
- 3.2.- Conflicto positivo de leyes: doble cotización

4.- REGLAS ESPECÍFICAS PARA EL RECONOCIMIENTO Y CÁLCULO DE DETERMINADAS PRESTACIONES

- 4.1.- Asistencia sanitaria
 - 4.1.1.- Cobertura en el Rgto 1408/71/CEE
 - 4.1.2.- Cobertura en el Rgto 883/2004/CE
- 4.2.- Prestaciones en metálico por enfermedad común
- 4.3.- Accidente de trabajo y enfermedad profesional
- 4.4.- Desempleo
 - 4.4.1.- Ley aplicable al trabajador fronterizo desempleado en el Rgto 1408/71/CEE
 - 4.4.2.- Ley aplicable al trabajador Fronterizo desempleado en el Rgto 883/2004/CE
 - 4.4.3.- Cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo
 - 4.4.4.- Exportación de la prestación de desempleo

5.- PRESTACIONES FAMILIARES

- 5.1.- La normativa anticúmulo en el Rgto 1408/71/CEE
- 5.2.- La normativa anticúmulo en el Rgto 883/2004/CE

⁷⁰⁹ Este trabajo recoge la ponencia presentada en el II Congreso sobre “Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales” celebrado en la Facultad de Derecho de Zaragoza el 14 de diciembre de 2006.

1.- INTRODUCCIÓN

Esta ponencia es una aproximación a las soluciones que los Reglamentos comunitarios de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, otorgan a los problemas específicos que, en materia de protección social, puede sufrir un trabajador fronterizo.

La doctrina, salvo alguna interesante y reciente aportación,⁷¹⁰ se ha mantenido ajena al estudio de esta materia concreta, de manera que este trabajo se va a realizar básicamente desde la norma de coordinación comunitaria y la jurisprudencia comunitaria que la ha interpretado. Esta normativa, como es sabido, tiene un mero carácter instrumental, esto es, no sustituye las 31 normas nacionales de Seguridad Social que coordina.⁷¹¹ En realidad tan sólo designa, en supuestos de transnacionalidad, cual de tales legislaciones es aplicable, propiciando y ayudando, a través de ciertos mecanismos de interacción, como la totalización, a que se consigan derechos a prestaciones de Seguridad Social en su seno. De la aplicación de la normativa comunitaria, que posee una finalidad netamente tuitiva, surgen derechos en los sistemas nacionales de Seguridad Social involucrados, pues en su marco no se puede generar derecho subjetivo alguno de origen comunitario al no existir un sistema de Seguridad Social común que los haya sustituido.

La vigente norma de coordinación sigue conformada por el Rgto CEE/1408/71, y su normativa de desarrollo el Rgto CEE/574/72.⁷¹² No obstante, en este trabajo

⁷¹⁰ DESDENTADO BONETE, Aurelio. “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004” Revista del MTAS nº 64 p. 33 a 37.

⁷¹¹ Los Reglamentos de coordinación no sólo se aplican por las instituciones de Seguridad Social y los órganos jurisdiccionales de los actuales 27 Estados miembros de la UE, sino también en algunos países de la AELC (Noruega, Islandia y Liechtenstein), en virtud del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo suscrito con la CE y sus Estados miembros (BOE 25-1-94). Asimismo, desde el 1-6-2002, también se aplica en Suiza en virtud de acuerdo suscrito por ese Estado con la CE el 21-6-99. A este mismo ámbito geográfico de 31 Estados queda circunscrito el derecho a exportar prestaciones, cuando se funde en la normativa comunitaria de coordinación.

⁷¹² Ambos Reglamentos se recogen por separado dentro del Rgto CE/118/97 de 2-12-1996 cuya versión consolidada ha sido modificada parcialmente, por los Reglamentos que se mencionan a continuación y sin que se haya procedido todavía a una refundición de todos ellos en un único texto normativo: Rgto CE/1290/97 de 27-6-1997; Rgto CE/1223/98 de 4-6-1998; Rgto CE/1606/98 de 29-6-1998; Rgto CE/307/1999 de 8-2-1999; Rgto CE/1399/1999 de 29-4-1999, el Rgto CE/1386/2001 de 5-6-2001; Rgto CE/631/2004 de 31-3-2004; Rgto CE/647/2005 de 13-4-2005; Rgto CE/629/2006 y Rgto CE/1992/2006.

también se hará referencia a la nueva norma de coordinación simplificada, el Rgto CE/883/2004, que pese a su entrada en vigor en 2004, sólo podrá aplicarse cuando se apruebe su Reglamento de desarrollo, esto es, “un nuevo Rgto CEE/574/72.” Proceso normativo que se presume puede prolongarse más allá de este año 2007, considerándose que la Comisión no presentó su propuesta, a la que también se aludirá, hasta el 31-1-06, COM 2006 16 final.2006/0006 (COD).

Obviamente, partiendo de la dificultad interpretativa de esta normativa derivada, también se aludirá a la jurisprudencia dictada por el TJCE sobre la misma a raíz de las cuestiones prejudiciales que se pudieran haber ido planteando. Actividad interpretativa en la que también participa la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, en lo sucesivo CASSTM, que aprueba Decisiones que pretenden facilitar su aplicación práctica clarificando puntos oscuros de la normativa y los formularios comunes que se utilizan en las comunicaciones entre instituciones competentes.⁷¹³ Aunque, como es sabido, no son jurídicamente obligatorias para los Estados miembros,⁷¹⁴ tienen un peso específico al tratarse de una interpretación consensuada de forma unánime por los Gobiernos nacionales representados en la CASSTM. A este organismo que pueden acudir, asimismo, las instituciones competentes nacionales en caso de conflicto con el objeto de que dirima sobre la cuestión (Rgto CEE/1408/71 art. 84 bis.3).

A través de esta ponencia pretendo, en primer lugar aproximarme al concepto de trabajador fronterizo. En segundo lugar, analizaré los problemas que pueden encontrarse respecto de su afiliación-cotización, fundamentalmente vinculados con el peligro de que sufran la exigencia simultánea de una doble cotización, esto es, por parte del Estado miembro de empleo y el de residencia. En tercer lugar, y respecto de la acción protectora abordaré el reconocimiento y cálculo de las prestaciones de asistencia sanitaria, de las prestaciones por enfermedad en metálico (lo que aquí equivaldría a un subsidio de incapacidad temporal), de las derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, de las de desempleo y las prestaciones familiares. Prestaciones todas ellas respecto de las cuales los fronterizos son destinatarios de normas específicas. En efecto, se dejan al margen de este estudio no sólo aquellas prestaciones respecto de

Además, debe mencionarse que el Rgto CEE/574/72 de 21-3-1972 también ha sido objeto de recientes modificaciones en sus Anexos a través del Rgto CE/ 311/2007, del Rgto CE/207/2006 de 7-2-2006 y del ya mencionado Rgto CE/629/2006.

⁷¹³ Las versiones últimas revisadas de tales formularios pueden encontrarse en la Decisión de la CASSTM n.º 204, DOUE L 254 de 16-9-06.

⁷¹⁴ TJCE 14-5-81, asunto Romano 98/80.

las que se aplica el régimen común de coordinación, sino también otras ventajas sociales, vinculadas al empleo, de las que también pueden beneficiarse estos trabajadores fronterizos como consecuencia del ejercicio de la libre circulación y la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad.⁷¹⁵

2.- CONCEPTO DE TRABAJADOR FRONTERIZO.

Entre los trabajadores incluidos en el ámbito subjetivo del Rgto CEE/1408/71 el fronterizo posee cierta característica diferenciadora que le hace acreedor de normas específicas relacionadas con la cobertura de ciertas prestaciones. La peculiaridad que le distingue se refiere a la separación territorial, entre el Estado miembro donde reside y aquel donde trabaja.

La necesidad de que sea como premisa trabajador, a los efectos del Rgto 1408/71/CEE, obliga, en primer lugar, y aunque sea muy brevemente, a mencionar sus principales características⁷¹⁶ las cuales se mantienen intactas en el nuevo Rgto CE/883/2004.⁷¹⁷ En segundo lugar, se analizará esa característica que les hace peculiares. Por último, aludiremos al carácter no unívoco de este concepto de trabajador, ya que el que se maneja en la normativa comunitaria de coordinación no siempre es coincidente con el utilizado en otras normas derivadas, como las relativas a la libre circulación, y por supuesto difiere del sentido en que se emplea en nuestra normativa interna de extranjería o en los convenios bilaterales que en materia de Seguridad Social o fiscalidad tiene suscritos España.

2.1- El concepto de trabajador en la norma de coordinación

⁷¹⁵ Las prestaciones de Seguridad Social y las de Asistencia Social, excluidas del ámbito objetivo de las normas de coordinación comunitaria, son englobables dentro de una categoría más amplia: las ventajas sociales (Tratado CE art. 39; Rgto 1612/68/CEE art.7.2; véase, por todas, apdo. 28 de la TJCE 12-5-98, asunto Martínez Sala C-85/96). Su protección reposa sobre el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y, por tanto, sólo alegable por los nacionales de los Estados miembros, ya no necesariamente como trabajadores sino incluso como meros ciudadanos comunitarios (Tratado CE Título I art. 18; TJCE 20-9-01, asunto Grzelczyk). Sobre la protección de los trabajadores fronterizos al amparo del Rgto 1612/68/CEE art. 7.2 s ver TJCE 8-6-99 asunto Meeusen C-337/97; sobre los fronterizos jubilados se pueden ver los asuntos Meints C-57/96, y Fahmi C-33/99.

⁷¹⁶ CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vez en el Reglamento 1408/71*” CES. Madrid. 2004. p. 65 s. y todos los autores que en ese epígrafe se citan.

⁷¹⁷ Sobre el ámbito de aplicación subjetivo del nuevo Reglamento 883 y su evolución previa ver GARCIA DE CORTAZAR Y NEBRED, Carlos. “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004” Revista del MTAS nº 64 p.55 y s.

El trabajador al que alude la norma de coordinación, en primer lugar, es el que está o ha estado asegurado a la legislación nacional de Seguridad Social de un Estado miembro, incluida en el ámbito objetivo de aplicación de la norma de coordinación. Aseguramiento que debe producirse en calidad de trabajador por cuenta ajena o propia, o incluso como funcionario, aunque sea en el marco de un régimen especial (Rgto CEE/1408/71 art.1.a). Resulta irrelevante que este aseguramiento sea total o parcial (TJCE 12-5-98, asunto Martínez Sala C-85/96). Tampoco es importante a estos efectos que sea voluntario u obligatorio, aunque en este segundo supuesto –el de aseguramiento obligatorio- no es preciso que se hayan cumplido todos los requisitos formales para su afiliación o alta en un sistema nacional, bastando con que cumpla las exigencias materiales exigidos en la norma de Seguridad Social nacional para considerarle asegurado al mismo (TJCE 15-12-76, asunto Mouthaan 39/76). También es posible que el aseguramiento sea actual o previo, esto es, que haya existido previamente al momento en que se solicita la aplicación del Reglamento, pues esta normativa también se destina a personas ya inactivas, a los pensionistas (TJCE 9-7-87, asunto Laborero y Sabato 82/86 y 103/86) y a personas con la relación laboral suspendida, por ejemplo, por maternidad y que mantienen, no obstante, su aseguramiento a un régimen de Seguridad Social de un Estado miembro aunque sea sólo respecto de una única rama de todas las que su cobertura ofrece (TJCE 7-6-05, asunto Dodl y Oberhollenzer C-543/03 apartados 26 y s.).

En segundo lugar, los trabajadores deben estar incursos en una situación transnacional que afecte a su relación de Seguridad Social,⁷¹⁸ esto es, que hayan involucrado, a través de un desplazamiento internacional, a más de un sistema de Seguridad Social de los actuales 27 Estados miembros de la UE. La norma de coordinación también se aplica, a través del Acuerdo del Espacio Económico Europeo (EEE) a tres países de la Asociación Europea de Libre comercio la AELC (Noruega, Islandia y Liechtenstein) y también por un Acuerdo suscrito por la CE a Suiza. Este tipo de desplazamientos internacionales, con carácter general, no han de poseer un carácter migratorio, ni siquiera responder a motivos profesionales (TJCE 19-3-64, asunto Unger 75/63). En este sentido de “desprofesionalización” la normativa de coordinación se

⁷¹⁸ Denegando la aplicación del Rgto CEE/1408/71 por sólo estar involucrado un único Estado miembro TJCE 6-12-77, asunto Maris 55/77; TJCE 22-9-92, asunto Petit 153/91; TJCE 11-10-01, asunto Khalil y otros C-95/99.

aplica incluso a trabajadores sedentarios que necesitan asistencia sanitaria durante sus vacaciones en otro Estado miembro, o que desean exportar a otro Estado miembro una prestación, como derecho adquirido al amparo exclusivo de una norma nacional, pudiendo ser en este caso el primer desplazamiento internacional que realizan.

En tercer lugar, debe señalarse que desde el 1-6-2003, en virtud del Rgto CE/859/2003, la aplicación de la norma de coordinación ya no se supedita a que estos trabajadores sean nacionales de un Estado miembro, pues también se aplica a los trabajadores extracomunitarios. Trabajadores que han de ser residentes legales en un Estado miembro (de acuerdo con la normativa interna de extranjería aplicable), y siempre que se encuentren en el marco de una situación transnacional, es decir, donde existe conexión con más de un sistema nacional de Seguridad Social.

Debe señalarse, no obstante, que el Rgto CE/859/2003 que permite a estos nacionales de terceros Estados beneficiarse de la norma de coordinación, no ha modificado el ámbito subjetivo de aplicación del Rgto CEE/1408/71 art. 2. Por un lado, en su seno sólo se exceptúa del requisito de nacionalidad a los trabajadores apátridas y refugiados residentes en un Estados miembros; así como a los familiares y supervivientes de los trabajadores comunitarios que pueden obtener derechos derivados de Seguridad Social de estos últimos. Por otro lado, los trabajadores extracomunitarios a los que se niega todo derecho propio u originario de Seguridad Social, sólo se les contempla en la norma de coordinación como posibles generadores de derechos derivados a favor de supervivientes que necesariamente debían tener la nacionalidad comunitaria. Esta última previsión, desde el 1-6-2003 carece ya de sentido, pues, desde la entrada en vigor del Rgto CE/859/2003, se benefician de la coordinación comunitaria, con carácter general, los trabajadores migrantes y sus supervivientes con independencia de que tengan o no la nacionalidad de un Estado miembro.

Debe señalarse, por último, que la aplicación de la norma de coordinación a los nacionales extracomunitarios no es completa. Desde el punto de vista territorial el Rgto CE/859/2003, al fundamentarse en el art. 63.4 del Tratado CE, resulta directamente inaplicable en Dinamarca, siendo factible su aplicación en Irlanda y Reino Unido gracias al “opting-in” expreso que realizaron ambos Estados. Desde un punto de vista objetivo, hay que señalar que al carecer los nacionales de terceros Estados del derecho a la libre circulación no pueden beneficiarse de la posibilidad que les otorga el Rgto CEE/1408/71 art.69 de exportar su prestación por desempleo a otro Estado miembro durante un período de 3 meses, salvo que consigan que se acepte en ese Estado miembro

de destino su inscripción como demandante de empleo. En otras palabras, el derecho de exportación se limita a los supuestos en los que en virtud de un permiso de residencia se les permita la mencionada inscripción en el Estado miembro de destino donde el extracomunitario pueda ejercer legalmente una actividad profesional (considerando 13º Rgto CE/859/2003).⁷¹⁹ Existen también limitaciones específicas para la percepción, al amparo de la norma de coordinación, de ciertas prestaciones familiares alemanas y austriacas.

Pese a tales limitaciones, este cambio resulta sustancial, pues permite afirmar, en lo que aquí interesa, que los nacionales de terceros Estados pueden ser trabajadores fronterizos a los efectos de la norma de coordinación y beneficiarse de las previsiones que se analizarán en los siguientes epígrafes. En efecto, pierde su sentido la doctrina jurisprudencia de los derechos derivados fundada en que los nacionales de terceros Estados no podían obtener, gracias a la aplicación del Rgto CEE/1408/71) derechos originarios de Seguridad Social (desempleo, jubilación...). Admitiéndose tan sólo su derecho como familiares a los llamados derechos derivados (viudedad, orfandad...), es decir, los adquiridos en su condición de miembros de la familia o supervivientes de un trabajador (TJCE 23-11-1976, Kermaschek (40/76,)). Doctrina que se suavizó por la TJCE 30-4-96 Cabanis-Issarte (C-308/93), donde se especificó que resultaban únicamente inaplicable a tales sujetos las disposiciones de la norma de coordinación aplicables exclusivamente a los trabajadores, extendiéndose así el acceso, al amparo del Reglamento, de los familiares extracomunitarios a las prestaciones familiares (TJCE 10-10-96, asunto Hoefer y Zachow, acumulados C-245/94 y C-312/94 apartado 32).

La trascendencia del cambio normativo se clarifica si se pone en relación con la TJCE 25-10-01, sobre el asunto Ruhr (C-189/00), cuyo fallo hubiera sido distinto de producirse tras la entrada en vigor del Rgto CE/859/2003. El pleito nacional del que surgió esta cuestión prejudicial versaba sobre una nacional polaca, la Sra Ruhr, residente en Alemania con su marido alemán que no era trabajador migrante, pues siempre había trabajado y residido en dicho país (Tratado CE art. 39). Esta señora, entonces nacional de un tercer Estado, Polonia, trabajó en Luxemburgo durante más de un año, sin cambiar su residencia alemana a la que volvía diariamente. Sin embargo, una vez perdido dicho empleo no pudo pedir prestación por desempleo en Luxemburgo

⁷¹⁹ En el mismo sentido esta limitación a la aplicación del Rgto CEE/1408/71 art.69 concurre respecto de los trabajadores nacionales de aquellos Estados que por su reciente incorporación a la UE todavía pueden ser objeto de limitaciones transitorias a la libre circulación como las establecidas por España actualmente respecto de los nacionales búlgaros y rumanos.

al incumplir el requisito de residencia que imponía ese sistema de Seguridad Social. Motivo por el que solicitó entonces prestación por desempleo en Alemania, su lugar de residencia, donde se inscribió como desempleada, expidiendo la entidad gestora alemana el formulario comunitario E 301 con el objeto de que Luxemburgo certificara los períodos de empleo computables para la concesión de las prestaciones por desempleo. Sin embargo, la administración luxemburguesa se negó a cumplimentar tal trámite alegando que, al no ser nacional comunitaria, la Sra. Ruhr no se podía beneficiar del Reglamento para la obtención de un derecho originario de Seguridad Social como es el desempleo. En consecuencia, Alemania denegó su solicitud de tales prestaciones considerando que no había tenido actividad laboral en su territorio. Esta situación de desprotección, por conflicto negativo de leyes, en la que queda la Sra. Ruhr, no se puede generar ya a partir del 1-6-2003, pues esta nacional polaca se beneficiaría de las normas específicas comunitarias que le hubieran permitido, como fronteriza, obtener cobertura por desempleo en Alemania, al amparo del artículo 71 del Rgto CEE/1408/71. Disposición cuyo contenido analizaremos en este trabajo.

2.2.- Peculiaridad caracterizadora del trabajador fronterizo

El Rgto 1408/71/CEE art.1.b) define al fronterizo como aquel *“trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que ejerza su actividad profesional en el territorio de un Estado miembro y reside en el territorio de otro Estado miembro, al que regresa en principio cada día o, al menos, una vez por semana”*. Debe señalarse que a tenor de las definiciones contenidas en las letras h) e i) del Rgto 1408/71/CEE art.1; el término “residencia” significa estancia habitual y el término “estancia” se asocia por la norma a una estancia temporal. Por otro lado, la definición de fronterizo coincide plenamente con la contenida en el art.1.f) del nuevo Rgto 883/2004/CE.⁷²⁰

El trabajador fronterizo, por tanto, será aquel que, además de reunir todos los requisitos mencionados en el epígrafe anterior como trabajador, realiza un determinado tipo de desplazamiento internacional con una finalidad laboral. En efecto, es el que se traslada a trabajar a otro Estado miembro, manteniendo su residencia en el Estado de origen, tal y como demuestra el retorno periódico mínimo a su lugar de residencia que

⁷²⁰ En cuyo marco es fronterizo *“toda **persona** que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana.”*

exige la norma. Se trata, en todo caso, de un requisito fáctico adicional, ajeno a la relación jurídica de Seguridad Social y poco controlable por las Administraciones de Seguridad Social involucradas.

De acuerdo con esta definición, contenida en la norma comunitaria de coordinación, un trabajador fronterizo será, por ejemplo, aquel que reside en España pero trabaja en Francia y vuelve a España todos los días o, al menos, una vez por semana. Según los datos disponibles no son muchos los trabajadores en esa situación *“(...) en el periodo 1990- 1995 se situaban en un 0,26% de la población activa, con una concentración muy acusada en determinadas zonas. Datos más recientes dan un total de fronterizos los sitúan por debajo del 0,50%. La cantidad puede haberse incrementado probablemente como consecuencia de los nuevas incorporaciones de los países del Este en mayo de 2004.”*⁷²¹

Esta exigencia de retorno y, en definitiva de cruce de fronteras, supone, en su versión clásica y desde un punto de vista práctico, que estos trabajadores residan normalmente en zonas próximas a la frontera que atraviesan, de ahí que tal vez fuera más apropiado denominarles transfronterizos, término también utilizado en ocasiones. Sin embargo, con la mejora generalizada de las comunicaciones, por ejemplo a través de los trenes de alta velocidad que recorren Europa, ya no parece preciso que estas personas deban residir en zonas fronterizas. De manera que debería entenderse cumplido el requisito mencionado, y sería también trabajador fronterizo, una persona que residiese en Madrid y trabajara en Londres, volviendo todos los fines de semana a su domicilio en España. Esta posibilidad no descartable jurídicamente choca con la realidad de todos los supuestos planteados ante el TJCE sobre fronterizos relacionados en este trabajo y que aluden a los que podríamos denominar fronterizos clásicos, en el sentido de que el Estado de empleo y el de residencia son limítrofes. En cualquier caso, aunque esa realidad que sin duda responde a las afinidades culturales o idiomáticas que facilitan la emigración, debe recalcar que en la normativa de coordinación no se contempla esa exigencia, pues ni siquiera se alude a que el trabajador tenga que residir a una determinada distancia de una frontera que separe ambos Estados, el de residencia o el de empleo. Por el contrario, esta exigencia adicional de ubicación geográfica, si está

⁷²¹ DESDENTADO BONETE, Aurelio. “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos...” op. cit. P. 64 s. Datos que extrae el autor de “Los trabajadores fronterizos en la Unión Europea”, www.euoparl.eu.int/workings_papers. Dictamen del Comité de Regiones de 30-9-04, sobre balance y situación de los trabajadores transfronterizos tras diez años de mercado interior, problemas y perspectivas (DOCE C-43 18-2-05).

presente en otras normas internacionales, como el Convenio bilateral de Seguridad Social Hispano-Portugués de 11-6-69 al que se sumaría tardíamente el colectivo de los fronterizos, mediante un acuerdo administrativo ad-hoc suscrito el 4-9-71. En esa normativa se definía a los fronterizos como aquellos trabajadores que residían en una zona fronteriza, que delimitaban, con carácter general, hasta una profundidad de 20 Km de la frontera, exigiéndose además su retorno diario al Estado de residencia; por lo que a estos sujetos se les dotaba de una tarjeta de circulación fronteriza. Sin embargo, tres años más tarde, el 31-10-74, en el artículo 6 del Convenio bilateral de Seguridad Social suscrito, esta vez, con Francia, Estado fundador de la entonces CEE, ya se recogería un concepto más amplio y coincidente con el existente ahora en el Derecho Comunitario de coordinación.⁷²² Sobre estos convenios bilaterales, muy brevemente, conviene recordar, que, por un lado, continúan siendo de aplicación en lo que sea más favorable que la norma comunitaria de coordinación, siempre que se hubiera generado una expectativa de derecho en su seno antes de la entrada en vigor de la norma de coordinación (Rgto CEE/1408/7114-6-1971 art.7.2.c- modif. Rgto CE/647/2005 art.1.3).⁷²³ Por otro lado, y pese que al definirse el ámbito de aplicación subjetivo de dichos convenios se hacía mención a la aplicación exclusiva a los nacionales de los países suscriptores, se debe señalar que cualquier ciudadano comunitario puede invocar su aplicación al amparo del principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad (Rgto CEE/1408/7114-6-1971 art.3.3, modificado por el Rgto CE/647/2005).

En la definición de la norma comunitaria de coordinación a la separación geográfica entre empleo y residencia se suma, como único requisito adicional, el mencionado retorno periódico que además es el que permite presumir el mantenimiento de dicha residencia. Estos mismos elementos se reiteran en la normativa comunitaria derivada relativa a la mera libre circulación de los trabajadores y, en definitiva, a la no discriminación en las condiciones y acceso al empleo. La fuente principal es el Rgto

⁷²² En este sentido, el Convenio bilateral sobre desempleo firmado el 13-10-1982 con ese mismo país definiría en su art.1.4 al fronterizo de forma plenamente coincidente con la norma comunitaria de coordinación, aludiéndose incluso a la posibilidad de que el trabajador fronterizo, como se pondrá de manifiesto, sea destacado por un período máximo de 4 meses.

⁷²³ A estos convenios, como parte de la normativa nacional, también se les aplica el principio de intangibilidad de los derechos nacionales, respecto de la norma derivada de coordinación cuando sean más favorables (TJCE 7-2-91, asunto Rönfeldt C-227/ 89, que rectifica la doctrina sentada previamente en la sentencia TJCE 7-6-73, asunto Walder 82/72). La exigencia de comparación en busca de la norma más favorable se matizó con la exigencia de que necesariamente se hubiera generado en el marco de la norma convencional una expectativa de derecho previa a la entrada en vigor de la norma comunitaria de coordinación (TJCE 9-11-95, asunto Thévenon C-475/93; TJCE 7-5-98, asunto Gómez Rodríguez C-113/96; TJCE 9-11-00, asunto Thelen C-75/99; TJCE 5-2-02, asunto Kaske C-277/ 99).

1612/68/CEE, normativa en cuyo ámbito subjetivo de aplicación se engloba, sin duda, a los fronterizos, a los que menciona en su Exposición de motivos de esta norma, aunque sin definirlos.⁷²⁴ En virtud de esta normativa debe entenderse que los fronterizos, como los demás migrantes, tienen garantizada la igualdad de trato en el ejercicio del empleo, pudiéndose beneficiar de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales de los distintos Estados miembros (Rgto 1612/68/CEE art. 7.2). Este Reglamento ha sido modificado por la Dir 2004/38/CE art.17 relativa, en este caso, a la libre circulación de ciudadanos comunitarios y aplicable en España desde 29-4-06, ha sido incorporada recientemente a nuestro ordenamiento a través del RD 240/2007. En el seno de la Directiva mencionada también se alude a los fronterizos, concretamente al abordar el derecho de permanencia de los trabajadores comunitarios. Efectivamente, se otorga la residencia permanente al trabajador que, después de tres años consecutivos de actividad y residencia en el Estado miembro de acogida, ejerza una actividad por cuenta propia o ajena en otro Estado miembro, pero conserve su residencia en el Estado miembro de acogida, al que regresa, por norma general, diariamente o al menos una vez por semana. Aunque se observa una plena coincidencia con el rasgo distintivo de los trabajadores fronterizos exigido en el Rgto 1408//1/CEE, hay que señalar que la definición de trabajador en tales ámbitos, libre circulación y coordinación comunitaria de la Seguridad Social, no es plenamente coincidente. Como es sabido, no existe en el ámbito comunitario una definición unívoca de trabajador y así, sólo por poner un ejemplo, puede haber un trabajador fronterizo a los efectos de la norma coordinación (autónomo con nacionalidad extracomunitaria⁷²⁵); sujeto, que no podrá ser considerado como tal por las normas específicas de libre circulación circunscritas, como es sabido, a los trabajadores por cuenta ajena con nacionalidad comunitaria.⁷²⁶

⁷²⁴ Colectivo que también está presente en la Red europea de información sobre empleo que pretende facilitar la movilidad de los trabajadores y su colocación en otros Estados miembros, EURES, que tiene ofertas específicas para los que denomina, en este caso, transfronterizos.

⁷²⁵ Al margen de la norma comunitaria, los extracomunitarios son destinatarios de la Ley de extranjería nacional donde se recoge un permiso de trabajo específico de trabajo fronterizo con vigencia de 5 años y renovable (antes tipo F; LOEX art.43 y RD 2393/2004 art.84). Se trata de un permiso poco empleado, pues se refiere a trabajadores que residen en la zona fronteriza de un Estado limítrofe, al que regresan diariamente tras desarrollar actividades lucrativas, profesionales o laborales en zonas fronterizas del Estado español, estando limitada su validez a ese ámbito territorial.

⁷²⁶ Asimismo puede haber un trabajador fronterizo a los efectos de la norma de coordinación que, sin embargo, al realizar una actividad laboral muy reducida (4 horas de clase dos días a la semana en un instituto del Estado limítrofe) no pueda considerarse trabajador a los efectos de la libre circulación. Ver sobre este último supuesto la TJCE 3-5-90 sobre el asunto Kits Van Heijningen 2/8. Más ampliamente sobre esta dicotomía CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. *La coordinación comunitaria...* op. cit. P. 71 s

Por otro lado, la transnacionalidad, incluida en el concepto de trabajador, unida a la mencionada exigencia de desplazamiento internacional y retorno periódico a la residencia, impiden identificar como fronterizo a los teletrabajadores que residan en un Estado y trabajen para una empresa ubicada en otro.⁷²⁷ Así, por ejemplo, no sería fronterizo un trabajador español que residiese en Barcelona, y que hubiese sido contratado en Alemania como teletrabajador, de manera que enviase diariamente desde su terminal de ordenador ubicada en su casa el trabajo encargado a la empresa ubicada en Berlín. En este caso, parece claro que el trabajo se desarrolla en España, donde reside el trabajador y donde debería gozar de la cobertura de la Seguridad Social, lo que implicaría la solicitud de inscripción de la empresa en nuestro Sistema nacional designando un domicilio, por ejemplo a través de un Graduado Social, a los efectos de notificación y cotización del trabajador, al que habría de dar de alta.⁷²⁸ Parece que en este caso al no existir un desplazamiento físico del trabajador, no concurre la problemática de Seguridad Social propia del trabajador fronterizo que deriva de la separación geográfica entre el lugar de empleo y el de residencia. En todo caso, se echa de menos tanto en la norma de vigente de coordinación, como en el nuevo Rgto 883/2004/CE, alguna alusión a la determinación de la Ley de Seguridad Social nacional aplicable a este colectivo de teletrabajadores, pues ya no es preciso el desplazamiento internacional para desarrollar una actividad profesional a favor de una empresa extranjera.

Por último, debe señalarse que la norma de coordinación distingue al fronterizo, definiéndolo y destinándole ciertas disposiciones específicas porque posee su propia problemática. Efectivamente, el trabajador fronterizo sufre más agudamente, que el resto de migrantes la falta de armonización de las normas de Seguridad Social de los Estados miembros, y su carácter intrínsecamente territorialista. Característica que se manifiesta principalmente en la 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.”*⁷²⁹ Efectivamente, las normas de Seguridad

⁷²⁷ El Acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo de 16-7-02 que no es vinculante jurídicamente ya que no ha sido todavía incorporado al Derecho español aunque sí se ha recogido su texto en los últimos Acuerdos interconfederales de negociación colectiva suscritos define al teletrabajo *“como una forma de organización y/o realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación del trabajo, en la que un trabajo que hubiera podido ser realizado igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de estos locales de manera regular.”*

⁷²⁸ LGSS art. 99; RD 84/1996 art.5 y s.

⁷²⁹ CORNELISSEN, Rob. “The principle of territoriality and the Community Regulations on Social Security (Regulations 1408/71 and 574/72)” *Common Market Law Review* 1996, p. 441.

Social parten de una premisa, no siempre cierta, de que sus destinatarios han nacido, residen y trabajan en su territorio nacional y precisamente a estos elementos anudan los derechos a las prestaciones o la propia afiliación. El trabajador fronterizo no se ajusta a esa concepción territorialista de la Seguridad Social, pues geográficamente tiene alguno de esos elementos disgregados geográficamente, obteniendo los ingresos profesionales de un Estado y manteniendo la residencia en otro. De manera que, en ausencia de las normas de coordinación, podrían sufrir desigualdades de trato por razón de su nacionalidad, impedirseles el aseguramiento o ser objeto de una doble cotización y finalmente carecer de cobertura prestacional.

2.2.1.- Diferenciación respecto de otros tipos de trabajadores contemplados en la norma de coordinación

Ya en el marco del propio Reglamento conviene diferenciar al trabajador fronterizo de otros trabajadores, que también son destinatarios en la norma de coordinación comunitaria de disposiciones específicas. En primer lugar, resulta clara la diferencia entre trabajador fronterizo y el denominado trabajador de temporada que define el Rgto 1408/71/CEE art.1.c) como aquel trabajador, solamente por cuenta ajena, que se desplaza al territorio de un Estado miembro distinto de aquél donde reside, con el fin de efectuar allí, un trabajo de carácter estacional cuya duración no podrá sobrepasar en ningún caso ocho meses, si permanece en el territorio de dicho Estado mientras dura su trabajo. Por trabajo de carácter estacional se entenderá, según esa definición, un trabajo que depende del ritmo de las estaciones y que se repite automáticamente cada año. Aunque el trabajador fronterizo y el de temporada trabajan en un Estado distinto de donde residen, el primero no tiene porqué realizar una actividad estacional. Además no se traslada a otro Estado miembro durante meses sin regresar al Estado de residencia, se trata por el contrario de quien va y viene al menos una vez a la semana; situación que, por otro lado, puede mantenerse durante muchos años de forma consecutiva.

En segundo lugar, el trabajador fronterizo también debe diferenciarse del denominado trabajador destacado o desplazado, que de forma temporal trabaja en otro Estado miembro, el de destino, pero que puede mantener su residencia o domicilio en el Estado de origen del desplazamiento. Con este último Estado, el trabajador desplazado, a diferencia del fronterizo, será con quien mantenga su vínculo afiliativo, o asegurativo de Seguridad Social. Además su relación laboral o profesional, que continúa en otro

Estado miembro, ya existía en el Estado de origen de donde fue desplazado por un empresario, o por su propia voluntad en el supuesto de ser un autónomo. A diferencia de los desplazados, los fronterizos en el Estado de residencia sólo han de poseer su domicilio, y normalmente el de su familia; en el Estado de empleo se ubicará su trabajo y será ante su sistema de Seguridad Social, como se verá, donde deba afiliarse por imperativo del Rgto 1408/71/CEE art. 13.2.a) y b). Además, frente al carácter necesariamente temporal de la condición del desplazado, no existe respecto del fronterizo impedimento para que su situación sea permanente, incluso dure toda la vida laboral.

Los trabajadores fronterizos, al igual que el resto de migrantes, suelen trabajar en el Estado de empleo con el objeto de lograr allí un salario más elevado que el que obtendrían en su Estado de residencia. La afiliación y cotización de los fronterizos en el Estado de empleo, por imperativo de la norma de coordinación, supone un trato uniforme con sus compañeros de trabajo nacionales de ese Estado. Por el contrario, los trabajadores desplazados hacía Estados más desarrollados, suelen resultar, desde un punto de vista empresarial, comparativamente “más baratos,” pues mantienen su relación de aseguramiento anclada en su Estado de origen donde las cotizaciones son normalmente menos cuantiosas. La jurisprudencia comunitaria ha tratado de evitar que se juegue con esa ventaja comparativa a través de lo que podrían entenderse como destacamentos fraudulentos.⁷³⁰

Por otro lado, debe señalarse que el legislador no excluye la posibilidad de que un trabajador fronterizo sea simultáneamente un trabajador desplazado. En efecto un trabajador fronterizo puede ser destacado por su empresario desde el Estado de empleo a otro Estado miembro, que puede coincidir o no con su Estado de residencia. Así, volviendo a nuestro ejemplo, el del trabajador fronterizo que reside en España y trabaja en Francia, podría ser destacado por su empresario a Bélgica. En este caso el trabajador

⁷³⁰ En efecto, como se deduce de las sentencias TJCE 10-2-00, asunto FTS C-202/97; TJCE 9-11-00, asunto Plum C-404/98, no estaría permitido, por ejemplo, que una ETT situara un pequeño establecimiento en una zona fronteriza con el único objeto de contratar trabajadores en un Estado (con exigencias cotizatorias más bajas), para sin solución de continuidad, poner a disposición de empresas usuarias ubicadas en el Estado limítrofe que tuviera un sistema de Seguridad Social más exigente o tuitivo en calidad de destacados. Estos trabajadores, al amparo del Rgto 1408/71 art.14.1.a), seguirían vinculados al sistema del Estado de origen como acreditaría el formulario E-101 expedido a su favor. El TJCE considera fraudulento este tipo de destacamento cuando se acredite que los trabajadores no mantienen respecto de dicha ETT ninguna relación de dependencia, y se constate que dicha empresa no realizaba actividades significativas en el Estado de origen del destacamento. Con ese pronunciamiento se evitaba que las ETTs se estableciesen en lo que podríamos considerar un mero domicilio de conveniencia y se intentaba desfavorecer el dumping social.

continúa afiliado en Francia aunque trabajase en Bélgica temporalmente. El legislador comunitario considera que ese desplazamiento no implica la pérdida de la condición de fronterizo, aun cuando no regrese a su lugar de residencia semanalmente; problema este último, el del retorno, que obviamente no se produciría, si el destacamento tuviera como destino España. Sin embargo, en la situación expuesta la condición de fronterizo sólo se conserva durante un máximo de 4 meses. siempre y cuando no se cumplen determinados requisitos.

En tercer lugar, tampoco se puede descartar que los trabajadores fronterizos sean simultáneamente trabajadores móviles, en el sentido de que ejerzan su actividad profesional en el territorio de dos o más Estados miembros, que pueden no coincidir con su Estado de residencia, y a donde podrían regresar una vez a la semana. En principio, este tipo de trabajadores podrían considerarse fronterizos mientras no ejerciesen también su actividad profesional en el Estado de residencia, pues en ese caso con carácter general y a tenor de las normas de conflicto comunitarias establecidas ad-hoc, quedarían obligados a residir, afiliarse y cotizar allí, al coincidir, aunque sea parcialmente lugar de trabajo y residencia.⁷³¹ Por otro lado, en el caso de trabajadores pluractivos, esto es, aquellos que desarrollan una actividad por cuenta ajena en un Estado y por cuenta propia en otro, como regla general, se aseguran donde trabajan por cuenta ajena salvo que realicen la actividad por cuenta propia en alguno de los países mencionados en el Anexo VII del Reglamento 1408 en cuyo caso tiene que afiliarse a ambos sistemas nacionales (Rgto 1408/71/CEE art. 14 quater).⁷³²

En un sentido delimitador de las diferentes figuras mencionadas resulta interesante la sentencia del TJCE 16-2-95 asunto Calle Grenzshop C-425/93 relativa a una empresa alemana (Calle Grenzshop) de comercio, al por menor, de productos alimenticios ubicada en una zona próxima a la frontera con Dinamarca que tenía contratado como Director a un danés, el Sr. Wandahl, residente en Dinamarca y afiliado

⁷³¹ Grosso modo, la norma de conflicto comunitaria prevé distintas conexiones distinguiendo entre:

- 1) El personal itinerante o navegante al que se le aplicaría la Ley de la sede de la empresa, salvo cuando:
 - a) trabaje en una sucursal permanente, en cuyo caso se le aplica la Ley de ese Estado miembro.
 - b) realice su ocupación preponderante en el Estado de residencia, aplicándose la Ley del lugar de residencia o *lex domicilii*.
- 2) El personal no itinerante o navegante: que se ha de afiliar en el Estado de residencia cuando parte de la actividad la realiza también en ese Estado. En defecto de esta posibilidad quedan afiliados en el Estado miembro donde tenga su sede la empresa.

Por último, hay que mencionar el caso específico del trabajador por cuenta propia, al igual que en el caso anterior, la afiliación se hará en el Estado de residencia donde también trabaja y en su defecto en el Estado donde tiene su actividad predominante. Ver más ampliamente sobre estos colectivos CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. *La coordinación comunitaria ...* op. cit. P. 143 s

⁷³² Ver sobre este colectivo TJCE 9-3-06, asunto Piatkowski C-493/04.

al sistema de Seguridad Social danés. Este Director realizaba también trabajos para esta misma empresa alemana, 10 horas por semana, en Dinamarca de forma permanente durante varios años. El pleito que origina la cuestión prejudicial surge de la reclamación de la Administración de Seguridad Social alemana que consideró que el Sr. Wandahl debía estar afiliado en Alemania y pagar allí cotizaciones. Sin embargo, en opinión del TJCE el trabajador estaba correctamente afiliado al sistema de Seguridad Social danés al amparo del Rgto 1408/71/CEE art. 14.2.b).i), relativo a quien trabaja por cuenta ajena en el territorio de dos ó mas Estados miembros y cuya aplicación obliga al afectado a estar sometido a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside, siempre que ejerza parte de su actividad profesional allí o dependa de varias empresas o empresarios con sedes en distintos Estados miembros. En el supuesto de que no trabajase en el Estado de residencia y la empresa tuviera su sede en un Estado miembro será precisamente al sistema de Seguridad Social de este último Estado donde deba afiliarse el trabajador. El TJCE además rechazó la idea de que el Sr. Wandahl fuera un trabajador destacado, pues constato la ausencia de límite temporal a la actividad profesional que realizaba en Dinamarca.

Por último, debe señalarse que tampoco se han considerado fronterizos los **funcionarios** de un Estado miembro que trabajan por cuenta de tal Estado en el territorio de otro Estado miembro, donde realmente residen, aunque hubieran mantenido un domicilio legal en el Estado de origen. Así se puso de manifiesto en la TJCE 1-2-96, asunto Naruschawicus relativa a una funcionaria de las fuerzas armadas belgas que trabajaba en los territorios ocupados alemanes y que mantenía, como funcionaria, un domicilio legal en Bélgica, aunque en realidad residiese de facto en Alemania. El TJCE aclararía que en este caso no era de aplicación la regla general, que conduce a la aplicación de la ley del lugar de trabajo o Lex loci laboris (Rgto 1408/71/CEE art. 13.2.a), si no una norma de conflicto específica (Rgto 1408/71/CEE art.13.2.d) que designa como competente al Estado del que depende el funcionario, en este caso, Bélgica.

3.- PROBLEMAS AFILIATIVOS Y DE DOBLE COTIZACIÓN

Centrándonos ya en los problemas de Seguridad Social de los fronterizos este colectivo, hay que señalar que para la determinación de la Ley aplicable a la relación de

afiliación y cotización, el Título II del Rgto 1408/71/CEE contiene un sistema completo y uniforme de normas de conflicto de leyes cuyo objetivo es someter a los trabajadores que se desplazan dentro de la Unión al régimen de Seguridad Social de un único Estado miembro. La unicidad de Ley aplicable pretende evitar la acumulación de legislaciones aplicables y, en consecuencia, la doble cotización que de ella podría derivarse. En concreto a los trabajadores fronterizos por imperativo del propio Rgto 1408/71/CEE art. 13.2.a) y b), deben afiliarse o estar asegurados siguiendo la norma general, esto es, en el sistema del lugar de trabajo, aplicándose la conexión *Lex loci laboris*: “*la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de ese Estado , incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro*”. Esta designación supone que los Estados de empleo involucrados no podrán alegar el incumplimiento del requisito de residencia por parte del fronterizo para proceder a su afiliación o alta.

La aplicación de una legislación de Seguridad Social de afiliación no sólo afecta al trabajador, sino también a su empresario en lo que concierne a su obligación de cotizar, con independencia de que éste último resida en otro Estado miembro (TJCE 24-6-75, asunto Football Club d'Adlau 8/75). En este sentido, debe señalarse que dicho empresario no puede ser tratado peyorativamente en materia de cotización por el hecho de que la sede empresarial se ubique en un Estado miembro diferente del que le reclama las cotizaciones (Rgto 1408/71/CEE art. 91)⁷³³

Para solucionar los problemas de conflictos negativos y positivos de leyes que puede tener el trabajador fronterizo, junto a estas normas de conflicto, resulta crucial el principio de igualdad de trato (Rgto 1408/71/CEE art.3) que prohíbe tanto las discriminaciones directas como indirectas por razón de la nacionalidad. Así se sigue apreciando en el marco de la exposición de motivos del Rgto 883/2004/CE en cuyo considerando octavo se señala: “*El principio de igualdad de trato reviste una importancia especial para los trabajadores que no residen en el Estado miembro en el que trabajan, incluidos los trabajadores fronterizos.*” Obviamente, la igualdad de trato por razón de la nacionalidad sólo protege a los trabajadores nacionales de un Estado miembro, esto es, con nacionalidad comunitaria.

3.1.- Conflicto negativo de leyes.

⁷³³ Sobre los problemas de recaudación de cotizaciones en un Estado miembro distinto del competente ver CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. *La coordinación comunitaria...* op. cit. P. 181 s.

Las normas de conflicto del Reglamento de coordinación lo que hacen es designar a un sistema de Seguridad Social como competente, pero no garantizan que en su seno vaya a haber derecho a afiliarse o a obtener determinada protección mediante el reconocimiento de una prestación, pues tales resultados dependen del tenor y requisitos que impone la norma nacional de Seguridad Social a la que reenvían.

En el caso de los trabajadores fronterizos puede suceder que ninguno de los dos Estados miembros involucrados, el de residencia o empleo, reconozca al fronterizo su derecho a afiliarse. Este supuesto suele afectar más los trabajadores por cuenta propia, pues sus obligaciones de afiliación en algunos sistemas están muy matizadas al igual que sucede con la propia protección asociada. En este sentido, resulta interesante la TJCE 13-10-93, asunto Zinnecker C-121/92, relativo a un trabajador de nacionalidad alemana, el señor Zinnecker, que residía en Alemania y explotaba, como trabajador autónomo, puestos de productos alimenticios. Alrededor de la mitad de estos puestos estaban en los Países Bajos y la otra mitad en la entonces República Federal de Alemania. El pleito surge ante la reclamación de cotizaciones plantada por las autoridades holandesas. Se constata, sin embargo, en el período reclamado que el señor Zinnecker, por un lado, no se había afiliado al sistema alemán, donde sólo se establecía a favor de estos trabajadores autónomos un seguro de jubilación voluntario por el que no había optado. Por otro lado, tampoco estaba afiliado en Holanda porque no cumplía el requisito de residencia exigido por esa normativa nacional. En este contexto, el TJCE señaló que la única legislación competente para proceder a su afiliación, en todo caso, era la alemana, pues coincidía en ese territorio parte de su actividad profesional con la residencia, de manera que ese sistema era el único que hubiera podido reclamar cotizaciones si el Sr Zinnecker voluntariamente se hubiera afiliado. En consecuencia a la luz de la normativa comunitaria de coordinación no procedía la reclamación holandesa de cotizaciones.

Esta misma conexión de la norma de conflicto, esto es, la que obliga a afiliarse en el Estado miembro donde tenga su sede la empresa, es la que prima en los supuestos de trabajadores que realizan su actividad profesional en empresas atravesadas por la frontera común de dos Estados miembros. En efecto, el Rgto 1408/71/CEE art.14.3 y 14 bis.3, contiene normas de conflicto destinadas específicamente a los trabajadores de esas “empresas fronterizas” que ocupan grandes zonas agrícolas y mineras divididas por una frontera. Debe hacerse constar que los trabajadores de estas “empresas fronterizas”

en el supuesto de que no coincidiesen el Estado de sede de la empresa con el de su residencia podrían también calificarse de trabajadores “fronterizos.”

3.2- Conflicto positivo de leyes: doble cotización

En el sistema de Seguridad Social del Estado de empleo, donde el fronterizo desempeña y obtiene rendimientos de su actividad profesional es donde, a su vez, está obligado a cotizar, sin embargo, en ocasiones, se ha intentado gravar tales ingresos en el Estado de residencia. Se trata de una problemática que resulta estar íntimamente relacionada con la aplicación descoordinada de normas nacionales de Derecho fiscal y que también puede suponer para el fronterizo un doble gravamen y, en definitiva, una situación de desventaja por el hecho de haber ejercido su derecho a la libre circulación.⁷³⁴

Respecto de este problema resultan relevantes dos asuntos llevados hasta el TJCE en sendas cuestiones prejudiciales. En primer lugar, es paradigmática la sentencia del TJCE 15-1-00, asunto Comisión vs Francia C- 34/1998 y C 169/1998, cuyo origen es un pleito entre trabajadores fronterizos residentes en Francia y la Administración francesa de Seguridad Social que exigía el abono de las denominadas CSG o contribución social generalizada, cuyo monto se calculaba también sobre los rendimientos laborales obtenidos en otro Estado miembro donde trabajaban y cotizaban por imperativo de la norma de coordinación. El Estado francés sostenía que se trataba

⁷³⁴ Como es sabido, el impuesto sobre la renta no está armonizado a nivel comunitario, rigiéndose por las normativas nacionales respectivas y por numerosos acuerdos bilaterales y/o multilaterales que tratan de evitar la doble imposición. En este contexto de falta de armonización, no obstante, se ha tratado de evitar que los trabajadores sufran restricciones a la libre circulación y la igualdad de trato de los trabajadores dentro de la Unión, esto es no pueden discriminar por razón de la nacionalidad. En este sentido se ha establecido que no se puede exigir a un trabajador que pague más impuestos que una persona que viva y trabaje en el Estado de empleo, siempre que la mayor parte de sus ingresos familiares proceda del Estado de empleo (ver asunto Schumacker C-279/93); también se ha señalado que deben aplicarse a este colectivo las normas que hacen que resulte más ventajoso tributar como pareja que como persona soltera del mismo modo que a las parejas que se encuentren en situación similar en el Estado miembro de empleo, independientemente de que ambos cónyuges residan en ese Estado miembro (ver asunto Zurstrassen C-87/99. Asimismo, respecto de los fronterizos la sentencia del TJCE 16-9-04, Merida C-400/02 estableció que el Rgto 1612/68/CEE art.7.4 y el art. 39 del Tratado CE se oponen a una normativa nacional de empleo, prevista en un Convenio Colectivo, que para calcular la prestación que otorgaba procediera a su determinación imponiendo a la base de cálculo los impuestos del Estado de empleo, cuando el Convenio bilateral aplicable para evitar la doble imposición sólo permitía gravar los salarios en el Estado de residencia. Véase también sobre la fiscalidad de este colectivo la petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal de los Países Bajos el 27-12-06 sobre el Asunto Renneber C-527/06.

de impuestos, lo que impedía considerar que se tratase de una doble cotización impedida por la norma de coordinación. El TJCE, por el contrario, apreció la vinculación de la CSG con la financiación de la Seguridad Social y declaró que su exigencia suponía un doble gravamen sobre los trabajadores fronterizos que vulneraba el Rgto 1406/71/CEE art. 13 que impone la vinculación a un único sistema de Seguridad social. Además también se vulneraban los arts. 39 y 49 del Tratado CE, pues tales medidas, en definitiva, atentaban contra la libre circulación de trabajadores o la libertad de establecimiento de los trabajadores autónomos.

En segundo lugar, parece también oportuno mencionar la sentencia del TJCE 29-6-94, asunto Aldewereld C-60/93 donde se extiende esa protección de la norma comunitaria de coordinación a un trabajador por cuenta ajena holandés, residente en Holanda, que fue contratado por una empresa Alemana que le destacó inmediatamente a Tailandia donde trabajó durante un año. El empresario del Sr. Aldewereld abonó sus cotizaciones en Alemania descontándoselas del salario que satisfacía. El TJCE basándose en el principio de unicidad de ley nacional aplicable, también en este supuesto consideró contraria a la normativa de coordinación, la exigencia de cotizaciones realizada por la Administración holandesa. Reclamación que se fundamentaba en el mantenimiento de la residencia holandesa, pues para esa normativa nacional de Seguridad Social era irrelevante que no ejerciera en su territorio su actividad profesional. Tal pretensión se consideró contraria a la norma de coordinación.

4.- REGLAS ESPECÍFICAS PARA DETERMINADAS PRESTACIONES

4.1.- Asistencia sanitaria

Con carácter general en relación a la prestación en especie por enfermedad, o asistencia sanitaria, se establece que cuando el trabajador reside en un Estado distinto a aquel donde trabaja, su concesión corresponde al Estado de residencia, como Estado competente (en el que se inscriben los residentes a través del formulario E-106), según su propia legislación y siempre por cuenta del Estado de empleo.⁷³⁵ Estas disposiciones se aplican por analogía a los familiares del trabajador cuando no tengan derecho a asistencia sanitaria en el Estado en el que residen (Rgto 1408/71/CEE art. 19). En el

⁷³⁵ El reembolso entre instituciones se realiza conforme al Rgto 1408/71/CEE art.36 y Rgto 574/72/CEE art. 93 a 95.

análisis de la cobertura del fronterizo vamos a distinguir la regulación de la norma vigente de la establecida en el Rgto 883/2004/CE.

4.1.1.- Cobertura en el Rgto 1408/71/CE

Los trabajadores fronterizos además de poder recibir la asistencia sanitaria en el Estado de residencia (donde presentan el mencionado formulario comunitario E-106), también pueden dirigirse al Estado de empleo para recibir cobertura sanitaria como si residieran allí (Rgto 1408/71/CE art. 20). Esta posibilidad, no obstante, no significa que pueda entremezclarse libremente su aplicación, pues por ejemplo, no sería posible realizar pruebas prescritas por el Servicio sanitario de un Estado miembro en otro, o comprar medicamentos de forma indistinta.⁷³⁶ Además en este contexto, si precisasen asistencia hospitalaria en otro Estado miembro se plantea la duda sobre que sistema debería autorizar la expedición del formulario E-112.⁷³⁷ Aunque, en principio, correspondería a ambos sistemas de Seguridad Social, y en concreto al que estuviera prestando la asistencia sanitaria, sin embargo, considerando que al final es el Estado de empleo el que abona esta cobertura parece razonable que sea éste preferentemente el que pueda autorizar este desplazamiento hospitalario.

Los familiares de los fronterizos no gozan, como los propios trabajadores, de la doble cobertura descrita, pues sólo pueden recibir asistencia sanitaria en el Estado de residencia cuando se hubieran inscrito mediante el formulario E-109, también a cuenta del Estado de empleo. En el Estado de empleo sólo podrán percibir la asistencia sanitaria en caso de urgencia.

⁷³⁶ **Rgto 574/72 Artículo 19 (Aplicación del artículo 20 del Reglamento 1408)**

Disposiciones referentes a los trabajadores fronterizos y a los miembros de sus familias

“Cuando se trate de trabajadores fronterizos o de miembros de sus familias, los medicamentos, los vendajes, las gafas, las pequeñas prótesis, los análisis y las pruebas de laboratorio sólo podrán ser dispensados o efectuados en el territorio del Estado miembro donde hayan sido prescritos, y según las disposiciones de la legislación de dicho Estado, a menos que bien la legislación aplicada por la institución competente, o bien los acuerdos celebrados, ya sea entre los Estados miembros interesados, ya entre sus respectivas autoridades competentes, resulten más favorables.”

⁷³⁷ De acuerdo con el Rgto CE/1408/71 art.22.1.c), si se cumplen los dos siguientes requisitos no se puede denegar la autorización, esto es, la expedición del formulario E 112: **1)** Que la asistencia de que se trate figure **entre las prestaciones previstas** por la legislación del Estado miembro competente.**2)** Que dicha asistencia, considerando el estado de salud actual del interesado y la evolución probable de la enfermedad, no pueda ser dispensada en el **plazo normalmente necesario** para obtener el tratamiento en el Estado competente.

Sobre los requisitos a los que se supedita la autorización (E 112) y las consecuencias jurídicas de su concesión ver más ampliamente CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. “Desplazamiento intracomunitario para obtener asistencia sanitaria. Estado de la cuestión tras las sentencias Keller (C-145/03) y Acereda Herrera (C-466/04).” Revista Social Mes a Mes nº 120/121- 2006.p. 44 s.

Con carácter general, el requisito de acreditar el carácter urgente de la necesidad de asistencia sanitaria, que también determina el tipo de tratamiento que se puede recibir, ya no es exigible. De manera que cualquier asegurado puede obtener asistencia sanitaria en otro Estado miembro en el marco de un desplazamiento temporal. En efecto, desde la modificación operada en el Rgto 1408/71/CEE por el Rgto 631/2004/CE que adelanta la aplicación de algunos aspectos sustanciales del Rgto 883/2004/CE, existe el derecho a la asistencia sanitaria que resulte necesaria, que no urgente, desde un punto de vista médico. La valoración de tal necesidad corresponde al facultativo del Estado de estancia temporal, al que el paciente puede dirigirse directamente, sin necesidad de trámites administrativos previos.⁷³⁸ Este médico, tratándole igual que a sus asegurados nacionales, debe dispensarle todos los tratamientos que se precisen para que pueda continuar su estancia en ese Estado miembro sin necesidad de tener que regresar al Estado competente para ser tratado. La decisión de este facultativo repercute directamente sobre el sistema de Seguridad Social del Estado donde esté asegurado el sujeto que recibe esa asistencia sanitaria, pues es su sistema de Seguridad Social el que ha de asumir el coste de la misma. Desde la entrada en vigor de este cambio normativo, el 1-6-2004, la asistencia sanitaria que se requiera ya no ha de ser inmediata o urgente, de manera que no es necesario que la dolencia surja de forma súbita, pudiendo provenir la necesidad médica de patologías preexistentes e incluso crónicas.⁷³⁹

En este nuevo contexto, resulta desmesurado que los familiares de los fronterizos, que con la presentación de su tarjeta sanitaria comunitaria tendrían derecho a la asistencia en cualquier otro Estado miembro al que se hubieran desplazado, por ejemplo, durante sus vacaciones, deban de acreditar en el Estado de empleo, de su progenitor o cónyuge, una urgencia, no exigible ya en los restantes Estados miembros. Así, por ejemplo, si un trabajador fronterizo reside en España y trabaja en Francia, los familiares sólo tendrían derecho a la cobertura en España y únicamente podrían acudir a los servicios sanitarios franceses en iguales condiciones que sus asegurados si la necesidad de asistencia fuera urgente o hubiera un acuerdo más favorable entre España y Francia. Sin embargo, si estos mismos familiares viajaran como turistas, en verano a

⁷³⁸ Inmediatez y urgencia que, en cualquier caso, no eran equiparables al concepto de urgencia vital que se maneja por la jurisprudencia española para el reintegro de gastos médicos prestados en servicios ajenos a la Seguridad Social pública (LGSS art 102.2 y RD 63/1995 art.5)

⁷³⁹ Solamente existen ciertas trabas respecto de enfermedades crónicas que precisan de ciertos aparatos (diálisis), por lo que hay que realizar gestiones previas que garanticen la cobertura.

Inglaterra provistos de su tarjeta sanitaria europea, tienen derecho a la asistencia sanitaria necesaria, no urgente, que precisen médicamente durante ese desplazamiento

La posibilidad de que estos familiares obtengan asistencia sanitaria no urgente sólo se prevé, por la norma de coordinación vigente, en dos supuestos. En primer lugar, cuando se haya llegado a un acuerdo ad-hoc entre los Estados involucrados (de empleo o residencia) o sus autoridades competentes. En segundo lugar, cuando el Estado de residencia haya autorizado tal posibilidad de cobertura en el Estado de empleo, expidiendo a estos efectos un formulario E-112 que garantiza que se va a hacer cargo de los gastos sanitarios que se generen. Este segundo supuesto sólo parece admisible si la autorización se requiriese para recibir asistencia hospitalaria en el Estado de empleo, pues como es sabido, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, al amparo principalmente de la libre prestación de servicios, el Estado competente puede estar obligado también a reintegrar gastos médicos al paciente no autorizado que se desplazó a otro Estado miembro con el objeto de obtener prestaciones médicas de naturaleza ambulatoria o no hospitalaria.⁷⁴⁰

El TJCE en su sentencia de 8-6-1995, sobre el asunto *Delavant* C-451/93) se pronunció sobre el derecho a cobertura de este colectivo. La cuestión prejudicial versaba sobre un matrimonio formado por una trabajadora fronteriza de nacionalidad francesa (que trabajaba en Francia) y un nacional alemán, que tenían dos hijas con las que residían en Alemania. Según las reglas mencionadas de coordinación, sus hijas tendrían cobertura sanitaria en principio, únicamente en el Estado de residencia, esto es, en Alemania por cuenta de las autoridades francesas. Sin embargo, las autoridades alemanas se negaron a cubrir gastos de hospitalización de las hijas considerando el alto nivel de ingresos del padre (cubierto por un seguro privado). El TJCE señaló que, en virtud del Rgto 1408/71/CEE art. 19.2, en un supuesto como el descrito los requisitos para causar derecho a la asistencia sanitaria se rigen por las normas del Estado de empleo, Francia, al no existir un derecho concurrente a asistencia sanitaria en el Estado de residencia, en este caso Alemania.

4.1.2.- Cobertura en el Rgto 883/2004/CE

⁷⁴⁰ De acuerdo con lo establecido (TJCE 28-1-98, asunto *Kohll* C-158/96 y TJCE 28-1-98, asunto *Decker* C-120/95; TJCE 12-7-01, asunto *Vanbraekel* y otros C-368/98; TJCE 12-7-01 asunto *Smits y Peerbooms* C-157/99 ; TJCE 13-5-03, asunto *Müller-Fauré* y *Van Riet* C-385/99) y TJCE 16-5-06, asunto *Watts* C-372/04). Más ampliamente CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. “Desplazamiento intracomunitario para obtener asistencia sanitaria...” op.cit. p. 48 s.

La solución dada en el nuevo Reglamento 883/2004/CE art. 18.2, parece más acorde con la situación actual de la coordinación de la asistencia sanitaria. De hecho, en el Considerando 23 de la Exposición de motivos de dicho Reglamento ya señala que: *“dadas las diferencias entre los diversos sistemas nacionales, es conveniente que los Estados miembros prevean, siempre que sea posible, que el tratamiento médico de los miembros de las familias de los trabajadores fronterizos se realice en el Estado miembro en que el trabajador desarrolla su actividad.”* En su seno se ha establecido, como regla general, que los miembros de la familia de un trabajador fronterizo tendrán derecho también a las prestaciones en especie durante su estancia en el Estado miembro de empleo, donde deben facilitarles, siempre a costa de ese Estado y según su legislación de Seguridad Social, la misma asistencia sanitaria que se facilitaría a un residente en su territorio. Esta regla general se exceptúa cuando el Estado miembro de empleo está mencionado en el Anexo III del Rgto 883/2004/CE donde actualmente figuran: Dinamarca, España, Irlanda, Países Bajos, Finlandia, Suecia y Reino Unido. Cuando se trate de alguno de estos 7 Estados miembros, se debe entender que sería aplicable la regla general del Rgto 1408/71/CEE art.19.1, que es la que se aplicaría para el resto de personas incluidas en el ámbito de la norma de coordinación durante una estancia temporal en otro Estado miembro. A tenor de dicha disposición se tiene derecho a las prestaciones necesarias tomando en consideración la naturaleza de las prestaciones y la duración de la estancia.

Otra innovación destacable se encuentra en el artículo 28 del nuevo Rgto 883/2004/CE donde se prevé que los trabajadores fronterizos jubilados y sus familiares tengan acceso, bajo ciertas condiciones, a la asistencia sanitaria en el antiguo Estado de empleo, pues una vez jubilados sólo tenían derecho a tal cobertura en el Estado de residencia. Gracias a esa disposición, apoyada de forma decidida por el Parlamento Europeo, el trabajador fronterizo jubilado tiene derecho en caso de enfermedad a optar por seguir recibiendo prestaciones en especie en el Estado miembro en el que haya ejercido su última actividad como trabajador por cuenta ajena o propia. Esta posibilidad esta condicionada al cumplimiento de los dos siguientes requisitos:

En primer lugar, que dichas prestaciones sean continuación de un tratamiento iniciado en dicho Estado miembro. Por «continuación del tratamiento» se entiende la continuación de las pruebas, el diagnóstico y el tratamiento de una enfermedad. El Reglamento de desarrollo presentado por la Comisión el pasado año, aclara se entiende

por “continuación del tratamiento”, identificando que es el seguimiento de la enfermedad hasta que finalice y considerando como “tratamiento”: toda prestación médica efectuada con el fin de proteger, mantener o restablecer la salud de las personas.

En segundo lugar, es preciso que el pensionista en los 5 años previos tener tal condición, hubiera *“ejercido durante al menos dos años una actividad como trabajador fronterizo por cuenta ajena o propia como fronterizo”* en el Estado de empleo donde pretende obtener la cobertura y siempre que ese Estado miembro y el de residencia hayan optado por ello. En definitiva, figuren inscritos en el Anexo V del Reglamento donde se han incluido en la actualidad: Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Austria y Portugal. De nuevo se vuelve a supeditar un derecho comunitario a la exigencia de conformidad bilateral de los Estados implicados manifestada en un Anexo. Estas soluciones a la carta que permiten avanzar sin consenso a diferentes velocidades, supone, a efectos prácticos, la imprescindible comprobación previa del Anexo antes de pronunciarse sobre los derechos a asistencia sanitaria de los fronterizos jubilados.

Por otro lado, debe reseñarse que, según el apartado 4º de ese mismo artículo 28, si el trabajador fronterizo jubilado volviera a trabajar perdería estos beneficios, pues se le aplicaría la Ley del lugar de empleo

Las reglas mencionadas se aplican por analogía a los miembros de la familia del antiguo trabajador fronterizo o a sus supérstites. Siempre y cuando, durante el período de dos años previos a que éste fuera pensionista, hubieran tenido derecho a las prestaciones en especie en el Estado de empleo (Rgto 883/2004/CE art.18.2). Esta posibilidad se admite, incluso cuando el trabajador fronterizo hubiera fallecido antes de comenzar a percibir su pensión, a condición de que el mismo hubiera ejercido una actividad, por cuenta ajena o propia, como trabajador fronterizo durante un período de al menos dos años en los cinco años anteriores a su muerte.

Asimismo, según el apartado 5º del art. 28, el coste de esta asistencia sanitaria a favor de los fronterizos pensionistas y sus familiares corre a cargo de la institución competente responsable del abono de las prestaciones en especie facilitadas al titular de una pensión, o a sus supérstites en sus respectivos Estados miembros de residencia.

El ámbito de aplicación del artículo 28 del Reglamento 1408/71 se ha desarrollado en el artículo, también 28, del Proyecto de Reglamento de desarrollo del Reglamento 883/2004 presentado por la Comisión a finales del año 2006 (COM(2006) 16 final

2006/0006 (COD). En él se señala que la continuidad del tratamiento en el Estado de empleo también tiene como destinatarios a los beneficiarios de una pensión de invalidez y al trabajador fronterizo en situación de desempleo total, así como a los miembros de su familia. Siempre y cuando el Estado miembro competente o de empleo no sea Dinamarca, España, Irlanda, Países Bajos, Finlandia, Suecia y Reino Unido, es decir, cuando se refiera uno de los Estados que, en este caso, no figure en la lista del anexo III del Reglamento (CE) nº 883/2004/CE.

4.2.- Prestaciones en metálico por enfermedad común

Respecto a las prestaciones en metálico por enfermedad común o accidente no laboral, a cargo del Estado de empleo, conviene hacer alusión a los dos siguientes aspectos:

Por un lado, debe señalarse que entre estas prestaciones de enfermedad en metálico el TJCE ha considerado incluidas, a los efectos de la normativa de coordinación comunitaria, a las denominadas prestaciones por dependencia (TJCE 5-3-98, asunto Molenaar C-160/96; TJCE 8-3-01, asunto Jauch C-215/99). Las consecuencias de esta calificación son difíciles de calibrar para el sistema de dependencia español, actualmente en construcción (L 39/2006). Sin embargo respecto de las existentes en otros Estados miembros ya se ha reconocido su carácter exportable, precisamente a favor de un familiar de un trabajador fronterizo. En la sentencia TJCE 21-2-06 sobre el asunto Hosse C-286/03 en el marco de una cuestión prejudicial cuyo pleito de origen versaba sobre un nacional alemán, el Sr. Hosse, que trabajaba como profesor en Austria, en el Land de Salzburgo donde pagaba sus impuestos y cotizaciones. Este señor residía en Alemania con su esposa y su hija que sufría una grave discapacidad. Su mujer trabajaba en Alemania y, mientras estuvo en activo y hasta el final del permiso parental, percibió prestaciones por su hija del seguro de dependencia alemán. Terminadas dichas prestaciones solicitaron prestaciones de dependencia a favor de la niña al Land de Salzburgo que las denegó considerando que la dependiente no tenía su domicilio principal en dicho Land. También se denegó su exportación porque la administración austriaca consideraba que no estaban incluidas en el ámbito objetivo de la norma de coordinación al tratarse de un tipo específico de

prestaciones especiales no contributivas circunscritas a parte del territorio de un Estado miembro (en este caso un Land) (Rgto 1408/71/CEE art.4.2 ter). En sentido contrario el TJCE consideró, partiendo de una interpretación restrictiva de las normas que impiden la exportación, que las prestaciones de dependencia austriacas no eran una prestación especial no contributiva, sino que debían ser consideradas prestaciones de enfermedad en metálico, a las que, en virtud del Rgto 1408/71/CEE art. 19 tenía derecho el familiar de un trabajador fronterizo que carecía de tal derecho en el Estado de residencia.

Por otro lado, respecto de las prestaciones en metálico por enfermedad, lo que sería el subsidio de incapacidad temporal, pueden existir problemas si un trabajador fronterizo se pusiera enfermo en el Estado de residencia, pues el Estado competente del reconocimiento y cálculo de la prestación es el de empleo que ha de utilizar la totalización de períodos foráneos cuando sea preciso. No existiendo una norma específica para solventar el problema expuesto hay que acudir al Rgto 574/72/CEE art.18 que regula, con carácter general, el procedimiento a seguir en caso de residencia en un Estado miembro distinto del Estado competente. Según este artículo el trabajador ha de solicitar en los 3 primeros días al comienzo de su incapacidad la prestación ante la institución del Estado de residencia, presentando un certificado de incapacidad o baja, con el objeto de que esta la remita al Estado de empleo a través del formulario E-115. Esta petición puede ir acompañada de la baja médica expedida por los servicios sanitarios del Estado de residencia (E-116), en principio, control sanitario que realiza según su propia legislación (Rgto 1408/71/CE art.87 y Rgto 574/72/CE art.115). También será el Estado de residencia y sus servicios médicos los que hagan el control de la evolución de su situación de incapacidad. Los certificados médicos oficiales de otros Estados miembros, en principio, gozan de una presunción de veracidad y deben ser asimilados a los del Estado de empleo a los efectos de lograr una prestación. No obstante, esta información médica, puede ser contrastada por los servicios médicos del Estado de empleo, a través del envío de un médico propio o la contratación de uno en el propio Estado de residencia (Rgto 574/72/CEE art.18.5; TJCE 12-3-87, asunto Rindone 22/86; TJCE 3-6-92, asunto Paletta I C-45/90; 27-6-91; TJCE asunto Martínez Vidal C-344/88). Junto a estos controles paralelos, en todo caso, se ha señalado que es posible presentar pruebas del comportamiento abusivo o fraudulento del trabajador, también por parte del empresario (obligado al abono de las prestaciones de incapacidad temporal durante los primeros días), ante la jurisdicción competente (TJCE 2-5-96, asunto Paletta II C-206/94). La concesión de la IT se supedita al cumplimiento de los

requisitos exigidos por la Legislación del Estado de residencia y se concede la prestación, enviando un E-117, o se deniega a través del formulario E-118. El abono del subsidio se puede hacer a través del Estado de residencia (que controlará también la situación médica del afectado), siempre a costa del Estado de empleo.

4.3.- Accidente de trabajo y enfermedad profesional

Con carácter general, se establece que si un trabajador reside en un Estado miembro distinto del competente tiene derecho, si reúne los requisitos legales, a las prestaciones en especie establecidas en el Estado de residencia y a las prestaciones en metálico contempladas en el Estado de empleo. Prestaciones que, aunque puedan éstas ser abonadas por el Estado de residencia si media acuerdo, serán siempre a costa del Estado de empleo (Rgto 1408/71/CEE art.52). Los accidentes in itinere que se produzcan en otro Estado miembro se consideran como si hubieran tenido lugar en el Estado de empleo (Rgto 1408/71/CEE art.56).

Respecto de los trabajadores fronterizos se matiza la norma general expuesta, pues se permite, al igual que sucedía con la asistencia sanitaria, que puedan obtener prestaciones en especie en el Estado de empleo. En este caso las prestaciones serán servidas por la institución competente con arreglo a lo dispuesto en la legislación de dicho Estado, como si el interesado residiera en su territorio (Rgto 1408/71/CEE art.53).

Respecto de los gastos de transporte de la víctima, se estipula que la institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea tomar a su cargo los gastos de transporte de la víctima, bien hasta su residencia, bien hasta el centro hospitalario, habrá de tomar a su cargo también los gastos producidos por el transporte hasta el lugar correspondiente del territorio de otro Estado miembro en que resida la víctima; siempre que el transporte haya sido autorizado previamente por dicha institución, teniendo en cuenta los motivos que lo justifican. Esta autorización, sin embargo, no es exigida cuando se trata de un trabajador fronterizo (Rgto 1408/71/CEE art.59).

Desde un punto de vista procedimental, hay que señalar que en la ORDEN/MTAS/1464/2005 se regulan los supuestos en que un trabajador afiliado en España sufre un accidente de trabajo o enfermedad profesional en otro Estado miembro. Esta normativa sería aplicable, por ejemplo, a un trabajador fronterizo que vive en Francia trabaja en Gerona y sufre un accidente de trabajo en Francia, in itinere, cuando

viajaba a su lugar de trabajo en coche. A tenor de esa normativa el trabajador debería presentar un E-123 o la institución francesa solicitarlo de España remitiendo también la declaración de accidente de trabajo o enfermedad profesional, los certificados médicos etc.

La Dirección Provincial del INSS si comprueba que es una Mutua de Accidentes de Trabajo (MATEPSS) la que cubre al trabajador le reenviará todos los datos para que en el plazo máximo de 15 días pueda oponerse a la emisión del E-123. El silencio de la MATEPSS se entiende positivo y el INSS emite el E-123 con copia para la MATEPSS a la que se repercutirá los gastos que solicite la institución de residencia francesa por la cobertura sanitaria.

Respecto al cálculo de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales existe un reciente pronunciamiento del TJCE 9-11-06, Nemec C-205/05 que versaba sobre un trabajador fronterizo. El Sr. Nemec era un nacional francés que trabajó en Francia expuesto al amianto. En 1994, tras ser despedido en Francia, encontró un trabajo en Bélgica en una empresa situada a 10 km de su domicilio, por lo que mantuvo su residencia en Francia donde pagaba sus impuestos, considerándose a los efectos del Rgto 1408/71/CEE un trabajador fronterizo. Francia le reconoció, en 1995 que sufría una enfermedad profesional ocasionada por la exposición al amianto, y en 2004 se le reconoció una prestación por cese anticipado de la actividad profesional para trabajadores que sufrieran este tipo de enfermedades profesionales. El cálculo de esta prestación se realizaba tomando como base el salario medio percibido por el solicitante en los 12 últimos meses de actividad. Para tal cálculo las instituciones francesas tomaron en consideración los obtenidos en Francia en 1994. Por el contrario, el Sr. Nemec consideraba que debían computarse los salarios percibidos en Bélgica que eran más recientes y cuantiosos. Finalmente, el TJCE reiteró que la norma de coordinación pretende facilitar la libre circulación y que los trabajadores no sufran perjuicios en sus derechos de Seguridad Social por el hecho de haber ejercido la libre circulación (Tratado CE art. 42 y TJCE 9-8-94, Reichling C-406/93). Admitía el TJCE que una norma nacional como la que regulaba el cálculo de estas prestaciones podía perjudicar a los migrantes respecto de los trabajadores que sólo habían trabajado en Francia. Sin embargo, era cierto que la norma de coordinación no permitía para el cálculo de las prestaciones en metálico que se tome en consideración el salario de otro Estado miembro, aunque no haya trabajado en el Estado que realiza el cálculo en los últimos años (Rgto 1408/71/CEE art. 58.1). Intentando conjugar la finalidad tuitiva de la

coordinación con la norma expuesta, el TJCE señaló que esta limitación podía perjudicar al trabajador migrante, pues el salario francés debía ser actualizado y revalorizado de manera que se correspondiese al salario que el interesado podría haber percibido razonablemente, de acuerdo con la evolución de su carrera profesional, como si hubiera seguido desempeñando su actividad en el Estado miembro que está calculando la prestación. El TJCE retoma y cita en este supuesto la doctrina mantenida previamente respecto del cálculo de pensiones españolas de trabajadores migrantes, que tantos problemas de aplicación práctica han generado (TJCE 12-9-96, Lafuente Nieto C-251/94 ; 9-10-97, Naranjo Arjona y otros C-31/96 a C-33/96 y TJCE 17-12-98, Grajera Rodríguez C-153/97).⁷⁴¹

Ningún cambio sustancial respecto de la normativa vigente se aprecia en la regulación del Rgto 883/2004/CE coordinando esta contingencia.

4.4.- Desempleo

En el desarrollo de este apartado vamos a analizar, en primer lugar, la Ley nacional aplicable distinguiendo, a su vez, el tratamiento de la norma de coordinación actualmente vigente, del que otorga el nuevo Reglamento 883/2004/CE. A continuación se analiza como se ha de proceder a la determinación del monto de la prestación de desempleo reconocida. Finalmente se alude a la posibilidad de exportar el derecho ya adquirido.

4.41.- Ley aplicable al trabajador fronterizo desempleado en el Rgto 1408/71/CEE

La norma de conflicto comunitaria de coordinación designa como competente, para el reconocimiento de las prestaciones por desempleo, al sistema de Seguridad Social del Estado de empleo, esto es, prima la conexión clásica *lex loci laboris* y, entre las posibles legislaciones donde hubiera trabajado, aquélla donde se han cubierto períodos de empleo o seguro en último lugar (Rgto 1408/71/CEE art.67.3).

Se establecen además disposiciones específicas para el supuesto en que el trabajador en situación de desempleo residiera, mientras ocupaba su último empleo, en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente o el de empleo. Entre

⁷⁴¹ Sobre el estado actual de la cuestión ver CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. “Cálculo de la pensión de jubilación española en el marco de la coordinación comunitaria: determinación de la “cuantía teórica”. /en/ VVAA (SANCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (Dir) “Migrantes y derecho...” op. cit. p. 95 s

dichas normas de conflicto, se dirigen específicamente a los fronterizos las establecidas en el Rgto 1408/71/CEE art.71.1.a), donde se prevén dos supuestos diferenciados dependiendo de que el trabajador fronterizo se encuentre:

i) En desempleo parcial o accidental: en cuyo caso podrá solicitar las prestaciones de acuerdo con la legislación del Estado competente, el del empleo, como si residiese en ese Estado y con cargo a la institución competente.

ii) En desempleo total: supuesto en el que disfruta de las prestaciones conforme a la legislación del Estado de residencia, como si hubiera estado sometido a la legislación de ese Estado mientras ocupaba su último empleo. Estas prestaciones no son a cargo del Estado de empleo, sino que es el sistema del Estado de residencia el que debe hacer frente a su abono aunque el beneficiario nunca hubiera trabajado o estado asegurado al mismo.

Distinto tratamiento recibe el trabajador no fronterizo que reside en un Estado distinto de aquel donde trabaja también en paro total, pues en este caso el legislador le otorga la posibilidad de optar entre una y otra normativa de Seguridad Social (la de empleo y la de residencia) mediante la puesta a disposición a uno u otro servicio de empleo.⁷⁴²

La Decisión de la CASSTM nº 205 (2006/351/CE, DOUE L 130) pretende aportar una definición comunitaria y común a todos los Estados miembros del alcance de los términos desempleo parcial y total. Sigue así la doctrina vertida en la TJCE 15-3-01, asunto Laat C-444/98 donde ya se asumía la existencia de tales conceptos comunitarios, lo que garantiza una interpretación uniforme del artículo 71.1.a) del Rgto 1408/71/CE. Esta decisión se remite a la normativa del Estado de empleo en cuyo marco se ha de dilucidar si el trabajador fronterizo está:

.- en desempleo parcial: saturación que se producirá cuando se acredite que continúa empleado en un Estado miembro, aunque su relación laboral esté suspendida pudiéndose reincorporar a su puesto de trabajo en cualquier momento y percibiendo, en su caso, la prestación del Estado de empleo;

.- en desempleo total: cuando se acredite que ya no existe vínculo contractual laboral, siendo en este caso competente la Ley del Estado de residencia para el reconocimiento de estas prestaciones.

⁷⁴² Un listado identificativo de los trabajadores no fronterizos que residen en otro Estado miembro distinto del competente o el de empleo a los que se les aplica tal norma de conflicto, ver la Decisión de la CASSTM nº 160 de 28-11-95, DOUE nº L 49 de 28-2-96.

Las dudas sobre la Ley nacional aplicable no impedirían al trabajador obtener una prestación provisional, mientras se resuelve la controversia, siempre al amparo del Rgto 574/72/CEE art. 115.⁷⁴³

El pleito de origen del asunto Laat, en el que se funda la mencionada Decisión, versaba sobre un supuesto de hecho un tanto extraño, pues se refería a un holandés residente en Holanda con su familia que trabajó hasta el 29-11-96, durante casi dos años ,a tiempo completo como gerente en Bélgica. El 2-12-96 el trabajador suscribe un nuevo contrato a tiempo parcial con el mismo empresario por el que durante 13 horas semanales trabajaba como limpia cristales. Al día siguiente de cesar en su relación laboral a tiempo completo, esto es, el 30-11-96 reclamó en Holanda donde residía una prestación por desempleo. Esta solicitud fue desestimada, considerándose que al mantener una relación laboral como limpia cristales estaba en paro parcial y debía pedir la prestación en Bélgica. Simultáneamente el Sr Laat solicitó una prestación belga de garantía de ingresos que también fue denegada porque la institución belga consideró que no estaba en paro parcial. El TJCE consideró que, independientemente de la conversión de contratos, el hecho de que el trabajador mantuviese una relación laboral a tiempo parcial con el mismo empresario en el Estado de empleo presuponía un vínculo con ese Estado, de manera que es en el marco de su sistema de Seguridad Social en el que se deben abonar las prestaciones de desempleo. Además, la valoración de la situación de la existencia de un vínculo con el Estado de empleo corresponde a los tribunales del Estado de empleo, precisamente ante los que el Sr. Laat planteó su reclamación.

El objetivo de las normas de conflicto especiales sobre Ley aplicable a los fronterizos, para la protección de la contingencia de desempleo es garantizar al trabajador que se beneficiase de estas prestaciones en las condiciones más favorables mientras buscase un nuevo trabajo (TJCE 12-6-86, asunto Miethe 1/85 apartado 16; objetivo que se reitera, entre otras, más recientemente en la TJCE 6-11-03, Comisión vs Países Bajos C-311/01 apartado 46). Según el legislador comunitario, el logro de este objetivo para el caso de desempleo total, pasa por designar la legislación del Estado de

⁷⁴³ **Artículo 114 Abono provisional de prestaciones**

“En caso de discrepancia sobre la legislación aplicable o sobre la institución llamada a servirlas 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.”

residencia como exclusivamente aplicable. Esta designación va acompañada de la suspensión de la competencia del Estado de empleo donde está afiliado y cotiza. No obstante, tal competencia se recupera o activa si el trabajador decide residir en el territorio del Estado de empleo, desapareciendo de esta forma la peculiaridad caracterizadora del trabajador fronterizo. De hecho, un desplazamiento de este tipo, no supondría la exportación de la prestación reconocida en el Estado de residencia durante 3 meses máximo al Estado de empleo al amparo del Rgto 1408/71/CEE art.69.⁷⁴⁴ Por el contrario supondría el inicio de la cobertura en el Estado de empleo, descontando la ya percibida en el Estado de residencia.

Sobre este último supuesto ha habido algunos pronunciamientos del TJCE. Destacando la sentencia de 7-3-85, sobre el asunto Cochet 145/84, relativa a un fronterizo que trabajaba en Holanda y residía en Bélgica que, una vez desempleado, se puso a disposición de la Seguridad Social belga que le comenzó a abonar la prestación por desempleo. Durante la percepción de la misma se trasladó a residir a Holanda y tras recibir 5 mensualidades de la prestación belga, el Sr. Cochet solicitó la cobertura por desempleo en Holanda que se la concedió como exportación de la propia prestación belga, al amparo del Rgto 1408/71/CEE art.69, y en consecuencia por un período máximo de 3 meses. El TJCE, por el contrario, consideró que a los trabajadores fronterizos que se trasladan al Estado de empleo no se les puede aplicar el mencionado art. 69, por lo que no procede la exportación al mismo de la prestación del Estado de residencia. En estos casos el fronterizo tendría derecho a la prestación de desempleo del Estado de empleo, esto es Holanda, desde el momento en que traslada su residencia a su territorio. Estado que recupera con ese desplazamiento su competencia general exceptuada por la norma de conflicto específicamente destinada a los fronterizos.

En un sentido similar a la sentencia Cochet debe mencionarse la de TJCE 13-3-97, asunto Huijbrechts C-131/95. Relativa a la Sra. Huijbrechts de nacionalidad holandesa que vivía en Bélgica y trabajaba en Holanda. Tras la pérdida de su empleo

⁷⁴⁴ Al amparo de la norma comunitaria, sólo pueden exportarse las prestaciones por desempleo una vez entre dos períodos de empleo, tras haber estado inscrito ante los servicios de empleo del Estado deudor durante 4 semanas (Rgto CEE/1408/71 art.69.1; TJCE 8-4-92, asunto Gray C-62/91). El período máximo de exportación es de 3 meses desde el abandono de los servicios de empleo del Estado de origen. Si el trabajador regresa al Estado de origen antes de agotar los mencionados 3 meses sigue percibiendo la prestación que le correspondiera en el marco de su legislación, pero si regresa expirados los 3 meses pierde todo derecho (Rgto CEE/1408/71 art.69.2). No tienen derecho a la exportación del desempleo, aunque son destinatarios del Rgto CEE/1408/71, ni los trabajadores extracomunitarios, ni los nacionales de los nuevos Estados miembros de la UE que tengan restringido transitoriamente su derecho a la libre circulación. Siempre a salvo que en el Estado miembro de destino del trabajador se le admitiese como residente y se le autorizara para trabajar inscribiéndole como demandante de empleo

holandés percibió prestación de desempleo en Bélgica, su Estado de residencia. Trasladada su residencia a Holanda tan sólo recibió, durante 3 meses, la prestación belga exportada con arreglo al art. 69 del Reglamento, denegándosele la prestación holandesa allí solicitada. En este supuesto el TJCE consideró que con carácter general se aplica la *lex loci laboris* (Rgto 1408/71/CEE art.13), especificándose respecto del desempleo que es la del último Estado de empleo (Rgto 1408/71/CEE art.67). Esta normativa general se exceptúa para los fronterizos a través del Rgto 1408/71/CEE art. 71.1.a) que crea la ficción jurídica de que se trabajó, en último lugar, en el Estado de residencia. Esta ficción suspende las obligaciones del Estado de empleo, sin extinguirlas, mientras el fronterizo mantenga su residencia en otro Estado miembro. El TJCE insiste que en un supuesto como el descrito no procede la aplicación del Rgto 1408/71/CEE art. 69 ni la exportación que establece, por el contrario se produjo una aplicación errónea de esa disposición, pues lo que procedía era un retorno a la regla general y que decayese la ficción jurídica que impone el art. 71.1.a). En definitiva, Holanda como Estado del último empleo se debe hacer cargo de las prestaciones por desempleo, asumirlas o reasumirlas, y descontar las prestaciones abonadas por el Estado de residencia, Bélgica, como si las hubiera abonado la Institución holandesa.

Asimismo, debe señalarse que los trabajadores fronterizos en paro total que reciben prestaciones de desempleo del Estado de residencia no dejan de ser considerados fronterizos por tal causa. Afirmación que supone que, al margen de la prestación de desempleo, el fronterizo mantiene sus derechos a otras prestaciones en las mismas condiciones que venía disfrutando. En este sentido se pronunció el TJCE 15-10-91, asunto Napoleón y Jocelyn Faux C-302/90, concluyendo que durante esta situación de desempleo puede solicitar prestaciones de incapacidad temporal del país de empleo, computándose el periodo de desempleo de la misma forma que se hubiere cumplido en ese Estado. En tal supuesto se encontraba la Sra. Desse, una fronteriza, de nacionalidad francesa, que trabajó en Bélgica durante 13 años mientras residía en Francia. Cuando fue despedida recibió prestaciones de desempleo en Francia, que se suspendieron para percibir prestaciones de incapacidad temporal (las que el Reglamento denomina de enfermedad en metálico) que fueron abonadas por Bélgica como Estado de empleo. La trabajadora reanudó luego el desempleo en Francia y finalmente fue declarada incapaz para trabajar en Bélgica. Estado que, sin embargo, le denegó el derecho las prestaciones de incapacidad temporal decisión que fue recurrida por la interesada, y a su muerte por sus herederos (Napoleón y Jocelyn Faux). Como se señaló, el TJCE consideró que no se

pierde la condición de fronterizo por estar desempleado y corresponde el abono de las prestaciones de incapacidad temporal a Bélgica como Estado del último empleo.

Como se advertía, la norma de conflicto del Rgto 1408/71/CEE art. 71.1.a) tiene como objetivo la mejor reinserción laboral del trabajador en paro total; reinserción que se presume que se puede llevar a cabo mejor en el Estado de residencia. Sin embargo, esta premisa tuitiva no siempre concurre, pues puede suceder que el trabajador fronterizo en desempleo total mantenga vínculos personales y profesionales de tal naturaleza en el estado de empleo que suponga que sea precisamente en su territorio donde tenga las mejores oportunidades de encontrar un nuevo empleo. Los sujetos en la situación descrita son los que el TJCE ha denominado falsos fronterizos, pseudo-fronterizos o fronterizos desnaturalizados que ya no deberían ser tratados como tales. En tales casos, al tratarse de trabajadores migrantes ordinarios se les aplicaría la norma contenida en el Rgto 1408/71/CEE art.71.1.b) que les otorga un derecho de opción. En efecto, en su marco pueden decidir entre la aplicación de la legislación del Estado de residencia o de empleo. Opción que se ejercita por el trabajador poniéndose a disposición bien de los servicios de empleo en el Estado en el que residen, o en el de empleo con la intención de buscar allí un trabajo. La valoración de la existencia de estos vínculos recae en las Administraciones o en los tribunales nacionales, examinando los detalles concurrentes.

A este tipo de pseudo-fronterizos se refirió el TJCE en su sentencia de 12-6-86, sobre el asunto Miethe 1/85. El Sr.Miethe era un representante de comercio alemán que trabajaba en Alemania y que en un momento dado traslada su residencia a Bélgica por razones personales (con el único propósito de que sus hijos que estudiaban en un colegio belga, pudieran ir al colegio partiendo de la casa de sus padres). Este trabajador mantenía en Alemania, concretamente en casa de su suegra, una oficina y una habitación para alojarse un par de veces por semana mientras trabajaba y que utilizó más asiduamente cuando quedó en desempleo. El Sr. Miethe solicitó prestaciones por desempleo en Alemania y se puso a disposición de los servicios públicos de empleo de este país, sin reclamar nada a Bélgica. El TJCE consideró que el Sr. Miethe tenía derecho a tales prestaciones alemanas, aunque Bélgica era el Estado competente, como país de residencia. Para aplicar esta excepción a la regla general, en ciertas ocasiones, se debe valorar además que el trabajo desempeñado sólo existe en el Estado de empleo, por ejemplo, en supuestos de especialización extrema, teniéndose en cuenta incluso la

edad del trabajador que siendo avanzada hace difícil optar por una recolocación o cambio de trabajo.

Quitando la excepción de los pseudo-fronterizos recién mencionada, en los demás supuestos procede la aplicación de la norma de Seguridad Social del Estado de residencia como si el fronterizo hubiera trabajado allí (Rgto 1408/71/CEE art. 71.1.a) ii). La ficción y el alcance de la aplicación de la norma designada es a todos los efectos, como muestra la sentencia del TJCE de 20-1-05, Noteboom C-101/04. El Sr. Noteboom era un trabajador fronterizo de nacionalidad belga que trabajó en Holanda pero mantuvo su domicilio en Bélgica. Poco antes de jubilarse quedó en desempleo y Bélgica su Estado de residencia, durante el año previo a jubilarse, le abonó prestaciones por desempleo. Tras el desempleo, como el Sr. Noteboom había trabajado en Bélgica previamente, se le reconoció en este Estado, al amparo de la norma de coordinación, una pensión de jubilación. Además de la jubilación la Seguridad Social belga le abonó la que allí se denomina “paga de vacaciones” o cantidad a tanto alzado (independiente del monto de la pensión) que sólo se paga durante el primer año de pensión si la persona previamente hubiera estado percibiendo otras prestaciones, entre ellas, el desempleo. El pleito surgió de la pretensión de la Administración belga de que el Sr. Noteboom procediera a la devolución de la mencionada paga de vacaciones cuyo pago consideró indebido. En efecto, al tratarse de un desempleo abonado en calidad de fronterizo, como mero Estado de residencia, su reconocimiento no respondía a la exigencia legal de que conectase con una actividad profesional belga que hubiera supuesto el aseguramiento ante el sistema belga, esto es, se consideraba que, en realidad, el desempleo se produjo en Holanda.

El TJCE, en primer lugar, consideró a la controvertida paga de vacaciones, y a los meros efectos aplicativos de la norma de coordinación, como una prestación de Seguridad Social vinculada a la contingencia de vejez, al abonarse sólo a los jubilados, y financiarse con las mismas cotizaciones que las pensiones de jubilación, teniendo además la misma finalidad de subvenir necesidades de trabajadores que han alcanzado determinada edad. En su sentencia señala que la Seguridad Social belga debía tener en cuenta el período de cotización durante el desempleo que abonó al fronterizo y considerarle, tal y como si su último empleo hubiera tenido lugar en territorio belga, para el reconocimiento de la pensión de jubilación (Rgto 1408/71/CEE art. 45.6) y en consecuencia procedía abonar la paga de vacaciones. A la luz de este pronunciamiento se puede mantener que es completa la ficción que permite aplicar la norma del Estado

de residencia durante el período de desempleo total. Su aplicación, incluso puede suponer el reconocimiento posterior de derechos a otras prestaciones en ese mismo Estado de residencia, pues, en concreto, en el marco de esa legislación cabe que se reconozcan pensiones de invalidez⁷⁴⁵ e incluso de jubilación contributiva,⁷⁴⁶ aunque nunca se hubiera trabajado o cotizado allí.

El resultado de aplicar la legislación del Estado de residencia al fronterizo en paro total, que propicia la norma de conflicto comunitaria, resulta más complicada que la norma general aplicable al migrante común. Normativa esta última que, como se señaló, le permite la opción mediante la puesta a disposición de los servicios de empleo de uno u otro Estado. El TJCE al interpretar esta última normativa señaló en su sentencia de 29-6-95, asunto Joop Van Gestel C-454/93 que el objetivo de la misma era favorecer la reinserción laboral del desempleado, añadiendo que *“es el trabajador quien mejor puede conocer las posibilidades de una reinserción profesional”*. Esta misma conclusión debería ser aplicable a los fronterizos que, a mi modo de ver, también tendrían que poder realizar tal opción de forma acorde con sus propios intereses, sin imposiciones normativas. Esta posibilidad evitaría situaciones injustas o la necesidad, en su caso, de demostrar que se es un pseudo-fronterizo para evitar la aplicación imperativa de la Ley del Estado de residencia.

La justificación para la aplicación exclusiva de dicha Ley de residencia al fronterizo total podría ser, por un lado, la exigencia de que los niveles de las prestaciones se adecuen al nivel de vida del Estado donde se reside. Habiéndose considerado que es la única manera de que exista una motivación real para la búsqueda de un nuevo empleo. Reticencia en buena medida coincidente con la que late cuando se limita a 3 meses la exportación de la prestación por desempleo, o se prohíbe la de las prestaciones especiales no contributivas.⁷⁴⁷ Esta vinculación de la cuantía de la prestación al nivel de vida del Estado de residencia no es completa pues, como se verá, para el cálculo de las prestaciones de los fronterizos en paro total, el Estado de residencia debe tomar en consideración el último salario foráneo del solicitante, aunque

⁷⁴⁵ Respecto a la cobertura de la invalidez de quien fue fronterizo desempleado total ver el Rgto 1408/71 art.39.6.

⁷⁴⁶ Respecto de la cobertura de la jubilación de quien fue fronterizo en desempleo total ver el Rgto 1408/71/CE art. 45.6.

⁷⁴⁷ Sobre esta materia SANCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. “Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004”. Revista del MTAS nº 64 p. 115 s.

siempre dentro de los límites cuantitativos que establece la legislación de Seguridad Social que se aplica en el Estado de residencia.

Por otro lado, se podría mencionar el control que se ha de ejercer sobre el desempleado y que parece más sencillo realizar desde el Estado de residencia. Sin embargo, parece factible que el fronterizo que decida ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado, donde venía trabajando, realmente se persone cuando sea necesario para realizar, por ejemplo, los cursos o pruebas de acceso a las que se le convoque y, en definitiva, busque trabajo de forma activa en dicho Estado. Este último problema, sin embargo, no parece que impida el derecho de opción del trabajador migrante no fronterizo que residía en un Estado distinto del de empleo, al que no se le exige un cambio de residencia si optase por el Estado de empleo, sino tan sólo la puesta a disposición de sus servicios de empleo.

4.4.2.- Ley aplicable al trabajador fronterizo desempleado en el Rgto 883/2004/CE

La norma de conflicto del nuevo Rgto 883/2004/CE art. 65 supone una evolución respecto de la normativa vigente respecto de los fronterizos en paro total. Por un lado, en el marco de esta regulación se reconoce junto a la aplicación genérica de la Ley del Estado de residencia, la posibilidad de que los trabajadores opten por ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado donde trabajaron en último lugar. De hecho, salvo a los trabajadores fronterizos, los trabajadores en desempleo total que no regresen al Estado de residencia se pondrán a disposición del Estado de empleo. Esta opción permite a los fronterizos, recibir prestaciones como tales del Estado de empleo sin necesidad de demostrar que mantienen especiales vínculos con dicho Estado.

Por otro lado, el legislador no descarta que los fronterizos, al igual que los restantes migrantes desempleados en paro total que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente, se pongan simultáneamente a disposición de los servicios de empleo de los dos Estados involucrados, el de empleo y el de residencia, optimizando así sus opciones de encontrar un nuevo empleo. En este supuesto, de acuerdo con el Artículo 56.1 del proyecto de Reglamento de desarrollo del Rgto 883/2004/CE (Proyecto COM(2006) 16 final 2006/0006 (COD), el trabajador deberá informar prioritariamente de su intención a la institución y a los servicios de empleo de su lugar de residencia. Los servicios del Estado de empleo último pedirán a

los del Estado de residencia que transmitan los datos pertinentes relativos a la inscripción y a la búsqueda de empleo del desempleado.⁷⁴⁸

En cualquier caso, como señala el Rgto 883/2004 art.65.5 cuando el trabajador fronterizo se ponga a disposición de los servicios de residencia recibe la prestación de desempleo de éstos como si hubiera trabajado allí.⁷⁴⁹ En este supuesto, de acuerdo con el artículo 56.2 del proyecto de Reglamento de desarrollo (COM(2006) 16 final 2006/0006 (COD), si la legislación del Estado de residencia supedita el reconocimiento de las prestaciones al cumplimiento de determinadas obligaciones por el desempleado se tendrán en cuenta *“los posibles compromisos del desempleado respecto a los servicios de empleo del otro Estado miembro. El desempleado deberá comunicar a la institución de su lugar residencia el calendario y la naturaleza de estos compromisos.”*

Novedosamente, también se contempla en el nuevo Reglamento 883/2004/CE un reembolso limitado entre las instituciones afectadas. De manera que el Estado de residencia obtiene cierta compensación del Estado de empleo por las prestaciones abonadas, considerando que, al fin y al cabo, es el Estado al que el fronterizo estaba cotizando como consecuencia de su actividad laboral. En este sentido se establece que el sistema de Seguridad Social del Estado de residencia se reembolsará de las prestaciones de desempleo abonadas al fronterizo en los tres primeros meses hasta el máximo que se hubiera pagado en su propio Estado. Si se hubieran abonado e incluso exportado

⁷⁴⁸ El **Artículo 56** del Proyecto de Reglamento de desarrollo (COM(2006) 16 final 2006/0006 (COD) señala que:

“Cuando, de conformidad con el artículo 65, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 883/2004, el desempleado decida inscribirse como solicitante de empleo al mismo tiempo en el Estado miembro de residencia y en el Estado miembro en el que ha ejercido su última actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, informará de ello prioritariamente a la institución y a los servicios de empleo de su lugar de residencia.

A petición de los servicios de empleo del Estado miembro en el que haya ejercido su última actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, los servicios de empleo del lugar de residencia transmitirán los datos pertinentes relativos a la inscripción y a la búsqueda de empleo por el desempleado.

2. Cuando el derecho a las prestaciones esté vinculado al cumplimiento de determinadas obligaciones por el desempleado en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia, se tendrán en cuenta los posibles compromisos del desempleado respecto a los servicios de empleo del otro Estado miembro. El desempleado deberá comunicar a la institución de su lugar residencia el calendario y la naturaleza de estos compromisos.

3. A los efectos de la aplicación del artículo 65, apartado 5, letra b), del Reglamento (CE) n° 883/2004, la institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto el trabajador en último lugar indicará a la institución del lugar residencia, a petición de esta, si el trabajador tiene derecho a las prestaciones en virtud del artículo 64 del Reglamento (CE) n° 883/2004.”

⁷⁴⁹ El **Proyecto de Reglamento de desarrollo Art. 56.3** (COM(2006) 16 final 2006/0006 (COD) señala *“A los efectos de la aplicación del artículo 65, apartado 5, letra b), del Reglamento (CE) n° 883/2004, la institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto el trabajador en último lugar indicará a la institución del lugar residencia, a petición de esta, si el trabajador tiene derecho a las prestaciones en virtud del artículo 64 del Reglamento (CE) n° 883/2004.”*

prestaciones de desempleo deberán ser descontadas de los mencionados 3 meses (Rgto 883/2004/CE art. 65.6). Este período de reembolso se puede ampliar a 5 meses cuando en los 24 meses previos al desempleo el trabajador hubiera desarrollado su actividad, durante al menos 12 meses, en el último Estado de empleo y tales períodos de actividad se tuvieran en cuenta para generar las prestaciones por desempleo (Rgto 883/2004/CE art.65.7). En cualquier caso *“a efectos de los apartados 6 y 7, dos o más Estados miembros, o sus autoridades competentes, podrán convenir otras formas de reembolso o renunciar a todo reembolso entre las instituciones que de ellos dependan”* (Rgto 883/2004/CE art.65.8).

4.4.3.- Cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo

En el marco de la legislación aplicable tras el reconocimiento del derecho se debe proceder a su cálculo, resultando problemática la determinación de su base reguladora. Con carácter general el Rgto 1408/1971 art.68.1 señala que se ha de calcular de acuerdo con *“salario percibido por el interesado en el último empleo”*. Sin embargo, cuando no se han cumplido cuatro semanas de empleo en el Estado competente, la remisión opera sobre un salario ficticio que es el usual en el país de residencia para un empleo equivalente al que se desempeñó en el otro Estado.⁷⁵⁰ Como el trabajador fronterizo no ha trabajado en el Estado de residencia, se podría entender que siempre estaría en la segunda situación y se calcularía su prestación de desempleo de acuerdo con el salario ficticio anterior lo que supone normalmente un perjuicio, pues el desplazamiento del fronterizo, como el de todo migrante en general, suele tener como destino Estados con salarios más elevados de los que disfrutaría donde reside.

La cuestión planteada fue respondida por el TJCE en su sentencia del TJCE 28-2-80 sobre el asunto Fellingner (67/79), relativa a un alemán residente en Alemania que trabajaba en Luxemburgo y percibió en Alemania una prestación por desempleo teniendo en cuenta un sueldo unitario. El TJCE entendió que cuando se calcule la prestación de desempleo de un fronterizo la regla general expuesta, la del art. 68.1, tenía

⁷⁵⁰ Artículo 68 **Cálculo de las prestaciones**

1. La institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea que las prestaciones han de ser calculadas en función del importe del salario anterior, computará exclusivamente el salario percibido por el interesado en el último empleo que haya ocupado en el territorio de dicho Estado. No obstante, en el supuesto de que el interesado no haya ocupado su último empleo en ese territorio durante cuatro semanas como mínimo, las prestaciones serán calculadas en función del salario usual que corresponda, allí donde el desempleado resida o se halle, a un empleo equivalente o análogo al que haya ocupado en último lugar en el territorio de otro Estado miembro.

que adaptarse y la base reguladora debía calcularse en atención al salario que hubiera percibido en el Estado del último empleo, esto es, en Luxemburgo. En caso contrario, siempre sería destinatario de una prestación por desempleo desconectada de su salario real en el Estado de desempleo, por lo que finalmente se estaría desincentivando el ejercicio del derecho a la libre circulación. Consecuentemente es posible tomar en consideración el salario del Estado de empleo siempre que se hubiera trabajado allí 4 semanas.

Respecto de los límites al cómputo del salario foráneo es interesante la sentencia del TJCE de 1-8-92 sobre el asunto *Grisvard y Kreitz* que versaba sobre la aplicación del Derecho comunitario de coordinación a dos trabajadores con residencia en Francia y que trabajaban en Alemania (RFA). Cuando la Seguridad Social francesa calculó la prestación de desempleo decidió aplicar el tope de cotización vigente en Alemania, y no el francés más generoso. Los trabajadores reclamaron, se planteó cuestión prejudicial y el TJCE estableció que la administración de residencia, esto es, la francesa no podía aplicar a la retribución extranjera, que servía de base, los límites fijados en Alemania como Estado de empleo. Sensus contrario se debe entender que si podían fijar los límites que establecía su propia legislación, la francesa que es la única que rige el reconocimiento de la prestación en virtud de la ficción que establece el Rgto 1408/71/CE art. 71.1.a).

Aplicando los límites del estado de residencia se salvaguarda la posibilidad de que la prestación por desempleo sea desproporcionadamente alta en su cuantía, evitándose así que el desempleado no esté incentivado a buscar empleo en el país de residencia. Este es una de las bases por las que se limita, también temporalmente, la exportación de la prestación por desempleo.

Asimismo respecto del cálculo de la prestación de desempleo, la norma comunitaria vigente, también contempla la posibilidad de que si la Ley aplicable prevé el incremento de cuantía de la prestación de desempleo considerando las cargas familiares del beneficiario, como sucede en España, se deban tener en cuenta los hijos que vivan en un Estado miembro distinto del competente. Siempre salvo que dichas cargas familiares incrementasen también simultáneamente las prestaciones de desempleo del otro progenitor.

La nueva norma de coordinación asume la jurisprudencia *Fellinger*, estableciéndose en el Rgto 883/2004/CE art. 62.3 una norma específica para el cálculo de las prestaciones de los fronterizos permitiendo que se tome en consideración su

último salario del Estado de empleo.⁷⁵¹ Por su parte, el art. 54 del Proyecto de Reglamento de desarrollo (COM(2006) 16 final 2006/0006 (COD) ha establecido sobre esta cuestión las siguientes obligaciones prácticas:

En primer lugar, la institución competente del último Estado de empleo o de actividad profesional debe comunicar a la del Estado de residencia, a solicitud de ésta, todos los datos necesarios para calcular las prestaciones de desempleo y, en particular, el importe del salario o de los ingresos profesionales percibidos.

En segundo lugar, cuando la legislación aplicable disponga que el cálculo de las prestaciones varíe según el número de los miembros de la familia, se tendrá en cuenta también a los miembros de la familia del interesado que residan en otro Estado miembro, como si residiesen en el Estado miembro competente. En el mismo sentido que en la norma vigente que trata de evitar la acumulación de prestaciones, esta disposición no se aplicará si, en el Estado miembro de residencia de los miembros de la familia, otra persona tiene derecho a prestaciones de desempleo para cuyo cálculo se toman en consideración a esos mismos miembros de la familia, evitándose así una sobreprotección injustificada

4.4.4.- Exportación de la prestación de desempleo:

Una vez que el trabajador fronterizo es beneficiario de una prestación por desempleo total, reconocida en el Estado de residencia, resulta interesante analizar las posibilidades de exportación que le asisten al amparo del art. 69 de la vigente norma de coordinación.

Como ya se señaló, no es posible la exportación al Estado del último empleo, pues en ese supuesto lo que se produce es la reactivación de la competencia de ese Estado para reconocer un derecho a prestaciones de desempleo, descontando, en su caso, las obtenidas del Estado de residencia (ver el comentario sobre TJCE 7-3-85, asunto Cochet 145/84 y TJCE 13-3-97, asunto Huijbrechts C-131/95).

Exceptuando ese supuesto, el TJCE ha confirmado que no cabe limitar ese derecho, así se estableció en la sentencia del TJCE de 6-11-03, sobre el asunto

⁷⁵¹ **Rgto 883/2004/CE art. 62 Cálculo de las prestaciones**

“(…) 3. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, por lo que respecta a los trabajadores fronterizos mencionados en la letra a) del apartado 5 del artículo 65, la institución del lugar de residencia tendrá en cuenta la retribución o los ingresos profesionales del interesado en el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto durante su última actividad por cuenta ajena o propia, con arreglo al Reglamento de aplicación”

Comisión vs Holanda C-311/01 que confirmó el incumplimiento de ese Estado al impedir al Sr. Lorenz, trabajador fronterizo residente en Holanda y trabajador en Alemania, exportar su prestación a Francia con el objeto de buscar empleo. Esta obstaculización en detrimento del fronterizo no encuentra justificación en la finalidad tuitiva de la norma de coordinación de la que no están excluidos los fronterizos. En concreto reconociendo tal finalidad protectora al objetivo de la norma de conflicto contenida en el art.71, que conduce a la aplicación de la Ley del lugar de residencia, con el propio art. 69 que permite su exportación.⁷⁵² De manera, que el Sr. Lorenz tendría derecho a irse a Francia durante 3 meses a buscar empleo, cobrando el desempleo que le abona el Estado de residencia, en este caso Holanda.

Por último también es interesante recordar que los trabajadores fronterizos extracomunitarios, al igual que los nacionales de los Estados recién incorporados a la CE y con su derecho de libre circulación restringido transitoriamente, sólo pueden exportar sus prestaciones a un Estado miembro de donde tuvieran autorización para residir y trabajar (Rgto 859/2003/CE considerando 13º).

5.- PRESTACIONES FAMILIARES

Normalmente la familia del trabajador fronterizo reside junto con él en un Estado distinto del de empleo. No obstante no siempre es así como se pone de manifiesto en el pleito de origen de la sentencia del TJCE 30-1-97 sobre los asuntos Stöber y Piosa Pereira, C-4 y C-5/95.⁷⁵³ En este pleito se pone además de manifiesto el principal problema de los trabajadores fronterizos a la hora de obtener estas prestaciones y que radica en la constante exigencia en las legislaciones nacionales de Seguridad Social de un requisito de residencia para su concesión. El TJCE en este caso se opuso a la negativa de la Seguridad Social alemana a tener en cuenta a los hijos de los trabajadores demandantes, por no tener su residencia habitual en Alemania. La toma en consideración de estas cargas familiares que hubiera supuesto un incremento de la

⁷⁵² Recalcando también este aspecto tuitivo de la norma comunitaria en su comentario de esta sentencia ver MIRANDA BOTO, José María. “La jurisprudencia reciente (2000-2005) del TJCE sobre desempleo y su influencia en la jurisprudencia española”. /en/ VVAA (SANCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina Dir). *Migrantes y Derecho: Problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*. Laborum Murcia. P. 159.

cuantía de las asignaciones por hijo a cuenta de las instituciones alemanas.⁷⁵⁴ La imposible aplicación del Rgto 1408/71/CE a este supuesto, por una exclusión del ámbito subjetivo contenida en un anexo ad-hoc que afectaba a los demandantes, no impidió constatar que la Seguridad Social alemana concedía asignaciones por hijos a cargo a toda persona que tuviese su domicilio o residencia habitual en el territorio alemán, siempre que los hijos a su cargo tuvieran su domicilio o su residencia habitual en el mismo territorio. Esa Ley nacional establecía una diferencia de trato entre los nacionales que no habían hecho uso de su derecho a la libre circulación y los trabajadores migrantes. Se trata de un trato desigual en detrimento de estos últimos, puesto que son sobre todo los hijos de éstos quienes no residen en el territorio del Estado miembro que concede las prestaciones. En la medida en que no se demostró que hubiese elementos que justificasen objetivamente, dicha diferencia de trato, esta fue calificada de discriminatoria y, por consiguiente, considerada incompatible en este caso, al tratarse de trabajadores autónomos, con la libre prestación de servicios y, en definitiva, con el Tratado CE art. 52. Debe señalarse que esta solución fundada en el carácter discriminatorio por razón de la nacionalidad de una norma nacional, obviamente, no es extrapolable a supuestos en los que el fronterizo es un trabajador extracomunitario.

Considerando que este problema no es exclusivo de los fronterizos, sino que es propio de los trabajadores migrantes que, en muchas ocasiones, pueden desplazarse a trabajar a otro Estado miembro dejando a su familia en el de origen, el Reglamento otorga una solución genérica en el art. 73 del Rgto 1408/71/CE. Esta disposición permite a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia cuyos miembros de familia residan en un Estado miembro distinto del Estado competente obtener la protección del Estado de empleo, también respecto de estos sujetos. De manera que las legislaciones nacionales no pueden oponer un requisito de residencia a los familiares del fronterizo para la obtención de las prestaciones que nos ocupan. El principio general contenido en esa disposición se reitera en el art. 67 del Rgto 883/2004/CE.⁷⁵⁵

⁷⁵⁴ El Sr. Stöber es un nacional alemán que trabajó en Irlanda donde reside una hija de su primer matrimonio. Al pedir asignación por hijo a cargo quiso que, junto a los hijos alemanes de su segundo matrimonio, se tuviera en cuenta a esa hija residente en Irlanda con la que pasa vacaciones y que estaba empadronada en Alemania. El Sr. Piosa Pereira, de nacionalidad española, interpuso una demanda que tenía por objeto el pago de asignaciones familiares por sus tres hijos, que residían en España en el domicilio de su esposa, de la que estaba separado de hecho.

⁷⁵⁵ **Artículo 67** Miembros de familia residentes en otro Estado miembro
Cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente, que serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado

No existen por tanto en el Reglamento vigente normas específicas para los fronterizos, salvo el artículo 72 bis del Rgto 1408/71/CE que se refiere, entre otros sujetos, a los fronterizos en desempleo total a los que se unifica su cobertura, la del desempleo y la familiar, aplicándoseles una sola Ley, la del Estado de residencia que ya abonaba la primera prestación.

5.1.- La normativa anticúmulo en la norma de coordinación vigente

Junto a estas normas de conflicto que designan la legislación nacional aplicable para la cobertura, aparecen otras cuya finalidad es evitar la acumulación abusiva de prestaciones. En efecto, la norma de coordinación trata de evitar la concurrencia de cobertura simultánea, tanto contributiva como no contributiva, a favor de sendos cónyuges y sus hijos, al suponer una sobreprotección injustificada. En realidad estas normas de conflicto anticúmulo lo que hacen es priorizar la aplicación de una de las normas nacionales concurrentes, previniendo el cúmulo y evitando el vacío de protección.

En primer lugar, se encuentra el Rgto 1408/71/CEE art. 76 destinado a regular supuestos en los que, por ser trabajadores ambos progenitores, confluyen en la cobertura de las prestaciones familiares los sistemas de Seguridad Social de dos Estados de empleo, residiendo la familia en el territorio de uno de ellos. Ante este supuesto de confluencia de dos prestaciones familiares, debidas por dos Estados de empleo, la norma de conflicto establece la prevalencia aplicativa de la Ley de Seguridad Social del Estado donde coinciden empleo y residencia, suspendiéndose la aplicación de la Ley del Estado donde únicamente trabaja uno de los cónyuges. Esta suspensión no es completa, pues cuando la cuantía de la prestación familiar del Estado de empleo es superior a la de residencia, el Estado de empleo ha de abonar la diferencia a modo de complemento, esto es, ha de pagar el denominado complemento diferencial. Se trata de una norma de conflicto imperativa que, para que no pueda ser burlada por los interesados, se aplica aunque los interesados no reclamen la prestación familiar del Estado de residencia.

La normativa anticúmulo en materia de prestaciones familiares se completa con el artículo 10 del Rgto 574/1972/CEE. Esta disposición está prevista para un supuesto

miembro, como si residieran en el Estado miembro competente. No obstante, los titulares de pensiones tendrán derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente respecto de sus pensiones.

diferente al contemplado previamente. En efecto se dirige al cúmulo de la prestación familiar reconocida en el Estado de empleo con otra del Estado de residencia, cuando al concesión no se supedita al empleo. De manera, que se puede aplicar tanto si trabajan ambos progenitores como si no.

En el apartado 1.a) de esa disposición se establece que cuando se hayan reconocido en el Estado de empleo prestaciones familiares en virtud del mencionado artículo 73 del Rgto 1408/71/CE, se han de suspender las prestaciones familiares que se deben en el Estado de residencia del hijo, con independencia del cumplimiento de requisitos de seguro o de empleo.

En el apartado 1.b) de esa disposición, se contempla el supuesto en el que se hubiera ejercido una actividad profesional en el Estado de residencia que otorga las prestaciones familiares, que como se señaló eran ajenas a requisitos de seguro o empleo. En este caso se prevé la suspensión de las prestaciones del Estado de empleo, y el abono de las del Estado de residencia del hijo si la persona que tiene derecho a las prestaciones familiares o la persona a quien le hayan sido abonadas (quien tiene la custodia de los hijos, en particular, el cónyuge o la pareja de dicho trabajador) ejerce una actividad profesional en ese Estado de residencia del hijo. En definitiva, cuando confluyen residencia y empleo se produce una suspensión parcial de la legislación del Estado de empleo que sólo habrá de abonar, en su caso, el complemento diferencial (Rgto 574/72/CEE art. 10.1.b).i).

Este artículo 10 del Rgto 574/72/CEE ha sido aplicado para solventar dos cuestiones prejudiciales recientes:

En la sentencia del TJCE 7-6- 05 asunto Dodl /Oberhollenzer C-543/03 se pronunció sobre el supuesto de dos trabajadoras fronterizas de nacionalidad austriaca, que residían en Austria pero trabajaban a tiempo completo en Alemania, cuyas relaciones laborales quedaron suspendidas tras dar a luz. En los Estados mencionados existían ayudas familiares (entre ellas prestación por cuidado de hijos) que se concedían a las personas que tuvieran su domicilio o su residencia habitual en el territorio federal.⁷⁵⁶ En Alemania la concesión de la prestación familiar además, se supeditaba al no ejercicio de una actividad profesional o su ejercicio a tiempo parcial. La Sra. Dodl residía y estaba casada con un nacional alemán que trabajaba a tiempo completo,

⁷⁵⁶ Precisamente existen también limitaciones específicas para que los extracomunitarios puedan percibir al amparo de la norma de coordinación estas generosas prestaciones familiares alemanas y austriacas, ver el ya mencionado Rgto CE/859/2003.

estando en la misma situación profesional el compañero, también alemán, de la Sra. Oberhollenzer.

A ambas señoras se les denegaron sus solicitudes a la Seguridad Social alemana para obtener la prestación federal de crianza, argumentándose que la legislación competente para el reconocimiento de las prestaciones era Austria. Estas prestaciones además no podían ser solicitadas por sus parejas, al ejercer estas una actividad profesional a tiempo completo. Además, en el caso concreto de la Sra. Dodl, también se invocó la superación del límite de renta establecido en el Derecho alemán considerando los ingresos de su cónyuge. Las solicitudes a Austria de una prestación por cuidado de hijos fueron también denegadas, considerándose que ante la existencia de dos Estados de empleo prevalecer; de manera, que Austria sólo reconocía su obligación de abonar, en su caso, un complemento diferencial a la prestación alemana.

Las trabajadoras recurrieron sosteniendo que debía aplicarse la legislación del Estado de empleo o austriaca, en la medida en que la prestación por cuidado de hijos tiene por objeto garantizar unos ingresos al progenitor cuya actividad profesional queda suspendida por dedicarse a la crianza de su hijo y que sufre, por ello, una pérdida de ingresos.

Según el TJCE la solución se encontraba en el art. 10.1.b.i del Rgto 574/72/CEE, que establece la suspensión de las prestaciones de empleo cuando en el Estado de residencia quien tiene la custodia de los hijos, en particular, el cónyuge o la pareja de dicho trabajador ejerce una actividad profesional en ese Estado de residencia del hijo, de manera, que Alemania era la obligada a abonar la prestación.

Además el TJCE señaló que si aplicando dicha disposición ni la Sra Dodl, por superar límite de ingresos, ni su marido, por trabajar a tiempo completo, tuvieran derecho a la prestación familiar en el Estado de residencia por no cumplirse los requisitos exigidos en el marco de la legislación de Seguridad Social alemana, la situación quedaría regulada únicamente por el Rgto 1408/71/CEE art.73. Consecuentemente, en este caso Austria debería abonar sus prestaciones familiares y al no existir sobreprotección alguna por cúmulo de prestaciones, no se debería aplicar ninguna de las normas anticúmulo comunitarias mencionadas.

Un supuesto muy semejante anterior se resuelve en la sentencia del TJCE 7-7-05 , Weide C-153/03,⁷⁵⁷ relativa a una trabajadora fronteriza alemana, que trabajaba en

⁷⁵⁷ Según el TJCE “el artículo 10, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento , por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento 544/1972 debe interpretarse en el sentido de

Luxemburgo y residía en Alemania con su marido y sus dos hijos. Esta señora al nacer su segundo hijo decidió dedicarse a su crianza y pidió una prestación familiar de esta naturaleza en Alemania. Sin embargo, su solicitud fue denegada, pues aunque cumplía los requisitos nacionales, por ejemplo no estaba trabajando, la Administración alemana consideró que tales prestaciones debían ser abonadas por Luxemburgo como Estado de empleo. Luxemburgo también las denegó, admitiendo sólo el abono de un complemento diferencial sobre lo que su cobertura excediera a la que debía abonar Alemania, en este caso, como Estado de residencia. El TJCE señaló, de nuevo al amparo del Rgto 574/72/CEE artículo 10 que prevalecen las prestaciones del estado de empleo sobre las de residencia, salvo que en el Estado de residencia de los hijos, el cónyuge del beneficiario de la prestación de crianza realice una actividad profesional. En el marco de este supuesto, se prioriza el abono de la prestación alemana que suspende la luxemburguesa, Administración, esta última que en todo caso habrá de abonar un complemento diferencial.

En este supuesto además se confirmó la procedencia de aplicar el Rgto 574/72/CEE art.114 que prescribe el abono provisional de las prestaciones alemanas del Estado de residencia, mientras se solventa el conflicto sobre ley aplicable.

5.2.- La normativa anticúmulo en el Reglamento 883/2004/CE

Esta materia se aborda en el artículo 68 donde se establecen de forma simplificada las siguientes normas de prioridad que atienden en primer lugar al origen de la concesión de las prestaciones acumuladas, esto es, la causa o fundamento de su reconocimiento.

Si la causa o el objeto de su reconocimiento se debe a conceptos diferentes, el orden de prioridad es el siguiente:

- en primer lugar, los derechos adquiridos con motivo de una actividad por cuenta ajena o propia;
- en segundo lugar, los derechos adquiridos con motivo del cobro de una pensión, y;

que el ejercicio, por el cónyuge de la persona beneficiaria de una prestación familiar con arreglo al artículo 73 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 de una actividad profesional en el Estado miembro de residencia de los hijos, suspende el derecho a las prestaciones previstas por esta disposición hasta la cuantía de las prestaciones de crianza prevista por la legislación del Estado miembro de residencia, cualquiera que sea el beneficiario directo de las prestaciones familiares designado por la legislación de este Estado.

- por último, los derechos adquiridos por razón de la residencia;

Si la acumulación es de prestaciones debidas por más de un Estado miembro por el mismo concepto, el orden de prioridad se establece atendiendo a los siguientes criterios subsidiarios:

a) En el caso de derechos adquiridos con motivo de una actividad por cuenta ajena o propia: se prioriza el abono de las prestaciones del lugar de residencia de los hijos, a condición de que exista tal actividad. Debiéndose aplicar de forma subsidiaria, si procede, el complemento diferencial. En este último caso, el coste de las prestaciones se compartirá con arreglo a criterios que se definirán en el futuro Reglamento de aplicación.

b) En el caso de derechos adquiridos con motivo del cobro de pensiones: se priorizan de nuevo el abono de las prestaciones del lugar de residencia de los hijos. Esta norma se condiciona a que exista pensión pagadera con arreglo a dicha legislación. De forma subsidiaria si procede, se puede optar por el más largo de los períodos de seguro o de residencia previstos por las legislaciones en conflicto,

c) En el caso de derechos adquiridos por razón de la residencia: se prioriza el abono de las prestaciones del lugar de residencia de los hijos.

En esta normativa se prevé de nuevo el abono del complemento diferencial por parte de la legislación de Seguridad Social nacional cuya aplicación se suspende. No obstante, no será obligatorio otorgar este complemento diferencial para los hijos que residan en otro Estado miembro cuanto el derecho a la prestación de que se trate se funde exclusivamente en la residencia.

Desde un punto de vista procedimental en ese mismo artículo se establece cuales deben ser los pasos a seguir por una institución de Seguridad Social a la que le llega una solicitud de prestaciones familiares, de las que no se considere responsable a tenor de las normas de conflicto mencionadas. En tal supuesto deberá, en primer lugar, trasladar la solicitud sin dilación a la institución competente del Estado miembro cuya legislación considera que es aplicable con carácter prioritario; informando de ello al interesado. Todo ello sin perjuicio de que, de acuerdo con el Reglamento de desarrollo, deba conceder provisionalmente prestaciones o incluso deba otorgar un complemento diferencial. Por último, la institución competente del Estado miembro cuya legislación sea aplicable con carácter prioritario será la que tramite la solicitud, como si le hubiera sido presentada directamente, y en este sentido, tendrá en cuenta la fecha en que se

presentó erróneamente la solicitud a la primera institución como fecha de presentación de su solicitud de prestaciones.

LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS AL EXTRANJERO POR SUS EMPRESAS

Francisco Javier Gómez Abelleira

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN

2.- EL SISTEMA INTERNACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL: BASES PÚBLICAS Y TÉCNICAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

3.- LOS DESPLAZAMIENTOS COMUNITARIOS Y LA SEGURIDAD SOCIAL

3.1.- El supuesto de hecho de la norma

3.1.1.- Elementos subjetivos del supuesto de hecho

3.1.2.- Elementos objetivos del supuesto de hecho

3.2.- Las consecuencias jurídicas del desplazamiento temporal: ley aplicable a la afiliación, la cotización y las prestaciones

3.3.- Formalidades del desplazamiento temporal de trabajadores

4.- LOS DESPLAZAMIENTOS EXTRACOMUNITARIOS Y LA SEGURIDAD SOCIAL

1.- INTRODUCCIÓN

Entre las muy interesantes cuestiones que plantean actualmente las relaciones laborales internacionales, la de los desplazamientos de trabajadores al extranjero por cuenta de la empresa que los emplea es una de las más destacadas. Por supuesto, la razón de que esto sea así es fundamentalmente de índole económica, en la medida en que el desplazamiento al extranjero es un instrumento de organización y de producción cada vez más utilizado por empresas que buscan una mayor internacionalización y que son en muchos casos tendencialmente globales. No es de extrañar, en este sentido, que sea en el seno de grupos multinacionales en donde frecuentemente se practica una de las formas más típicas de desplazamiento: el que se da entre empresas del propio grupo y que da lugar a la aparición de los llamados en el argot empresarial internacional “*intracorporate transferees*”. Desde una perspectiva sociológica española, es evidente que hemos pasado de ser un país de emigración hace tan sólo tres o cuatro décadas, a un país de inmigración en que los nacionales españoles o residentes permanentes en España que salen al extranjero por motivos laborales lo hacen normalmente en el marco de una relación laboral preexistente a la salida (movilidad en el empleo) y con un carácter normalmente temporal. Recientemente se recordaba esta idea en la Exposición de Motivos de la Ley 40/2006 por la que se aprueba el Estatuto de la ciudadanía española en el exterior⁷⁵⁸.

El desplazamiento de trabajadores al extranjero por cuenta de su empresa es una institución que jurídicamente se conecta con tres de las grandes tensiones económicas y sociales de la escena internacional de nuestro tiempo. El desplazamiento de trabajadores se erige, por un lado, en instrumento crucial del que es uno de los más importantes retos de la economía internacional: mejorar, ampliar e intensificar los intercambios y el

⁷⁵⁸ Literalmente se lee en dicha Exposición de Motivos lo siguiente: “En la actualidad los movimientos migratorios, teniendo en cuenta, por un lado, el ejercicio del derecho a la libre circulación en el contexto de Unión Europea, y por otro, la globalización de la economía, han alcanzado una dimensión y una significación distinta. En los países desarrollados, en los que el Estado satisface las necesidades básicas de su ciudadanía, el desplazamiento a otro país responde a motivaciones de distinta índole que persiguen ampliar las expectativas personales y profesionales o mejorar la calidad de vida, como es el caso de los funcionarios públicos y trabajadores al servicio de la Administración española en el exterior, los cooperantes y **los trabajadores y profesionales de las empresas españolas destinados temporalmente al extranjero**”. Sobre esta Ley, véase R. RON LATAS, “Los aspectos laborales más destacables de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre de 2006, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior”, *Relaciones Laborales*, núm. 10 (2007).

mercado global de los servicios. Dentro de este complejísimo debate en el marco jurídico constituido por el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), el llamado “modo 4” de dicho comercio -esto es, el suministro transnacional de servicios mediante el movimiento transfronterizo temporal de personas físicas (trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena)- encuentra la dificultad añadida de las políticas inmigratorias y del control nacional del acceso de ciudadanos extranjeros que demandan empleo (movilidad para el empleo). Esta última es, justamente, la segunda gran conexión jurídica del fenómeno del desplazamiento de trabajadores por cuenta de sus empresas, puesta de manifiesto en términos prácticos por la necesidad de trazar la delimitación, no siempre fácil, entre la movilidad que supone tal desplazamiento (en el empleo) y esta otra movilidad propiamente para el empleo. Por otro lado, las todavía abismales diferencias de nivel de vida y de condiciones de empleo y trabajo entre los Estados provocan la necesidad, sobre todo en los más prósperos, de defender el mercado de trabajo nacional frente a la irrupción de trabajadores que sin incorporarse plenamente a él prestan sus servicios en competencia indirecta con los trabajadores que lo conforman actual o potencialmente. Esta tercera tensión entre apertura y clausura del mercado nacional de trabajo sigue condicionando enormemente el régimen jurídico del desplazamiento de trabajadores por cuenta de sus empresas y, en particular, todos los aspectos atinentes a la seguridad social.

La cuestión esencial que plantea el desplazamiento transnacional de trabajadores por cuenta de sus empresas -al que en este artículo y para abreviar podemos llamar simplemente “desplazamiento”, visto el fracaso de la más significativa voz española de “destacamento”- es distinguir el auténtico desplazamiento, que en teoría no supone la incorporación del trabajador desplazado al mercado de trabajo del país de destino, de otro tipo de movilidad que, igualmente en teoría, acarrea la salida del mercado de trabajo del país de origen y la incorporación al del país de destino. Toda la regulación del desplazamiento está fundada sobre este punto de partida, y ello no sólo desde la óptica de seguridad social, sino también desde la puramente laboral o incluso la inmigratoria.

Una de las dificultades de construcción jurídica en este ámbito viene causada por la imprecisión terminológica. Ya nos hemos referido a que en español, a diferencia de lo que ocurre en el inglés británico (*posting*) o en francés (*détachement*), no ha cuajado

hasta la fecha una voz simple y distinta para designar el fenómeno del desplazamiento del trabajador asalariado por cuenta de su empresa, de modo que en casi todos los contextos hemos de recurrir a la perífrasis de desplazamiento por cuenta de la empresa. La alternativa al desplazamiento, es decir, la movilidad transnacional que sí supone ruptura con el mercado de trabajo de origen e incorporación al de destino, carece igualmente de una simple y distinta denominación: la voz “expatriación” no es jurídica, sino sociológica. La utilizan las empresas y los profesionales de recursos humanos con un sentido más bien amplio, comprensivo de la movilidad transnacional del trabajador en interés de la empresa o del grupo de empresas, tanto si se articula como desplazamiento en sentido estricto, cuanto si se plasma en una incorporación en toda regla en el mercado de trabajo de destino. Eso sí, la “expatriación” connota un matiz contrario a la duración breve, de tal modo que en el lenguaje empresarial rechina hablar de una expatriación de pocos meses de duración, quizá de duración inferior al año⁷⁵⁹. Pero como decimos, nada de esto es jurídico, al menos por ahora. Ni que decir tiene que una consolidación del vocabulario jurídico en este terreno sería un primer paso importante en la construcción jurídica del tema. Quizá sería aceptable reservar la voz “destacamento internacional” para el desplazamiento internacional del trabajador asalariado por cuenta de su empresa, siempre que no suponga incorporación al mercado de trabajo de destino, y, por otro lado, reservar la voz “expatriación” para el traslado internacional del trabajador asalariado en interés de su empresa o de su grupo de empresas, siempre que haya salida del mercado de trabajo de origen e incorporación al de destino. Sea como fuere, esta será la distinción terminológica que mantendremos al menos en este trabajo.

Institucionalmente, y desde una perspectiva de análisis jurídico, el desplazamiento se conecta con la prestación transnacional de servicios por parte de una empresa, en tanto que la expatriación traba su conexión más bien con la circulación de trabajadores o personas. En el ámbito regional europeo al que pertenecemos como Estado, es sabido que estos conceptos han alcanzado un alto grado de juridificación, de tal modo que el desplazamiento se ancla en la libertad fundamental de prestación de servicios, mientras

⁷⁵⁹ Subrayando la nota de larga duración, aunque siempre con vocación de retorno, que caracteriza a la expatriación, puede verse, por ejemplo, el estudio de S. GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, “Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas”, IESE Business School, 2005, pg. 15 (texto disponible en internet: http://www.iese.edu/en/files/6_16929.pdf).

que la expatriación se sustenta en la libre circulación de personas, conectándose, además, en muchas ocasiones, con la libertad de establecimiento.

Las dificultades prácticas para trazar la frontera entre una cosa y otra, entre desplazamiento y expatriación, se manifiestan en todos los planos de la relación laboral internacional. Así ocurre por lo que respecta a la determinación de la ley aplicable, por ejemplo. En este caso, la solución legal europea, la que proporciona el Convenio de Roma en su artículo 6, remite, dejando ahora a un lado la autonomía contractual, al lugar habitual de prestación de servicios o a los vínculos más estrechos que se desprendan del conjunto de circunstancias, precisando de manera muy significativa que el envío del trabajador a otro país “con carácter temporal” no obstará a la aplicación de la ley del país en que el trabajador realice habitualmente su trabajo. La indefinición de lo que es o no temporal en el marco de esta regulación convencional contrasta llamativamente con la definición precisa de límites temporales en las regulaciones que se proyectan en el plano de seguridad social, como enseguida veremos. De las distintas regulaciones con incidencia en el tema sobresale la comunitaria constituida por el todavía aplicable Reglamento 1408/71 y por el nuevo Reglamento 883/2004 que sustituye al primero. Fuera del ámbito comunitario tomaremos en consideración los convenios internacionales y algunas normas españolas de Derecho interno. Así, la exposición se divide en dos partes: en la primera analizaremos el régimen de seguridad social de los desplazamientos comunitarios, en la segunda el aplicable a los desplazamientos no comunitarios. Conviene aclarar antes, sin embargo, un importante rasgo de lo que podríamos llamar Sistema Internacional de Seguridad Social, que condiciona el sentido y el contenido de las normas aplicables.

2.- EL SISTEMA INTERNACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL: BASES PÚBLICAS Y TÉCNICAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Es bien sabido que no existe en el plano internacional un sistema público de protección social. La seguridad social, como sistema público de protección de determinadas necesidades individuales, es una creación de cada Estado, lo que determina que no

pueda hablarse propiamente de un sistema internacional de seguridad social, sino de sistemas nacionales de seguridad social. Ello no significa, obviamente, que éstos no tengan proyecciones más allá de sus fronteras, o que la sociedad internacional no preste atención a la materia de seguridad social. Es cierto que el Derecho Internacional incide en la seguridad social a través fundamentalmente de algunos convenios internacionales cuyo objeto es establecer estándares mínimos de protección social, no directamente mediante la creación de un sistema internacional de seguridad social, sino indirectamente mediante la asunción por los Estados signatarios de la obligación de dotar a sus respectivos sistemas nacionales de aquellos contenidos mínimos (técnicas de convergencia y armonización). No obstante, en el plano internacional los mayores esfuerzos han ido encaminados a articular técnicas de coordinación de sistemas que, insistimos, permanecen nacionales. De este modo, los sistemas públicos de seguridad social de cada Estado se coordinan para su aplicación a las situaciones internacionales, y aunque se trata en verdad de sistemas públicos, su coordinación se realiza mediante el diseño e implementación de técnicas de Derecho Internacional Privado, básicamente *normas de conflicto*. El punto de partida de todas estas técnicas es, por tanto, el carácter nacional de los sistemas públicos de seguridad social que deben ser coordinados. Y el principal cometido de estas técnicas será la determinación de la legislación *nacional* aplicable a cada supuesto de hecho de seguridad social internacional.

En este sentido, y sin pretender realizar aquí un análisis del tema⁷⁶⁰ y sí solamente un apunte recapitulatorio, el principio universalmente admitido es el de la ley del lugar habitual de trabajo o *lex loci laboris*. La seguridad social nacional sigue, así, al hecho del trabajo: en términos jurídicos, y refiriéndonos al trabajo por cuenta ajena, la relación de seguridad social se construye sobre la relación laboral previa, y si a ésta es de aplicación una determinada legislación nacional en función del lugar en que habitualmente tiene lugar el cumplimiento de la obligación más característica de esta relación -la obligación de trabajar-, de la misma manera a la relación de seguridad social debería serle de aplicación esa misma legislación nacional. Consecuentemente, este principio *lex loci laboris* es común a la relación laboral y a la de seguridad social, aunque como veremos pueden darse perfectamente situaciones fácticas específicas en que la aplicación de las normas positivas en que este principio se plasma conduzca a

⁷⁶⁰ Remitimos al riguroso análisis de D. CARRASCOSA BERMEJO, *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, CES, Madrid, 2004, pgs. 107 ss.

soluciones divergentes en orden a la legislación aplicable al plano laboral y al plano de seguridad social.

El principio *lex loci laboris* remite la situación internacional de seguridad social generalmente a una sola legislación nacional que es la del lugar en que habitualmente se presta servicios en ejecución de una relación laboral. Esta unicidad de la legislación aplicable logra el objetivo básico de evitar la doble cotización internacional. Sin embargo, la unicidad impide la sujeción simultánea a dos sistemas nacionales de seguridad social, pero no la sujeción sucesiva que deriva del cambio de lugar de trabajo. En esta lógica, el cambio de lugar de trabajo que no altera aquel habitual, por suponer un cambio “temporal”, no modifica la legislación aplicable, lográndose con ello, a su vez, otros objetivos básicos: 1) ahorrar cargas administrativas y gastos de gestión, favoreciendo así la posición de las empresas y de las entidades, instituciones o autoridades gestoras de los sistemas nacionales; y 2) simplificar las carreras de seguro y cotización de los trabajadores, en especial con vistas a la obtención de pensiones de más sencilla administración.

Desde la perspectiva española, las plasmaciones normativas más relevantes del referido principio se encuentran en los Reglamentos comunitarios 1408/1971 y 883/2004 y en los Convenios Bilaterales que España mantiene con casi veinte países no comunitarios. A continuación abordamos el análisis de los desplazamientos comunitarios, a los que es de aplicación la reglamentación comunitaria, y los desplazamientos extracomunitarios, regulados en algunos supuestos por convenio internacional bilateral y, en otros, por normas internas españolas.

3.- LOS DESPLAZAMIENTOS COMUNITARIOS Y LA SEGURIDAD SOCIAL

3.1.- El supuesto de hecho de la norma

El Reglamento 1408/1971, derogado pero aplicable todavía a fecha de hoy, dispone en su artículo 14.1.a) lo siguiente:

“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 meses y que no sea enviada en sustitución de otra persona que haya llegado al término del período por el que ha sido destacada.”

Por su parte, el nuevo Reglamento 883/2004, que aunque se halla en vigor, no es aplicable mientras no se apruebe el correspondiente Reglamento para su aplicación, dispone en su artículo 12.1 lo siguiente:

“La persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona.”

Más allá de las diferencias entre ambos textos, sobre las que iremos incidiendo a propósito de cada tema, es necesario referirse en este momento a lo que constituyen los elementos principales sobre los que se asienta la configuración del supuesto de hecho de ambos preceptos. En este sentido, cabe proponer una distinción entre los elementos personales o subjetivos y los elementos objetivos del supuesto de hecho que se encuentra formulado en los textos legales referidos.

3.1.1.- Elementos subjetivos del supuesto de hecho

Desde el punto de vista subjetivo, el supuesto de hecho lo protagonizan un trabajador por cuenta ajena y una empresa “*de la que dependa normalmente*”. Si la idea de dependencia remite con facilidad a la relación laboral o contrato de trabajo que vincula a ambos sujetos, el adverbio “normalmente”, que cualifica la dependencia, resulta menos claro en su significado. Aunque en su sentido literal y aparente, la frase entrecomillada parece remitir a un momento temporal anterior a producirse el desplazamiento del trabajador, de tal forma que un trabajador depende “normalmente” si antes del desplazamiento venía siendo empleado por la empresa que lo desplaza, lo cierto es que la jurisprudencia del TJCE y la doctrina administrativa han establecido con toda rotundidad que el concepto de “depender normalmente” remite, para el trabajador, al período de duración del desplazamiento.

En realidad, esta interpretación jurisprudencial la había sentado ya el TJCE antes de la aprobación del propio Reglamento 1408/71⁷⁶¹, lo que hace más incomprensible la redacción dada a su artículo 14.1.a). El Reglamento número 3 (1958), que precedió al de 1971, contenía ya la expresión “depender normalmente” (“*normally attached*”). Sobre su interpretación pudo decir el TJCE que tiene poca importancia si el trabajador ha estado previamente empleado en la empresa que lo desplaza, o si las tareas realizadas por el trabajador durante el desplazamiento son diferentes de las llevadas a cabo normalmente en dicha empresa⁷⁶². En este sentido, el TJCE pudo concluir rotundamente que la regla comunitaria de seguridad social en desplazamientos temporales se aplica a un trabajador que ha sido contratado exclusivamente para prestar servicios durante el desplazamiento temporal⁷⁶³.

La doctrina *van der Vecht* alcanza pleno desarrollo pocos años después en la Sentencia *Manpower*⁷⁶⁴. En esta sentencia queda claro, primero, que el depender normalmente de una empresa remite no a un momento anterior al desplazamiento, sino al período mismo

⁷⁶¹ Sentencia del TJCE de 5 diciembre 1967, Case 19-67, *van der Vecht*.

⁷⁶² Sentencia *van der Vecht*, cit., European Court Reports, English Special Edition, pg. 354: “it is of little importance whether or not the worker was previously employed in the establishment in the State in which he resides or whether the work in question is different from that normally carried out in this establishment”.

⁷⁶³ Sentencia *van der Vecht*, cit., European Court Reports, English Special Edition, pg. 354: “article 13(A) applies equally to a worker who has been engaged exclusively to work in the territory of a member State other than that in which the establishment to which he is normally attached is situated”.

⁷⁶⁴ Sentencia del TJCE de 17 diciembre 1970, Caso 35-70, *Manpower*.

de desplazamiento, y, segundo, que el adverbio “normalmente” no se vincula tanto con la relación laboral, cuanto con la actividad empresarial misma: la exigencia de depender normalmente implica que la empresa que desplaza ejerza “normalmente” su actividad en el territorio del Estado desde el cual se ordena el desplazamiento⁷⁶⁵.

La jurisprudencia del TJCE, consolidada con anterioridad al Reglamento 1408/71, pervive tras la aprobación de éste. Quizá el más significativo, a este respecto, sea el caso *Fitzwilliam*⁷⁶⁶. En él, acerca de la interpretación de la frase “empresa de la que dependa normalmente”, se afirma que “*este concepto exige... el mantenimiento de un **vínculo orgánico** entre la empresa establecida en un Estado miembro y los trabajadores por ella desplazados en el territorio de otro Estado miembro **durante el tiempo de su desplazamiento***”⁷⁶⁷. De este modo, el TJCE acoge la doctrina de la Comisión Administrativa Europea para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes (CASSTM), que había utilizado la expresión “vínculo orgánico” en este mismo sentido en varias Decisiones de los años ochenta⁷⁶⁸. A día de hoy, la Decisión administrativa vigente es, en este tema, la núm. 181, de 2000⁷⁶⁹, que compendia el corpus jurisprudencial y de doctrina administrativa reiterando que la aplicación del artículo 14.1.a) del Reglamento 1408/71 es posible siempre que “*subsista un vínculo orgánico entre [la empresa que desplaza] y el trabajador durante el período de desplazamiento*” y que “*normalmente esta empresa ejerza su actividad en el territorio del primer Estado miembro, es decir, que la empresa ejerza habitualmente actividades significativas en el territorio del primer Estado miembro*”.

A la luz de esta consolidada doctrina, no es de extrañar que en la redacción del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, el legislador comunitario haya puesto el debido cuidado en recoger, más fielmente que el texto precedente, la correcta interpretación del precepto. Así, al definir los elementos subjetivos del supuesto de hecho, el nuevo texto sigue hablando de un trabajador por cuenta ajena en un determinado Estado miembro, pero pasa, en cambio, a hablar de “*un empleador que ejerce normalmente en él sus*

⁷⁶⁵ Sentencia *Manpower*, cit., parág. 16: “The reference ... to the establishment situated in the State where the undertaking is established and to which the worker is attached is meant essentially to limit the applicability of that provision to those workers engaged by undertakings normally pursuing their activity in the territory of the State in which they are established”.

⁷⁶⁶ Sentencia del TJCE de 10 febrero 2000, C-202/97, *Fitzwilliam*.

⁷⁶⁷ Sentencia *Fitzwilliam*, cit., parág. 24 (el destacado es nuestro).

⁷⁶⁸ Por ejemplo, Decisión núm. 113, de 28 febrero 1980 (DO 1980, C 270, de 17 octubre), o Decisión núm. 128, de 17 octubre 1985 (DO 1986, C 141, de 8 junio).

⁷⁶⁹ Decisión de 13 diciembre 2000 (DO 2001, L 329, de 14 diciembre).

actividades”, vinculando el adverbio “normalmente” no a la relación laboral del trabajador desplazado con su empresa, sino a la actividad que ésta ejerce en el Estado de envío. Por tanto, el cambio de dicción que en este extremo supone el nuevo Reglamento 883/2004 respecto del 1408/71 no conlleva una alteración de la realidad jurídica, sino una mera recepción de la interpretación avalada sistemáticamente por el TJCE y por la CASSTM. En cualquier caso, esta recepción debe ser bienvenida en la medida en que el nuevo artículo dice con más exactitud lo que del anterior sólo podía desprenderse si se prestaba la debida atención a la jurisprudencia a él relativa.

La jurisprudencia comunitaria ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de lo que pueden considerarse “indicios” conducentes a entender que un empleador ejerce normalmente sus actividades en el Estado en que ha establecido su sede y desde el cual opera prestando servicios transnacionales. La finalidad de este conjunto de indicios es determinar el Estado en que “realmente” radica la empresa que desplaza, evitando que la designación de la ley de seguridad social aplicable repose sobre consideraciones puramente formales (“domicilios de conveniencia”, “brass-plate companies”), de más fácil manipulación en función de intereses ilegítimos, como el puro y simple ahorro de costes sociales. Quizá los casos más significativos al respecto son los que han tenido como protagonistas a empresas de trabajo temporal. La ya referida Sentencia del TJCE en el caso *Fitzwilliam* identifica el ejercicio normal de actividades en el Estado de establecimiento con el hecho de que la empresa “*ejerza habitualmente actividades significativas en el territorio de [dicho] Estado*”⁷⁷⁰. En realidad, esta doctrina es perfectamente aplicable a todo tipo de empresas, no sólo las de trabajo temporal, y concreta los criterios pertinentes en, sin ánimo exhaustivo, el lugar del domicilio social de la empresa y de su administración, las plantillas del personal que trabaja en uno u otro Estado miembro, el lugar de contratación de los trabajadores desplazados, el lugar de celebración de contratos mercantiles con clientes, la ley aplicable a los contratos de trabajo y a los contratos mercantiles, así como el volumen de negocios durante períodos significativos en los distintos Estados miembros implicados⁷⁷¹. De este modo, el propio TJCE pudo concluir, en un caso que implicaba a una empresa de construcción, que si esta empresa envía a sus trabajadores al territorio de otro Estado miembro en el que ejerce todas sus actividades, a excepción de las de gestión meramente internas, tales

⁷⁷⁰ Parág. 40.

⁷⁷¹ Sentencia *Fitzwilliam*, cit., parág. 43.

desplazamientos, por temporales que sean, no pueden acogerse a la excepción que permite seguir aplicando la ley de seguridad social del Estado de envío, debiendo aplicarse en tal caso la ley del Estado de empleo⁷⁷².

3.1.2.- Elementos objetivos del supuesto de hecho

Desde el punto de vista objetivo, el supuesto de hecho formulado en el artículo 14.1.a) del Reglamento 1408/71 consiste en que la persona que trabaja por cuenta ajena para una empresa es *“destacada en el territorio de otro Estado miembro por esta empresa con el fin de efectuar allí un trabajo por su cuenta”*. El “destacamento” en otro Estado miembro se caracteriza esencialmente por la permanencia del “vínculo orgánico”, expresión ésta introducida, como vimos, por la CASSTM y avalada por el TJCE en la Sentencia *Fitzwilliam*, y cuyo sentido aparece recogido en el propio precepto en forma de exigencia de que en el Estado de empleo (o Estado de destino) se efectúe un trabajo *por cuenta de la empresa radicada en el Estado de envío* (o Estado de origen).

La existencia del “vínculo orgánico” durante todo el tiempo del desplazamiento es capital para que pueda aplicarse la excepción a la ley del Estado de empleo. La expresión “vínculo orgánico” traduce, en realidad, lo que de manera más sencilla llamamos “relación laboral”: no es de extrañar, por ello mismo, que los indicios sobre los que se asienta la conclusión de que hay o no vínculo orgánico en un caso sean similares a los que manejamos para concluir acerca de la existencia o inexistencia de una relación laboral. Como dice el TJCE, *“para establecer la existencia de dicho vínculo orgánico, es esencial deducir del conjunto de circunstancias de la ocupación que el trabajador se halla subordinado a [la] empresa [establecida en el Estado de envío]”*⁷⁷³. La puesta en entredicho del vínculo orgánico depende enormemente, en la práctica, del tipo de desplazamiento que tenga lugar. En este sentido, aunque la normativa de seguridad social no distingue, conviene que nosotros lo hagamos entre los desplazamientos por razón de su objeto: encontramos así, por un lado, los desplazamientos cuyo objeto es la prestación de un servicio transnacional al consumidor

⁷⁷² Sentencia del TJCE de 9 noviembre 2000, C-404/98, *Plum*, parág. 22.

⁷⁷³ Sentencia *Fitzwilliam*, cit., parág. 24.

final, y por otro, los desplazamientos cuyo objeto es la prestación de un servicio transnacional a otra empresa, que puede ser del mismo grupo económico empresarial o no. Entre estos últimos desplazamientos se encuentran también, naturalmente, los que son consecuencia de contratos transnacionales de puesta a disposición. La diferencia entre unos y otros radica en que en este segundo grupo, el destinatario del servicio transnacional lo integra en su propio proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. De este modo, en tales casos, el riesgo de debilitar el poder directivo de la empresa de envío y de potenciar consecuentemente el poder de la empresa de recepción es mayor, abocando a situaciones de cesión de mano de obra en que ya no puede sostenerse que el “vínculo orgánico” permanece con la empresa de origen.

Mejor dicho, aunque quepa sostener que con la empresa de origen se mantiene el vínculo orgánico, éste deviene en un vínculo puramente formal cuando se aprecia la existencia de lo que en España llamamos una *cesión ilegal* del trabajador. Por eso hemos escrito en otro lugar que “la exigencia fundamental no debiera atender tanto al mantenimiento de una relación laboral con la empresa de procedencia durante el tiempo de desplazamiento, sino, más bien, a la ausencia de relación laboral con la empresa de destino durante ese mismo tiempo”⁷⁷⁴. En su clásica Sentencia *Manpower*⁷⁷⁵, el TJCE afirmó que el vínculo orgánico existe cuando el empleador de origen abona el salario y retiene el poder disciplinario sobre el trabajador. *Manpower* es, sin embargo, un caso que protagoniza una empresa de trabajo temporal, por lo que tratándose de otro tipo de empresas, no parece convincente sostener que existe relación laboral cuando la empresa de origen simplemente abona el salario del trabajador y retiene el poder disciplinario, incluido el poder de despedir, sobre el trabajador. En este sentido, más que la jurisprudencia del TJCE -sobre este concreto extremo, poco incisiva-, los criterios comunitarios los proporciona la CASSTM en su importante Decisión 181 del año 2000⁷⁷⁶ y en su “Guía Práctica para el Desplazamiento de Trabajadores” elaborada en forma de “código de buenas prácticas”. En la Decisión, la CASSTM propone como elementos a tener en cuenta para establecer si existe el vínculo orgánico los siguientes: la responsabilidad en materia de contratación, contrato de trabajo y despido, y la

⁷⁷⁴ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA y A. MADAMÉ MARTÍN, “Mercado interior de servicios y desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, de próxima aparición en la revista *Justicia Laboral*

⁷⁷⁵ Sentencia *Manpower*, cit., parág. 18.

⁷⁷⁶ Decisión citada.

posibilidad de determinar la naturaleza del trabajo⁷⁷⁷. En la “Guía Práctica”, la CASSTM es algo más pródiga en detalles, planteando un listado de indicadores del vínculo orgánico. Entre ellos se encuentran, además de datos formales como el acuerdo manifestado en un contrato de trabajo, los ya referidos poderes empresariales de “rescindir el contrato de trabajo y proceder al despido” y de “determinar la ‘naturaleza’ del trabajo realizado por el trabajador desplazado”, que la empresa de envío debe retener. El vínculo orgánico significa también “*que la obligación de remuneración corresponde a la empresa que ha celebrado el contrato*”. A propósito de estos indicadores, la *Guía* añade un par de matizaciones ciertamente chocantes. Por un lado, respecto de la obligación de remunerar sostiene que “*la subsistencia del vínculo orgánico... no tiene relación con la cuestión del origen material de la remuneración del trabajador*”. Por otro lado, respecto del poder nuclear en toda relación laboral de determinar la naturaleza del trabajo que debe prestarse, la CASSTM matiza que “*la empresa de envío, más que la facultad de definir en los más mínimos detalles el tipo de trabajo que ha de realizarse y las correspondientes modalidades para llevarlo a cabo, tiene el poder más general de decidir el producto final que ha de obtenerse o el servicio fundamental que ha de prestarse*”.

Respecto de la primera cuestión, la relativa a la obligación de remunerar, es evidente que tal obligación se atribuye al empleador en toda relación laboral, pero no precisamente en un sentido nominal o formal, sino en un sentido material. En sentido formal, la obligación de pago identifica al empleador como un mero “intermediario” en el abono de la retribución, de modo que los fondos con los que la retribución se paga se transfieren del tercero “usuario” del servicio al empleador formal, al objeto de que sea éste el que nominalmente transfiera la cantidad correspondiente en concepto de remuneración del trabajador. Esta es uno de los típicos artificios de los “fenómenos interpositivos”, como quedó de manifiesto en las clásicas sentencias del Tribunal Supremo español sobre los locutorios de Telefónica⁷⁷⁸, en que el llamado contratista se erigía, a la hora de abonar salarios, en “simple intermediario o ejecutor material del pago”. A la hora de determinar la existencia del vínculo orgánico, no debe ser un criterio determinante quién es el que nominalmente paga las retribuciones, al menos no si tras esa figura nominal o formal se esconde el auténtico obligado, que proporciona los

⁷⁷⁷ Apartado 1 de la Decisión.

⁷⁷⁸ SSTs 17 julio 1993 (rec. 1712/1992) y 15 noviembre 1993 (rec. 1294/1992).

fondos al mero pagador justamente en concepto de remuneración de trabajadores. Cosa naturalmente distinta es que el usuario del servicio empresarial abone el correspondiente precio, con el que, *entre otras cosas*, el verdadero empresario cumple sus obligaciones retributivas y de seguridad social.

Más sorprendente resulta, todavía, la afirmación de la CASSTM relativa a la trascendental cuestión del poder de determinar la naturaleza del trabajo que debe ser prestado. Si no entendemos mal lo que la CASSTM dice -y para no incurrir en error hemos confrontado distintas versiones lingüísticas del fragmento en cuestión-, una persona es reputada verdadero empresario laboral cuando decide simplemente los términos generales del servicio a prestar o del bien a elaborar, sin necesidad, por tanto, de que su poder de especificación de la prestación laboral llegue al extremo de *definir en los más mínimos detalles el tipo de trabajo que ha de realizarse y las correspondientes modalidades para llevarlo a cabo*. Desde la óptica laboralista española las cosas suceden bien al contrario. En nuestra jurisprudencia y doctrina, es empleador quien precisamente define los detalles del trabajo y las modalidades de ejecución del mismo, mientras que es cliente – usuario quien se limita a ordenar al primero los términos generales del servicio o del bien que demanda. Sea ello como fuere, aunque la “Guía” es un documento importante, sobre todo porque se dirige a las empresas y a los trabajadores y, en general, a personas que no necesariamente son expertas en derecho laboral, hay que relativizar, sobre todo en este punto en el que apreciamos cierta inexactitud -al menos desde la perspectiva nacional española- su proyección jurídica. Lo cierto es que aunque en este asunto la Guía afirma que se construye sobre “una interpretación detallada de las normas así como de la jurisprudencia comunitaria y de la práctica cotidiana”, nada en la jurisprudencia comunitaria autoriza los extremos a los que llega la Guía. Y si ni siquiera las Decisiones de la CASSTM son vinculantes para los tribunales de justicia, menos lo son, obvio es decirlo, documentos como esta “Guía”.

Nuestro punto de vista acerca de este crucial tema del “vínculo orgánico” se expresa en dos consideraciones básicas. La primera tiene que ver con los aspectos sustantivos o de fondo de lo que constituya dicho vínculo. La segunda guarda relación con un aspecto formal, en apariencia trivial, pero de gran trascendencia jurídica y práctica. Antes, sin embargo, de entrar en el detalle de ambas cuestiones, conviene dejar claro que, en

nuestra opinión, el sentido de exigir un “vínculo orgánico” para mantener la ley de seguridad social del Estado de envío radica fundamentalmente en la tutela de los derechos e intereses de los trabajadores y, más en particular, en la evitación del tráfico internacional de mano de obra. Esto es así, sobre todo, porque, como ahora mismo veremos, la ley de seguridad social que resulte aplicable al trabajador despliega sus efectos más allá del estricto plano de seguridad social.

Como hemos sostenido en otro lugar, “la situación de seguridad social del trabajador desplazado en el marco de una prestación transnacional de servicios tiene una importancia capital en el conjunto de problemas jurídicos que suscita el desplazamiento”⁷⁷⁹. En esencia, la vinculación del trabajador desplazado a la seguridad social del Estado de envío proyecta sus efectos no sólo en el estricto plano de seguridad social (cotización, prestaciones, etc.), sino también en el plano puramente laboral, e incluso en el inmigratorio. Ello es así, en buena medida, porque la norma internacional de seguridad social sobre desplazamientos comparte con la norma internacional laboral el elemento medular de sus respectivos supuestos de hecho: justamente el mantenimiento del vínculo orgánico durante el desplazamiento es el requisito clave tanto del artículo 14.1 del Reglamento 1408/71 (o 12.1 del 883/2004), cuanto del artículo 1.3 de la Directiva 96/71. ¿En qué radica, entonces, la preponderancia de la determinación que se tome en cuanto a la ley de seguridad social aplicable? La reciente Sentencia del TJCE en el caso *Herbosch Kiere*⁷⁸⁰ nos sirve para ilustrar este asunto a la perfección.

El supuesto de hecho del caso *Kiere* es sencillo y refleja una situación frecuente. Un contratista belga (*Kiere*), encargado de realizar trabajos de construcción en una obra situada en Bélgica, subcontrata ciertos trabajos con una empresa irlandesa (*ICDS*). Para dar cumplimiento a la subcontrata, ICDS envía a Bélgica una serie de trabajadores. En su desplazamiento temporal, dichos trabajadores disponen del correspondiente certificado de desplazamiento válido, expedido en aplicación del artículo 11 del Reglamento 574/72, por la autoridad irlandesa competente (el llamado certificado E-101), que acredita que siguen vinculados a la seguridad social irlandesa, a la que se abonan las cotizaciones establecidas por la ley de ese país. Durante el curso de los trabajos, la Inspección de Trabajo belga inicia expediente sancionador contra *Kiere*, por

⁷⁷⁹ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA y A. MADAMÉ MARTÍN, “Mercado interior de servicios...”, cit.

⁷⁸⁰ STJCE de 26 enero 2006, C-2/05.

considerarlo el auténtico empleador de los trabajadores desplazados. Como conclusión del expediente, la autoridad belga competente exige a Kiere el pago de las cotizaciones debidas con arreglo al sistema de seguridad social belga. Sometido el conflicto a la jurisdicción nacional belga, ésta plantea la cuestión prejudicial que da lugar al pronunciamiento del TJCE.

En su argumentación, el TJCE sostiene, en lo fundamental, que el certificado E-101 instaure una *“presunción de la conformidad a Derecho de la afiliación de los trabajadores desplazados al régimen de seguridad social del Estado miembro en el que está establecida la empresa ... que ha desplazado a esos trabajadores”*⁷⁸¹. La consecuencia inmediata es que la autoridad competente del Estado de destino queda vinculada por esa presunción, y para destruirla no puede operar con mecanismos o procedimientos puramente internos, sino sólo a través de la vía de la cooperación internacional o de una resolución del propio TJCE. En suma, salvo que el Estado de destino convenza al de origen de que los presupuestos fácticos sobre los que el certificado se ha emitido son falsos, o salvo una difícil y tardía resolución del TJCE (vía poco práctica, en definitiva), el Estado de empleo ha de asumir la validez del certificado E-101 y, lo que es más importante, *“no está habilitado para comprobar [su] validez... en lo que se refiere a la certificación de los elementos sobre cuya base se ha expedido dicho certificado, en particular la existencia de un vínculo orgánico entre la empresa que desplaza a un trabajador y el trabajador desplazado”*⁷⁸². Corolario de todo ello es, aunque naturalmente el TJCE no lo diga, que si el Estado de destino no puede cuestionar el vínculo orgánico del trabajador provisto de un válido E-101, el impacto de éste va más allá de los aspectos de seguridad social, para proyectarse en los laborales y, en particular, en la prohibición de cesión de trabajadores o en la búsqueda del empleador real, que es un principio constante de todos los ordenamientos laborales nacionales europeos. La determinación inicial de la ley de seguridad social aplicable acaba produciendo efectos prácticos, en definitiva, en las posibilidades reales con que cuentan las inspecciones laborales nacionales para combatir el prestamismo laboral internacional.

Volviendo a las dos consideraciones básicas que anunciábamos unos párrafos más arriba, en la definición del vínculo orgánico, la clave es la ubicación del poder de

⁷⁸¹ Parág. 24.

⁷⁸² Parág. 32 (el destacado es nuestro).

organizar y dirigir la prestación de trabajo de los empleados desplazados. En este sentido, no puede darse a los criterios formales (quién paga nominalmente el salario, quién contrata formalmente, quién abona la cotización a la seguridad social) mayor peso que a los materiales (quién da las órdenes sobre la prestación de trabajo, quién organiza tiempos, turnos, horarios, quién sanciona los incumplimientos, quién proporciona los medios e instrumentos de trabajo, etc.). Las dificultades de gestionar y administrar una compleja normativa y una más compleja realidad productiva, con un tejido empresarial cada día más interconectado en los procesos productivos, propician las soluciones “fáciles” asentadas en criterios formales, útiles por su gran “visibilidad”. Un aspecto formal, en apariencia trivial, de oscura regulación en el Reglamento de aplicación 574/72, como es el certificado E-101, se acaba convirtiendo así en la clave del arco de los desplazamientos temporales. Se dirá que en su emisión se cuenta con la garantía de las instituciones públicas del Estado de envío. Sin embargo, el interés real de estas instituciones por llevar a cabo un control material de la situación dista de ser un incentivo suficiente: ¿qué interés puede tener el Estado de origen en no emitir el E-101 y en “perder” afiliados y cotizantes? Por otra parte, las posibilidades reales de ejercer un auténtico control material por parte de los inspectores laborales del Estado de origen son mínimas, dado que la prestación de servicios tiene lugar justamente fuera de sus fronteras. No extraña, por todo ello, que se ponga el acento en aspectos puramente formales, que gran parte de las situaciones de desplazamiento escapen hoy al control de las autoridades laborales y que, en definitiva, hoy campe en este tema una cierta impresión de que las exigencias legales son simplemente de orden burocrático.

Pero además de la permanencia del vínculo orgánico durante todo el período de desplazamiento, el segundo requisito objetivo del supuesto de hecho del artículo 14.1.a) del Reglamento 1408/71 es *“que [su] duración previsible... no exceda de doce meses”*. Es cierto que a continuación, en el párrafo ii), el propio artículo permite una prórroga de hasta otros doce meses, bajo determinadas condiciones. Pero la idea de fondo, la idea importante es que la temporalidad, o mejor dicho, la “duración breve” es esencial al desplazamiento transnacional que permite seguir aplicando la ley de seguridad social del Estado de envío. La brevedad resulta, por supuesto, un concepto relativo. En este sentido, una duración total de dos años sólo puede adjetivarse de “breve” si puesta en relación con una magnitud sensiblemente mayor, como es seguramente la magnitud de referencia constituida por la carrera laboral o de seguro de una persona a lo largo de su

vida. En este sentido, veremos que en el plano extracomunitario, las duraciones permitidas para los desplazamientos temporales generalmente exceden con mucho los dos años: por ejemplo, un período de cinco años es temporal sólo en comparación con esa mencionada magnitud de referencia.

En el ámbito de la seguridad social, los desplazamientos se definen, desde la perspectiva temporal, con gran exactitud. Contrasta esta tendencia normativa con lo que acaece en el ámbito estrictamente laboral. Ni el Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, ni la Directiva comunitaria de 1996 sobre desplazamientos de trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, delimitan con exactitud la temporalidad de los desplazamientos laborales transnacionales a que respectivamente hacen alusión. Esta falta de sintonía entre, por una parte, la dimensión estrictamente laboral y, por otra, la dimensión de seguridad social puede resultar, en ocasiones, perturbadora y plantear en la práctica problemas difícilmente solubles⁷⁸³. Repárese en que para el Convenio de Roma, la ley aplicable al contrato de trabajo es, como regla general, la del lugar habitual de prestación de servicios por parte del trabajador, regla que no cede “aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país”⁷⁸⁴. La indefinición en que se mueve esta excepción a la regla, en especial desde la perspectiva de la duración del desplazamiento, es manifiesta, y no resulta integrada, antes al contrario, por lo dispuesto en la Directiva 96/71, cuya noción de temporalidad, tampoco definida en términos matemáticos, parece vincularse, según hemos argumentado en otro lugar, con las nociones comunitarias fundamentales de “establecimiento” y de “servicios”⁷⁸⁵.

Aunque en la normativa de seguridad social, la fijación exacta de las duraciones máximas de los desplazamientos transmite una impresión de rigidez en el sistema, existen tres claras vías de flexibilización. La más inmediata y elemental la ofrece la propia norma de 1971: la prórroga. Regulada en el artículo 14.1.b) del Reglamento 1408/71, la prórroga del desplazamiento por un máximo de doce meses adicionales, puede ser concedida por el Estado de empleo bajo ciertas condiciones sólo en apariencia exigentes: 1ª) que la duración inicial del desplazamiento se prolongue “debido a

⁷⁸³ Al tema nos hemos referido, con A. MADAMÉ MARTÍN, en nuestro trabajo “Mercado interior de servicios...”, cit.

⁷⁸⁴ Artículo 6.2.a).

⁷⁸⁵ Véase F.J. GÓMEZ ABELLEIRA y A. MADAMÉ MARTÍN, “Mercado interior de servicios...”, cit.

circunstancias imprevisibles” con exceso sobre los doce meses, y 2ª) que se solicite la conformidad del Estado de empleo “antes de que termine el período inicial de doce meses”. El difícil control de la imprevisibilidad de las circunstancias justificativas, sumado a una sobrecarga en la gestión burocrática en numerosos Estados miembros, han debido ser razones de sobra para simplificar el sistema en el nuevo Reglamento 883/2004. Conforme a su artículo 12.1, sencillamente se permite en la norma que la duración previsible del desplazamiento pueda ser inicialmente de hasta 24 meses, refundiéndose así en un solo tramo los anteriormente existentes tramos de 12 + 12.

Por lo demás, tanto la normativa de 1971 como la de 2004 previenen que a efectos de computar la duración máxima del desplazamiento, deben sumarse los períodos de todos aquellos trabajadores desplazados que resultan sucesivamente sustituidos en el puesto. La norma de 1971 lo establecía de una manera ciertamente confusa, mediante una especie de prohibición de aplicar la ley de seguridad social del Estado de envío respecto del trabajador que fuera “enviado en sustitución de otro trabajador que haya llegado al término del período por el que ha sido destacado”, lo que en términos literales impedía la sustitución de un trabajador desplazado por un período de, por ejemplo, tres meses, si éste era el tiempo que se había previsto para su desplazamiento. Lo absurdo de esta conclusión no ha impedido que el Reglamento 883/2004 persista en poner como condición para aplicar la ley de seguridad social del Estado de empleo que la persona que es desplazada, *“no sea enviada en sustitución de otra persona”*. La interpretación literal nuevamente conduce a dificultar el desplazamiento de un trabajador que sustituye a otro desplazado por un tiempo inferior a doce meses. Naturalmente, la norma debe tender a evitar una sucesión abusiva de trabajadores en el mismo “trabajo” objeto de los desplazamientos, pero también ha de mostrar suficiente flexibilidad para encajar necesidades de sustitución que vienen impuestas por razones objetivas de índole organizativa, técnica o productiva, siempre con la cautela de que la cadena de sustituciones no sume un período de tiempo que exceda del permitido para un solo trabajador desplazado.

La segunda vía de flexibilización de la rigidez se encuentra en las excepciones generales contempladas en el artículo 17 del Reglamento de 1971 y en el 16 del 883/2004. Conforme a estos artículos, dos o más Estados miembros (o las autoridades competentes de dichos Estados) pueden acordar excepciones a la norma sobre ley de seguridad social

aplicable en caso de desplazamiento temporal. En todo caso, estos acuerdos tendrán en cuenta como criterio rector el beneficio o interés de los trabajadores afectados. Al amparo de esta habilitación, son numerosas las ocasiones en que el Estado de envío y el de empleo convienen en prorrogar la aplicación de la ley de seguridad social del primero en supuestos de desplazamientos temporales, con duraciones que en total exceden con mucho los dos años previstos como principio. Es más, la jurisprudencia comunitaria ha expandido enormemente el alcance de la habilitación, al permitir que dos o más Estados acuerden, en interés del trabajador o trabajadores afectados, lo que proceda en relación con períodos de trabajo pretéritos⁷⁸⁶. De hecho, la práctica española al respecto se viene mostrando extraordinariamente laxa⁷⁸⁷, pero parece que ello es así también en otros países. En este terreno, se ha advertido doctrinalmente la “opacidad” reinante⁷⁸⁸, pero también el amplio margen de discrecionalidad en que operan las autoridades de seguridad social de cada Estado, validándose como norma períodos de desplazamiento temporal de entre 5 (es el caso de España⁷⁸⁹) y 8 años⁷⁹⁰. La CASSTM no viene siendo ajena a la ampliación de este margen de discrecionalidad, porque ya en una Recomendación que data de 1984⁷⁹¹ anima a los Estados (o correspondientes autoridades internas competentes) a concluir acuerdos que resulten aplicables a los trabajadores que, por causa de su formación o de sus habilidades, o por causa de objetivos específicos fijados por la empresa, sean desplazados temporalmente a otro Estado miembro por períodos de más de doce meses. Según la CASSTM, estos acuerdos deberían explicitar que los trabajadores permanecen sujetos a la ley de seguridad social del Estado de envío por toda la duración del desplazamiento, con la sola condición de que los trabajadores interesados estén de acuerdo con ello. Nótese que en todo el texto de la Recomendación, la CASSTM no se cuida de establecer plazo máximo de duración total del desplazamiento.

⁷⁸⁶ Véase, p.ej., STJCE 29 junio 1995, C-454/93, *van Gestel*, parág. 29: “*nada en el texto del artículo 17 permite afirmar que la posibilidad de admitir excepciones concedidas por esta disposición a los Estados miembros sólo pueda ejercerse de cara al futuro. Por el contrario, tanto el espíritu como el sistema del artículo 17 exigen que un acuerdo celebrado con arreglo a esta disposición pueda cubrir igualmente, en interés del o de los trabajadores de que se trate, unos períodos ya transcurridos*”.

⁷⁸⁷ Puede encontrarse información en la página web de la Seguridad Social española: http://www.seg-social.es/inicio/?MIval=cw_usr_view_Folder&LANG=1&ID=32120#32315

⁷⁸⁸ A. DESDENTADO BONETE, “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64 (2006), pg. 28.

⁷⁸⁹ http://www.seg-social.es/inicio/?MIval=cw_usr_view_Folder&LANG=1&ID=32120#32315

⁷⁹⁰ Vid. A. DESDENTADO BONETE, *loc.cit.*

⁷⁹¹ Recomendación núm. 16 de 12 diciembre 1984 (85/C 273/03).

La tercera vía de flexibilización es más fáctica que jurídica y plantea numerosas dudas de legalidad. Sin embargo, parece ser una práctica relativamente frecuente. Se trata de la utilización reiterada del desplazamiento temporal respecto de un mismo trabajador y un mismo destino, con la aplicación de prudentes intervalos o interrupciones del desplazamiento. Estamos ante una cuestión apenas regulada, sobre la que la CASSTM ha establecido simplemente que *“la interrupción temporal de las actividades del trabajador en la empresa del Estado de empleo no interrumpirá el desplazamiento”*⁷⁹². Naturalmente, la sombra del “fraude de ley” se proyecta con intensidad sobre estas situaciones. Téngase en cuenta, además, que cuando un trabajador es reiteradamente desplazado a otro país cabe entender que más que ante un desplazamiento temporal, nos hallamos ante un trabajador que presta servicios con habitualidad en dos o más Estados, lo que encuentra una solución jurídica distinta en punto a la ley de seguridad social aplicable.

3.2.-. Las consecuencias jurídicas del desplazamiento temporal: ley aplicable a la afiliación, la cotización y las prestaciones

Tanto el artículo 14.1 del viejo Reglamento 1408/71, como el 12.1 del nuevo Reglamento 883/2004 se insertan en sendos Títulos rubricados, de manera idéntica, “Determinación de la Legislación Aplicable”. La finalidad de uno y otro artículo es, por tanto, determinar, en materia de seguridad social, la legislación aplicable a una situación “particular” caracterizada por el desplazamiento temporal del trabajador en los términos que analizamos en el epígrafe anterior. Esta determinación de la legislación nacional aplicable produce el efecto de que *todos* los aspectos de seguridad social que plantea la relación laboral durante el desplazamiento transnacional se sujetan, en principio, a dicha legislación. Ello tiene efectos prácticos inmediatos y trascendentales, tanto en el orden de las contribuciones o cotizaciones que el empleador y, en su caso, el trabajador deban abonar al sistema de seguridad social correspondiente, cuanto en el plano de la acción protectora del trabajador desplazado.

⁷⁹² Decisión núm. 181, de 13 diciembre 2000, apartado 3.

Naturalmente, los Reglamentos citados no se ocupan de la coordinación de las prestaciones complementarias o de los planes de pensión complementaria que derivan de acuerdos normalmente “colectivos” y que, como regla general, no encajan en la definición del término “legislación” contenida en el artículo 1 de cualquiera de los Reglamentos citados. Estas prestaciones complementarias se sitúan, en principio, en la órbita conceptual de la ley “laboral” aplicable al contrato de trabajo, cuya designación depende, como se sabe, del artículo 6 del Convenio de Roma de 1980. Conviene distinguir, sin embargo, entre los compromisos por pensiones y las mejoras de aquellas prestaciones que no se encuentran comprendidas en el concepto de “compromiso por pensión” en el sentido definido por la Disposición Adicional 1ª del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones⁷⁹³. De este modo, tratándose de un compromiso por pensión en este último sentido, su operatividad y eficacia jurídica durante el desplazamiento dependerá, en España, de que sea la ley *laboral* española la que resulte aplicable conforme a aquel Convenio. Dicho de otro modo, si el contrato, por aplicación de los criterios del artículo 6 del Convenio de Roma -por lo demás, muy flexibles y maleables- escapa de la órbita de la ley española, el compromiso por pensión pactado con arreglo a esta ley (normalmente en un acuerdo o convenio colectivo) no rige para ese contrato. Todo ello sin perjuicio de que resulte aplicable, para tutelar los intereses y derechos de los trabajadores desplazados y expatriados, la Directiva 1998/49/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, Directiva que en realidad proporciona una protección de mínimos⁷⁹⁴.

Esta solución plantea más problemas cuando se trata de los más modestos complementos de prestaciones o subsidios de corta duración, comprometidos por las empresas en convenio o acuerdo colectivo, y de los que es un ejemplo típico en nuestro país el complemento de la incapacidad temporal. Aunque en rigor si el contrato de trabajo escapa de la órbita de la ley laboral española, lo correcto es sostener que el trabajador en situación de incapacidad temporal no tiene derecho al complemento, la vinculación de esta prestación complementaria con el régimen de la ley laboral

⁷⁹³ Aprobado por RDLeg 1/2002, de 29 noviembre.

⁷⁹⁴ Se trata de un tema en el que cabe esperar algún desarrollo en el futuro próximo. Véase al respecto la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de la portabilidad de los derechos de pensión complementaria, COM(2005) 507 final.

aplicable, que no tiene por qué coincidir siempre con la ley de seguridad social aplicable, plantea disfunciones derivadas de la propia concepción del complemento, diseñado para encajar con un determinado sistema nacional de seguridad social. De todos modos, en la práctica lo más habitual es que ley de seguridad social y ley laboral coincidan: es más, es muy probable que la tendencia intuitiva de los aplicadores y administradores del derecho sea a hacer coincidir la segunda con la primera, y no al revés: la razón es la ya explicada anteriormente a propósito de la prevalencia que se viene otorgando a los elementos formales sobre los materiales a la hora de analizar la cuestión del “vínculo orgánico”.

Primariamente, la designación de una ley nacional como aplicable a la situación de seguridad social del temporalmente desplazado implica el mantenimiento de su alta (o su nueva alta para el caso de ser contratado para el desplazamiento) en la seguridad social del Estado de envío, así como la obligación de cotizar conforme a la normativa nacional correspondiente. El principio fundamental en este aspecto es la prohibición de doble cotización, sin que, por lo demás, las normas de coordinación, la de 1971 o la de 2004, dediquen gran atención a los distintos problemas que plantea su cuantía o su recaudación⁷⁹⁵. En realidad, si se mantiene el vínculo con la seguridad social del Estado de envío, no será frecuente que se susciten problemas de cotización, habida cuenta de que lo normal será que la empresa se encuentre establecida en dicho Estado y de que, por definición, será esa empresa la que abone la remuneración sobre la que se calculan habitualmente las cotizaciones. Sin embargo, dado que el desplazamiento de trabajadores por cuenta de quien los emplea se fundamenta por partida doble en dos libertades comunitarias fundamentales -la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios-, los tribunales deben prestar la debida atención a que las medidas nacionales en relación con la cotización no vulneren ninguna de esas libertades.

Esa vulneración puede producirse tanto por medidas adoptadas por el Estado de envío -normalmente contra la libre circulación de trabajadores-, como por las que aplique el Estado de empleo -normalmente contra la libre prestación de servicios-. El caso *Terhoeve* es un ejemplo de lo primero; *Guiot* y *Arblade* son ejemplos de lo segundo. En

⁷⁹⁵ Sobre estos temas, véase D. CARRASCOSA BERMEJO, *La coordinación comunitaria...*, cit., pgs. 173-186.

su Sentencia *Terhoeve*⁷⁹⁶, el TJCE enjuició una medida nacional holandesa en un caso de desplazamiento temporal de un trabajador al Reino Unido por cuenta de su empleador radicado en Holanda. Dado el peculiar sistema de tributación y de cotización vigente en los Países Bajos, el trabajador había de cotizar en el año natural en que residió durante unos meses en el Reino Unido y durante otros meses en Holanda, por un importe superior al que hubiera resultado de haber residido todo el año en uno u otro país, y sin por ello disfrutar de prestaciones sociales adicionales. Tras razonar que *“podría disuadirse al nacional de un país comunitario de abandonar el Estado miembro en el que reside para ejercer una actividad por cuenta ajena, en el sentido del Tratado, en el territorio de otro Estado miembro si se le impusiera el pago de cotizaciones sociales superiores que en el caso de que mantuviese su residencia en el mismo Estado miembro durante todo el año, sin disfrutar, no obstante, de prestaciones sociales adicionales que compensasen dicho incremento”*⁷⁹⁷, el TJCE concluye que *“un trabajador que traslade su residencia de un Estado miembro a otro para ejercer allí una actividad por cuenta ajena tiene derecho a que se le fije una cotización a la Seguridad Social idéntica a la que corresponda a un trabajador que haya mantenido su residencia en el mismo Estado miembro”*⁷⁹⁸.

Sin embargo, es probable que las mayores amenazas al desplazamiento de trabajadores vengan hoy en día por el lado de las medidas nacionales proteccionistas que cercenan la libre prestación de servicios. En el caso *Guiot*⁷⁹⁹, la medida nacional cuestionada obligaba al empresario que prestaba servicios en otro Estado distinto del de establecimiento, y que lo hacía mediante el desplazamiento temporal de trabajadores, a pagar cotizaciones patronales a un Fondo de seguridad. Aunque el TJCE razona que una medida como la enjuiciada podría tener adecuado encaje jurídico si sirve al objetivo legítimo de otorgar una protección adicional a los trabajadores, en este supuesto del sector de la construcción, no puede en cambio justificarse si ese mismo riesgo está ya asegurado mediante una figura similar vigente en el Estado de envío. Se trata, en definitiva, de una manifestación de la prohibición de doble cotización. En una sentencia posterior, caso *Arblade*⁸⁰⁰, el Tribunal reitera su doctrina, añadiendo literalmente que *“sólo podría estar justificado el pago de las cotizaciones patronales al Fondo del*

⁷⁹⁶ STJCE de 26 enero 1999, C-18/95.

⁷⁹⁷ Parág. 40.

⁷⁹⁸ Parág. 59.

⁷⁹⁹ STJCE de 28 marzo 1996, C-272/94.

⁸⁰⁰ STJCE de 23 noviembre 1999, C-369/96 y C-376/96.

Estado miembro de acogida en el caso de que garantizaran a los trabajadores una ventaja que pudiera depararles una verdadera protección adicional, de la que no gozarían en caso de no pagarse aquéllas, y ello únicamente en el caso de que estas mismas cotizaciones fueran exigidas a todo prestador de servicios que desarrollara su actividad en el territorio nacional en el sector interesado”⁸⁰¹.

En otro orden de cuestiones que plantea la cotización de los desplazados, la práctica pone de manifiesto que en ocasiones su remuneración se divide en dos partes, una que abona la empresa de origen y otra a cargo de la empresa de destino. Se trata de una práctica relativamente recurrente en grupos multinacionales, conocida en la literatura de recursos humanos como “*salary-split*” y cuya motivación es a menudo de índole fiscal, por el carácter progresivo de los impuestos sobre la renta de las personas físicas. Desde el punto de vista laboral y de seguridad social, la división del salario en dos o más partes puede resolverse vinculando la relación laboral y de seguridad social a un solo ordenamiento. En tal caso, la empresa que mantiene el alta del trabajador y cotiza habrá de calcular la cotización sobre el conjunto de retribuciones percibidas por el trabajador en los dos o más países en que el desplazado preste servicios por cuenta de aquélla⁸⁰². Sin embargo, en muchas ocasiones la división del salario será el mejor indicador de la existencia de una pluralidad de relaciones laborales, lo que podría resolverse mediante la negación del carácter de desplazado y la afirmación de que se trata de un trabajador que presta servicios por cuenta ajena simultáneamente en diversos países, lo que el Reglamento 1408/71 resuelve en su artículo 14.2.b) y el 883/2004 en su artículo 13, con una elección de ley aplicable que puede resultar distinta a la que resultaría de conceptuar la situación de desplazamiento temporal.

Además de los efectos en orden al alta y a la obligación de cotizar, la consecuencia más importante de la designación de una ley nacional como ley aplicable en materia de seguridad social atañe a la acción protectora. El trabajador desplazado o sus causahabientes tendrán derecho a obtener prestaciones de la institución competente del Estado cuya ley resulte aplicable y, además, conforme a los requisitos y condiciones de disfrute establecidos por esa ley. La regla general es el sometimiento a la legislación de

⁸⁰¹ Parág. 54.

⁸⁰² Se trata del principio de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos que se adquieren o tienen lugar en otro Estado miembro, distinto del competente (véase el artículo 5 del Reglamento 883/2004, que recoge un principio general de la coordinación comunitaria).

un único Estado miembro, aunque, como ahora comprobaremos, el hecho del desplazamiento temporal, que implica una situación de estancia en otro Estado, aconseja ciertas modulaciones respecto de algunas prestaciones en particular.

Es el caso, en primer lugar, de la asistencia sanitaria. Es obvio que se trata de una prestación estrechamente vinculada con la presencia física del trabajador en el Estado de empleo, por lo que carece de todo sentido que ante la necesidad de aquella asistencia el trabajador se vea obligado a obtenerla directamente de la institución competente del Estado de envío. Por esta razón tan clara, el Reglamento 1408/71 ha venido siendo objeto de ciertas modificaciones en los últimos años, con la finalidad de superar las restricciones originarias⁸⁰³. De este modo, su actual artículo 22.1.a) permite al trabajador desplazado por cuenta de su empleador (y a sus familiares: artículo 22.3) recibir la asistencia sanitaria de la institución del lugar de estancia, según las disposiciones de su propio sistema, como si estuviera afiliado al mismo. La condición exigida para ello es que su estado “requiera prestaciones en especie que sean necesarias desde un punto de vista médico..., teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia”. Las prestaciones sanitarias corren por cuenta de la institución competente. En similares términos se expresa el artículo 19.1 del Reglamento 883/2004.

También presentan especialidades los subsidios por enfermedad o accidente. En principio, es la institución competente del Estado de envío la que debe servir estas prestaciones pecuniarias, aplicando para ello su propia legislación. No obstante, dice el artículo 22.1 del Reglamento 1408/71, “previo acuerdo entre la institución competente y la institución del lugar de estancia..., estas prestaciones podrán ser servidas por esta última institución por cuenta de la primera, según las disposiciones de la legislación del Estado competente”. En similares términos se expresa el artículo 21.1 del Reglamento 883/2004.

En cuanto a las prestaciones de desempleo, en principio es nuevamente el Estado competente quien debe reconocerlas y abonarlas conforme a su propia normativa. Sin embargo, si al término del desplazamiento el contrato de trabajo se extingue y el trabajador decide continuar residiendo en el Estado de empleo, cabe la posibilidad de

⁸⁰³ Véase A. DESDENTADO BONETE, “Trabajadores desplazados...”, cit., pg. 31.

que sea éste el que reconozca y abone las prestaciones de desempleo conforme a su propia legislación. Para ello, el trabajador debe encajar en la descripción del artículo 71.1.b).ii) del Reglamento 1408/71, que literalmente habla de “residencia”. Aunque la situación del desplazado no es normalmente de residencia, sino de estancia temporal en el Estado de empleo, la interpretación que ofrece la Decisión de la CASSTM número 160 (1995)⁸⁰⁴ es la de que en aquel precepto pueden entenderse comprendidos los desplazados si prueban su “residencia” en el Estado de empleo: en el apartado 3 de esa Decisión se lee textualmente que *“se presumirá, salvo prueba en contrario, que los trabajadores contemplados en el apartado 1 de los artículos 14 y 14 ter residen en el territorio del Estado competente”*. Por su parte, el nuevo Reglamento 883/2004 no ha aprovechado la oportunidad de clarificar esta cuestión. Su artículo 65.2 establece que “las personas en situación de desempleo total que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y sigan residiendo en dicho Estado miembro o regresen a él se pondrán a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia”. El apartado 3 añade que estas personas “deberán registrarse como demandantes de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro en que residan, someterse al procedimiento de control organizado en éste y cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro”. Y el 5 señala que estas personas desempleadas “recibirán prestaciones con arreglo a la legislación del Estado miembro de residencia como si hubieran estado sujetas a la legislación de éste durante su último período de actividad”, y que “estas prestaciones serán otorgadas por la institución del lugar de residencia”. Puesto que el Reglamento 883/2004 sigue hablando de residencia, no de estancia, puede entenderse que sigue siendo aplicable el apartado 3 de la Decisión 160 de la CASSTM y que, por tanto, los trabajadores desplazados temporalmente no se consideran residentes en el Estado de empleo, salvo prueba en contrario. Sin embargo, la Propuesta de Reglamento de Aplicación del Reglamento 883/2004⁸⁰⁵ contiene un artículo 11 relativo a la determinación de la residencia, que propone un criterio proveniente del ámbito tributario: el centro de interés de la persona interesada. A estos efectos, se toman en consideración elementos de hecho como: a) la duración y continuidad de la estancia, b) la situación familiar (lazos familiares, lugar de escolarización de los hijos, etc.), c) el hecho de disponer de un empleo estable, d)

⁸⁰⁴ Diario Oficial n° L 049 de 28/02/1996.

⁸⁰⁵ COM(2006) 16 final (presentada por la Comisión; 31.1.2006).

Estado en que la persona esté sujeta al impuesto por el conjunto de sus ingresos, y e) la voluntad de la persona. Este último elemento resulta decisivo, siempre según la Propuesta, en el caso de que las instituciones enfrentadas por la determinación de la residencia no se pongan de acuerdo.

Finalmente, las prestaciones familiares se otorgan con normalidad por el Estado de envío, tanto si los familiares del trabajador desplazado permanecen en él, como si lo acompañan en el desplazamiento al Estado de empleo. Para esta última eventualidad - como ocurre en el caso *Maaheimo*⁸⁰⁶-, incluso cuando pueda considerarse que el trabajador y su familia “residen” en el Estado de empleo -como hemos visto que es posible probar a efectos de prestación de desempleo-, el artículo 73 del Reglamento 1408/71 establece que el “trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia sometido a la legislación de un Estado miembro tendrá derecho, para los miembros de su familia que residan en el territorio de otro Estado miembro, a las prestaciones familiares previstas por la legislación del primer Estado, como si residieren en el territorio de éste”. En términos similares se expresa el artículo 67 del Reglamento 883/2004.

3.3.- Formalidades del desplazamiento temporal de trabajadores

Desde la sola perspectiva de seguridad social, la empresa que pretende desplazar a trabajadores a otro Estado miembro, manteniendo el vínculo orgánico con ellos, debe proveerse de un certificado, llamado E-101. Este certificado debe ser emitido por la institución competente del Estado de envío. Según el artículo 11.1 del Reglamento 574/72, en él se hará constar que el trabajador por cuenta ajena sigue sometido a la legislación de dicho Estado y se indicará hasta qué fecha. Además del empresario, puede solicitar el certificado el propio trabajador desplazado por su empleador. Sin embargo, la prórroga de la duración del desplazamiento ha de ser solicitada por el empresario (artículo 11.2 del Reglamento 574/72). Por otro lado, la Propuesta de Reglamento de Aplicación del Reglamento 883/2004⁸⁰⁷ regula de modo diverso la cuestión, de un modo que resulta sin duda mucho más flexible: según su artículo 16, el

⁸⁰⁶ STJCE de 7 noviembre 2002, C-333/00.

⁸⁰⁷ COM(2006) 16 final (presentada por la Comisión; 31.1.2006).

empleador que envíe a un trabajador a otro Estado para que realice un trabajo por su cuenta “informará de ello previamente, cuando sea factible, a la institución competente del Estado miembro cuya legislación siga siendo aplicable”. El precepto añade que esta institución “informará a la institución designada del Estado miembro a donde sea enviado el trabajador”.

Aunque esta Propuesta no ha sido todavía aprobada y obviamente no resulta aplicable - como tampoco lo es el Reglamento 883/2004 justamente mientras no se apruebe su Reglamento de Aplicación-, la flexibilidad que introduce a nivel normativo venía siendo práctica corriente ya, por obra sobre todo de la doctrina administrativa de la CASSTM. Según esta doctrina, la institución competente del Estado miembro cuya legislación siga siendo aplicable *“deberá expedir una certificación relativa a la legislación aplicable (formulario E 101), aún cuando la expedición de esta certificación sea solicitada después del comienzo de la actividad ejercida en el territorio de un Estado distinto del Estado competente, por el trabajador a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 14”*⁸⁰⁸. Se ha afirmado expresamente la posibilidad de que el E-101 tenga un “efecto retroactivo”⁸⁰⁹.

Otra manifestación de la flexibilidad administrativa es la pre-concesión de formularios E-101, emitidos en serie, para las empresas que ordenan frecuentes desplazamientos de corta duración. En tales supuestos, dada la dificultad de obtener con la suficiente antelación el formulario, por la propia tramitación burocrática de los expedientes, la institución competente del Estado de envío expide a las empresas que lo soliciten los formularios E-101 “provistos de un número correlativo y en los cuales solo se cumplimentará el recuadro 5”; de este modo, la empresa cumplimentará el formulario por duplicado, entregando una copia al trabajador antes de su salida y enviando la segunda copia en el plazo de un día a la institución designada del país en el que tenga su sede la empresa⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ Decisión núm. 126, de 17 octubre 1985 (DO C 141, de 7 junio 1986).

⁸⁰⁹ Decisión núm. 181, de 13 diciembre 2000 (DO L 329, de 14 diciembre 2001).

⁸¹⁰ Decisión núm. 148, de 25 junio 1992 (DO L 22, de 30 enero 1993).

4.- LOS DESPLAZAMIENTOS EXTRACOMUNITARIOS Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Aun cuando un buen número de desplazamientos transnacionales de trabajadores por cuenta de sus empresas acaece en el marco comunitario, es importante referirse al marco normativo de aquellos desplazamientos que con origen en España tienen como destino un Estado al que, por no ser miembro de la UE, ni del Espacio Económico Europeo, ni Suiza, no se aplica, en principio, la normativa comunitaria de coordinación en materia de seguridad social, salvo que la situación enfrente colateralmente a dos países comunitarios, como ocurrió en el caso *Aldewereld*, al que nos referiremos al final. Desde el punto de vista jurídico, los desplazamientos extracomunitarios pueden ser de dos tipos: aquellos que quedan sujetos a una regla contenida en un Convenio Internacional Bilateral y aquellos otros a los que no se aplica Convenio Bilateral alguno.

Fuera del ámbito de aplicación de la norma comunitaria de coordinación, los Estados con los que España tiene en vigor Convenio Bilateral de Seguridad Social son diecinueve⁸¹¹: Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, República Dominicana, Ecuador, Estados Unidos, Filipinas, Marruecos, México, Paraguay, Perú, Rusia, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela. En todos ellos, sin excepción, se contempla el supuesto específico del desplazamiento temporal por cuenta del empleador, y en prácticamente todos ellos, además, se sigue, en lo esencial, el modelo de cláusula que propone la Recomendación 167 (1983) de la OIT, sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, en el artículo 2.1.a) de su Anexo de “Disposiciones Tipo”⁸¹².

⁸¹¹ Esta información así como otras muchas relativas a cada uno de los Convenios, incluidos sus textos íntegros, puede encontrarse en la página Web de la Seguridad Social española: www.seg-social.es

⁸¹² El texto literal es: “i) los trabajadores asalariados empleados en el territorio de una Parte Contratante por una empresa de la cual dependen normalmente, y que son destacados en el territorio de otra Parte Contratante por dicha empresa para efectuar un trabajo por cuenta de la misma, quedarán sometidos a la legislación de la primera Parte, a condición de que la duración previsible del trabajo no exceda el plazo fijado de común acuerdo entre las Partes Contratantes interesadas y que no reemplacen a otros trabajadores que han llegado al término del período de su desplazamiento;

ii) si la duración del trabajo que debe ser efectuado se prolonga en razón de circunstancias imprevisibles más allá de la duración que había sido calculada originalmente, y por ello viene a exceder el plazo fijado,

Entrando en el detalle del análisis de los Convenios, lo más habitual es que se prevea el mantenimiento de la aplicación de la ley de seguridad social de origen por un período máximo determinado, que oscila entre un solo año (Ecuador) y cinco años (Canadá, Estados Unidos), pasando por los más extendidos de dos años (Andorra, Argentina, México, Paraguay, Perú, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela) o de tres años (Brasil, Chile, Rep. Dominicana, Filipinas y Marruecos). No obstante, hay un caso (Rusia) en que este período inicial de desplazamiento no tiene duración máxima señalada, hay otro caso en que el mantenimiento de la ley de origen se contempla en un solo sentido, para los desplazamientos que tienen origen en España (máximo cinco años), pero no para los que tienen origen en la contraparte (Australia), y otro caso hay, finalmente, en que, sin perjuicio de la regla general, se da al trabajador un peculiar derecho de optar por la aplicación de la seguridad social del Estado de empleo (México). Mención singular merecen también los Convenios con Argentina, Paraguay y Uruguay, en los que el trato específico del desplazamiento temporal se reserva para ciertas categorías de trabajadores: en concreto, para quienes desempeñan “tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares”, así como también para quienes “presten servicios de carácter complementario o auxiliar de los señalados”⁸¹³; según el Acuerdo Administrativo de desarrollo del Convenio Hispano-Argentino, a estos últimos “se les exigirá que estén integrados en el mismo equipo que los profesionales a los que acompañan y que sean también trasladados por un período equiparable o similar al de éstos”⁸¹⁴.

También es habitual que en los Convenios se contemple una prórroga “regular”, bien por tiempo determinado de uno, dos o tres años (Andorra, Brasil, Chile, Rep. Dominicana, Ecuador, Estados Unidos, Marruecos, México, Perú, Túnez, Ucrania y Venezuela), bien por un período que no se determina en la norma convencional (Argentina, Australia, Canadá, Filipinas, Paraguay y Uruguay), aunque hay ejemplos de convenios que no recogen expresamente la posibilidad de prórroga “regular” (Marruecos y Rusia). Lo normal es que la prórroga regular quede sujeta en su concesión

continuará siendo aplicable la legislación de la primera Parte hasta la conclusión del trabajo, a reserva del acuerdo de la autoridad competente de la segunda Parte o del organismo designado por ella”.

⁸¹³ Artículo 7.1.A del Convenio Hispano-Argentino.

⁸¹⁴ Artículo 5.3.

al simple acuerdo entre las autoridades competentes de ambos Estados, o a la autorización del Estado de destino, sin mayores matizaciones.

Distinta de la prórroga que hemos llamado “regular” es la posibilidad, salvada en prácticamente todos los Convenios, salvo los de Filipinas y Venezuela, de que las autoridades competentes de ambos Estados puedan establecer acuerdos excepcionales, para un caso concreto o para una categoría de personas o tipo de situaciones, en que se dé un trato de seguridad social distinto al previsto en la norma. Por esta vía claramente flexibilizadora, y que no contempla causalidad específica -salvo en el caso de Rusia, en que se permite el acuerdo excepcional “a petición de los trabajadores y en su interés”-, es posible que las duraciones máximas previstas para el período inicial y el prorrogado de desplazamiento se encuentren en la práctica ampliamente sobrepasadas. Se trata de una figura similar a la que contemplan el artículo 17 del Reglamento 1408/71 y el artículo 16 del Reglamento 883/2004.

Menos claras resultan las implicaciones de seguridad social de los trabajadores desplazados a países con los que España no ha suscrito convenio bilateral en la materia. El Convenio de la OIT número 157 (1982), sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, podría ser un instrumento útil si no fuera porque tan sólo ha sido ratificado, además de por España, por dos Estados -Suecia y Filipinas-, con los que España ya cuenta con sendos instrumentos jurídicos específicos en materia de seguridad social. La ausencia de una norma que vincule a España, como hipotético Estado de envío, y al correspondiente Estado de empleo supone que la determinación de la ley aplicable se convierta en un asunto interno que se resuelve en cada Estado con arreglo a su propia legislación interna. Naturalmente, esto puede conllevar que ambos Estados se consideren competentes en materia de seguridad social, abocando a una perturbadora “doble cotización”. La solución al problema puede venir de acuerdos puntuales entre las instituciones de seguridad social de ambos países, a menudo tras arduas y complejas gestiones burocráticas por parte de la empresa y del trabajador interesados. El mayor o menor éxito de estas gestiones va a depender de múltiples factores, pero entre ellos la duración del desplazamiento suele ser decisiva: a mayor duración, más posibilidades de que la seguridad social del Estado de destino interfiera en la situación y exija contribución a su propio sistema. En este sentido, y pese a su espectacular déficit de ratificaciones, el Convenio de la OIT número 157 contiene, en su artículo 5.1.a), una

regla que bien podría ser considerada un auténtico principio general del Derecho Internacional de Seguridad Social: *“los trabajadores asalariados que ocupen habitualmente un empleo en el territorio de un Miembro quedarán sujetos a la legislación de este Miembro”*. Es evidente que el precepto utiliza el adverbio “habitualmente” con toda intención, y aunque este Convenio no contiene ninguna regla específica para la situación del desplazado temporal, también es claro que, *a sensu contrario*, quien se encuentra temporalmente desplazado por cuenta de su empleador, no debe quedar sujeto a la legislación del Estado de empleo.

Sea ello como fuere, lo cierto es que en España se hallan vigentes normas internas que intentan resolver algunos de los problemas que plantea el desplazamiento a países en los que, pese a la temporalidad de la situación, se obliga a la afiliación y cotización a la seguridad social. En este sentido, el artículo 125.2 LGSS califica de posible situación asimilada a la de alta la del trabajador *trasladado por la empresa fuera del territorio nacional*. En realidad, esta situación tan sólo se predica de quien es trasladado o desplazado (la norma no es muy precisa en el sentido del término “traslado”) sin que exista convenio de seguridad social o norma internacional de coordinación que resuelva el problema de determinar la legislación aplicable (o, en todo caso, respecto de las contingencias del Régimen General de la Seguridad Social no incluidas en la acción protectora dispensada por el país de traslado, en cuyo caso cabe hablar de una situación *parcial* de asimilación a la de alta⁸¹⁵). El sentido del artículo 125.2 LGSS es el de dispensar protección de seguridad social -exigiendo también cotización, naturalmente- al desplazado desde España por cuenta de empresa española, cuando en el país de destino no va a estar afiliado a un sistema que dispense la protección de las contingencias previstas en nuestro sistema de seguridad social. Sin embargo, el sentido del artículo 125.2 LGSS es también el de proteger al desplazado que aún encuadrado en la seguridad social de destino, no va a ver reconocidas las cotizaciones en el extranjero por parte de la seguridad social española. De ahí que el artículo 4 de la Orden del Ministerio de Trabajo de 27 de enero de 1982, que regula el alcance de la situación asimilada en cuestión, disponga que *“cuando el trabajador se traslade, acompañado de sus familiares beneficiarios, al territorio de un país en el que sea obligatoria la afiliación a su Seguridad Social y no exista el reconocimiento de las cotizaciones realizadas en el mismo a efectos de la Seguridad Social española, estando la asistencia*

⁸¹⁵ Véase artículo 3 de la Orden del Ministerio de Trabajo de 27 de enero de 1982.

sanitaria comprendida en la acción protectora de la Seguridad Social del país de traslado, tanto la empresa como el trabajador quedarán excluidos de la obligación de cotizar a la Seguridad Social española por dicha contingencia". Como se ve, tan sólo se excluye de cotización en España, en la situación asimilada a la de alta que analizamos, la parte de cuota correspondiente a asistencia sanitaria (cubierta en el país de destino durante el tiempo de desplazamiento), pero no el resto de cuota que permite generar derechos relativos al resto de situaciones protegidas por la seguridad social española.

En fin, la complejidad de los asuntos de seguridad social internacional es potencialmente infinita. Aunque, como decíamos al comenzar este epígrafe, la normativa de coordinación comunitaria no es aplicable a un supuesto de desplazamiento a un Estado tercero, lo cierto es que incluso en estos casos puede verse implicada alguna de las libertades comunitarias fundamentales, lo que confiere un título sustantivo de intervención al TJCE. Esta problemática resulta perfectamente ilustrada por el caso *Aldewereld*. En la Sentencia que el TJCE dictó en este caso⁸¹⁶, la argumentación versó acerca de si la ley alemana o la ley holandesa resultaba aplicable en materia de seguridad social a un trabajador destinado temporalmente en Tailandia. Los dos criterios de vinculación del trabajador con Europa eran su residencia (Holanda) y el país del establecimiento de contratación y envío del trabajador (Alemania). Aunque el TJCE reconoce que esta situación no se encuentra contemplada en el Reglamento 1408/71, a partir de sus principios y de sus reglas positivas en situaciones asimilables el TJCE concluye que el vínculo preponderante es el del establecimiento de contratación, que tiene un cariz más profesional, frente al vínculo de índole más personal constituido por la residencia del desplazado: *"no puede ser aplicable la legislación del Estado miembro de residencia del trabajador, dado que dicha legislación no tiene ninguna vinculación con la relación laboral, contrariamente a la legislación del Estado en el que está establecido el empresario, que, por consiguiente, es la que debe aplicarse"*⁸¹⁷.

⁸¹⁶ STJCE de 29 junio 1994, C-60/93.

⁸¹⁷ Parág. 24.

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL MAR

M^a Luisa Rodríguez Copé

Pfra. Dra de Derecho del Trabajo

y de la Seguridad Social

Universidad de Córdoba

SUMARIO

1.- PLANTEAMIENTO PRELIMINAR

2.-MARINEROS ESPAÑOLES EMBARCADOS EN BUQUES BAJO BANDERA DE CONVENIENCIA. PROBLEMAS PLANTEADOS.

2.1.-Soluciones esgrimidas desde la comunidad internacional a los problemas de Seguridad Social derivados de los pabellones de conveniencia.

2.2.- Soluciones internas.

2.2.1.- Especial referencia a los criterios jurisprudenciales.

3.- EMBARQUE DE PESCADORES ESPAÑOLES EN PESQUEROS PROPIEDAD DE SOCIEDADES MIXTAS.

3.1.- Las sociedades mixtas. Breve referencia.

3.2.-Un apunte al marco normativo nacional y a los tratados internacionales.

4.- UN APUNTE A LA DETERMINACIÓN DE LA BASE REGULADORA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN EL SUPUESTO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN BUQUES EXTRANJEROS.

1.- PLANTEAMIENTO PRELIMINAR

Antes de iniciar el análisis de la cuestión a la que dedicaremos las próximas líneas, resulta imprescindible partir de una base incuestionable, que no es otra sino la singularidad del trabajo desempeñado por la gente del mar.

Las circunstancias especiales que concurren en el trabajo de aquellos que desempeñan una actividad marítimo-pesquera (peligrosidad y penosidad de este tipo de trabajo, la existencia de ciertas condiciones laborales, tales como el salario “a la parte”, presencia de los buques como auténticos centros de trabajo, entre otras) han dificultado desde siempre la aplicación de las normas laborales y de Seguridad Social.

De todo este conjunto de singularidades, nos vamos a detener, exclusivamente, en las consecuencias en materia de protección social derivadas del lugar en dónde este colectivo presta sus servicios: el buque, ya que al tratarse de un centro de trabajo, por definición móvil, concebido para desplazarse por el territorio de Estados diversos, concretamente, por sus aguas jurisdiccionales, puede ser lugar de confluencia de diversas leyes nacionales y, en lo que ahora nos concierne, de una pluralidad de sistemas de Seguridad Social (tanto como Estados).

Dado que no es realista pensar que los distintos Estados vayan a homogeneizar sus Sistemas de Seguridad Social, vamos a dedicar este estudio a dilucidar la problemática que rodea la protección social de aquellos trabajadores del mar cuando sus relaciones laborales contengan algún elemento de extranjería. En este supuesto, bastante común, habrá que determinar que norma de Seguridad Social debe aplicarse y, por supuesto, habrá que adoptar, en todo caso, una opción monista.

Partiremos de una premisa básica: para seleccionar la legislación aplicable en los casos de concursos por existencia de un elemento de extranjería, se prefiere la del lugar de prestación de servicios. Sin embargo, la movilidad del buque en que se trabaja, dificulta la aplicación del anterior criterio y se inclina, como veremos, hacia la “Ley del Pabellón”, o ley de abanderamiento del buque, construida sobre la ficción de que éste es

parte integrante del territorio del Estado y que conduce, en principio, a la aplicación al marino de la legislación de Seguridad Social de la nacionalidad del buque en que se halla embarcado. De este modo, todo marino que trabaje en un buque de nacionalidad española queda comprendido en el campo de aplicación de la normativa española de Seguridad Social, y más concretamente, en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

En consecuencia, *a sensu contrario*, la lógica de la “Ley del Pabellón”, conduce a que, en los casos en que el marino español se embarque en un buque extranjero, se le aplicará la legislación de Seguridad Social del país extranjero de que se trate, dado, además, que la legislación de Seguridad Social está basada en el principio de territorialidad.⁸¹⁸

¿Qué ocurre, sin embargo, cuando la normativa del país extranjero en cuestión no tiene equiparación a la nuestra? ¿Es de justicia social que por la aplicación de la “Ley del Pabellón”, nuestros tribunales se vean obligados a remitir a estos singulares “emigrantes” españoles a sistemas laborales y de Seguridad Social que no admiten comparación con el español?

Trataremos a lo largo de este estudio, poner de manifiesto los conflictos que se generan de esta realidad normativa y, dada la repercusión de los mismos, intentaremos desglosar las soluciones esgrimidas desde la comunidad internacional y desde nuestro propio ámbito.

Dejemos constancia de que, aunque en un primer momento, nos pueda parecer que los supuestos de tráfico externo en el contrato de embarque pueden ser muy variados, en la práctica los casos que suscitan una problemática específica e importante desde el punto de vista de la Seguridad Social se reducen casi exclusivamente a dos: el embarque de marinos españoles en buques de bandera de conveniencia, por un lado; por otro, el embarque de pescadores españoles en pesqueros propiedad de empresas mixtas.

Veamos ambas situaciones.

⁸¹⁸ Muy significativa, al respecto la, ya casi histórica, STSJ de Galicia de 30 de septiembre de 1993 (Ar. 3990) que se pronuncia sobre el caso de un marino español contratado por una empresa mexicana para prestar servicio en un buque de esta misma nacionalidad. Al sufrir el trabajador un accidente en el citado buque estando el alta mar y, por tanto, en territorio extranjero, no tiene derecho a reclamar las prestaciones de incapacidad temporal (entonces ILT) de la Seguridad Social española.

2.-MARINEROS ESPAÑOLES EMBARCADOS EN BUQUES BAJO BANDERA DE CONVENIENCIA. PROBLEMAS PLANTEADOS.

La globalización de la economía, al liberalizar los mercados de circulación de capitales, ha provocado la multiplicación del número de armadores que registran sus buques en un país extranjero.⁸¹⁹ Por otra parte, elementos como la creciente rigidez de los reglamentos o la carga de los costes sociales para los empresarios contribuyen al desarrollo de este fenómeno. El interés del armador en esta práctica, que lo sitúa bajo la jurisdicción del Estado de pabellón, es evidente: le permite evadir las limitaciones impuestas en su país, acceder libremente a los recursos, evitar los controles, mejorar su competitividad, etc...⁸²⁰

Según se desprende de estudios realizados al respecto⁸²¹, los explotadores de estos buques están exentos de cualquier gravamen sobre los beneficios obtenidos, quedando únicamente obligados al pago de una pequeña tasa sobre el tonelaje matriculado. Disfrutan, además, de absoluta libertad para reparar y construir los buques en cualquier puerto o astillero del mundo, sin someterse a las normas nacionales protectoras de los talleres navales propios. En ellos resulta muy fácil esquivar las reglamentaciones y controles vigentes en los países desarrollados para la marina mercante, pues se permite que las flotas mercantes se rijan por estatutos puramente empresariales privados. A todo esto hay que añadir que, obviamente, los costes laborales de explotación de estos buques son sensiblemente inferiores a los vigentes en países occidentales, al ser habitual la inexistencia de cualquier régimen de Seguridad Social obligatoria.

⁸¹⁹ Los Estados en cuestión suele ser países en desarrollo que no disponen de medios (ni de voluntad) para establecer sistemas de control eficaces, y menos aún si los recursos pesqueros afectados no son suyos.

⁸²⁰ RUIZ SOROA/DÍAZ SÁNCHEZ, "Reflexiones sobre las banderas de conveniencia y el derecho marítimo y laboral español" en *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. IV (1986), pp. 94 y 95, hacen referencia a los beneficios que estas prácticas suponen para los propietarios de dichos buques.

Sin duda, para el Estado de pabellón existen también ventajas, aunque sean mínimas: ingresos fiscales y la posible creación de puestos de trabajo.

⁸²¹ De nuevo, RUIZ SOROA/DÍAZ SÁNCHEZ, "Reflexiones...cit. pp. 94 y sigs.

Este fenómeno de la matriculación intensiva de buques en países⁸²² que abren gustosos sus registros a propietarios de cualquier nacionalidad y que no ejercen ningún control sobre ellos, no sólo implica importantes ventajas económicas para los propietarios de dichos buques, como ya hemos señalado; suponen enormes inconvenientes tanto para los armadores que siguen matriculando sus buques en los países de origen- por obvias razones de competencia desleal- como para los propios pescadores afectados que, considerados emigrantes, prestan sus servicios en pésimas condiciones laborales, en general, y de seguridad e higiene y de protección social, en particular.⁸²³

2.1.-Soluciones esgrimidas desde la comunidad internacional a los problemas de Seguridad Social derivados de los pabellones de conveniencia.

Dada la repercusión de estas prácticas, desde la comunidad internacional se ha intentado atajar las consecuencias perversas que estos abanderamientos fraudulentos provocan.

Como instrumentos normativos de mayor trascendencia, habría que destacar el Convenio Internacional sobre alta mar de Ginebra de 29 de abril de 1958, en el que se manifiesta la necesidad de que exista una “relación auténtica” entre el buque y el Estado en que se pretenda el abanderamiento, de tal manera que este último ha de ejercer efectivamente su jurisdicción y su autoridad sobre los buques que enarbolan su pabellón en los aspectos administrativos, técnico y social. También, la convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, que insiste en la necesaria conexión entre el Estado y los buques allí abanderados.

⁸²² Diversos Estados son mundialmente conocidos por ofrecer amplias facilidades para ese abanderamiento. Tal es el caso de Liberia, Islas Caimán, Belice, Honduras, Panamá, Somalia, Singapur, Malta, Sierra Leona, Bahamas, Sri Lanka... Véase, al respecto, los comentarios de SEMPERE NAVARRO, “Pabellones de conveniencia y Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, 6/2002, p. 61.

⁸²³ Al respecto, CARRIL VÁZQUEZ, “Aspectos laborales y de Seguridad Social de los Pabellones de Conveniencia”, *Cuadernos de Derecho Pesquero*, 2/2003, pp. 244 y 245, en dónde se hace referencia a la admisión del despido libre o por causas muy amplias y se pone de manifiesto la ausencia de medios para controlar las condiciones de trabajo en los buques, trabajándose en unas condiciones de gran inseguridad.

En el ámbito de la OIT⁸²⁴, hay que reseñar el convenio 147 OIT, sobre normas mínimas aplicables a la Marina mercante, de 1976⁸²⁵, que regula la situación de los marinos mercantes embarcados en buques abanderados en pabellones de conveniencia, estableciendo para los Estados signatarios el deber de promulgar normas adecuadas en materia laboral y de Seguridad Social y de controlar efectivamente su cumplimiento, estableciendo procedimientos a través de los cuales, los marineros embarcados, pueden encauzar sus reclamaciones.

Igualmente el Convenio 165, sobre Seguridad Social de la gente del mar, de 1987⁸²⁶, se ocupa de resolver los conflictos de leyes y los efectos indeseables para los interesados, declarando expresamente la sujeción a la legislación de un solo miembro que, podrá ser la del pabellón del buque en que navegue o la del país en cuyo territorio resida la tripulación. De este modo, el convenio trata de garantizar a la gente del mar un tratamiento mínimo digno en cuanto a la Seguridad Social.⁸²⁷

Sin embargo, se ha podido comprobar la ineficacia de esta normativa internacional en la resolución de los problemas más acuciantes derivados del abanderamiento de buques bajo bandera de conveniencia. Y ello por varios motivos. En primer lugar, porque la exigencia del “vínculo real” entre el buque y el Estado que pretenda el abanderamiento, manifestada por el convenio de Ginebra y por la convención sobre Derecho del mar, a los que hemos hecho referencia, es tan imprecisa que la actividad tradicional de los Estados que amparan pabellones de conveniencia suele seguir siendo práctica habitual. En segundo lugar, los Convenios antes referidos -

⁸²⁴ Según se desprende del estudio de ARGIROFFO, “La OIT ante el problema de las banderas de conveniencia y de los navíos que no cumplen las normas mínimas”, en Revista Internacional del Trabajo, vol. 90. nº 5 (1974), las cuestiones relativas a los pabellones de conveniencia ha sido una preocupación constante para la OIT, que ha tratado el tema desde su orígenes.

⁸²⁵ Ratificado por España el 3 de octubre de 1989

⁸²⁶ Ratificado por España el 2 de julio de 1991. Este Convenio revisa lo ya establecido en los Convenios nº 56 y 70.

⁸²⁷ Tal y como se desprende del Preámbulo del Convenio sobre el trabajo marítimo, aprobado por la OIT el 7 de febrero de 2006, se pretende proporcionar un marco innovador e integrado para garantizar unas condiciones dignas de trabajo y seguridad social a la gente del mar, con independencia de su procedencia o del pabellón del buque en el que sirvan. En la regla 4.5 de su Título 4, referida a la Seguridad Social, se establece: “En los casos en los que la gente del mar esté sujeta a más de una legislación nacional sobre seguridad social, los Miembros interesados deberían cooperar para determinar por mutuo acuerdo cuál legislación se ha de aplicar, teniendo en cuenta factores tales como el tipo y el nivel de protección previstos por las legislaciones respectivas que sean más favorables a las gente del mar interesada, así como las preferencias de la gente del mar” (Pauta B4.5, punto 3)

C. 147 y 165 de la OIT- no han sido ratificados por los principales países implicados, por lo que no están obligados a promulgar normas protectoras en materia laboral y de Seguridad Social.⁸²⁸

Este panorama permite ratificarnos en la idea de la ineficacia práctica de esta normativa internacional⁸²⁹, bien porque precisan de una ratificación de la que huyen los Estados, bien por la imprecisión de los conceptos empleados, o por la ausencia de mecanismos para controlar el cumplimiento y, en todos los casos, por la actitud indiferente por parte de los Estados que otorgan más facilidades para el registro de buques.⁸³⁰

2.2.- Soluciones internas.

Como consecuencia de esta ineficacia de la normativa internacional, surge la preocupación de nuestro país por la situación de estos marineros embarcados en buques

⁸²⁸ El caso del Convenio 165 es especialmente lamentable porque sólo ha sido ratificado por tres países, España, Hungría y Filipinas, por lo que la alternatividad en la aplicación de la legislación protectora a la que se refiere el Convenio (aplicación de la legislación del Estado del Pabellón del buque en que navegue o la legislación del Miembro en cuyo territorio resida el marinero) estará limitada, en el caso de un marinero español, a que éste tenga su residencia habitual en España y esté embarcado en un buque húngaro o filipino; (en consecuencia, no habrá opción cuando el trabajador esté embarcado en una nave abanderada en un Estado no miembro del Convenio, por ejemplo, en un Estado de los de bandera de conveniencia). En este supuesto, y si el marinero tiene su residencia habitual en España, estará sometido a la legislación española de Seguridad Social, sin que esto signifique una absoluta asimilación con el régimen general, ya que la ley se aplicará de acuerdo con la protección garantizada en los artículos 7 y siguientes. Al respecto, IRIARTE ANGEL, *El contrato de embarque internacional*. Beramar. Madrid, 1993, pp. 173 y 174

⁸²⁹ En este sentido, SEMPERE NAVARRO, op. cit., p. 62.

⁸³⁰ Precisamente debido a esta situación de desvinculación e incumplimiento por parte de los Estados y, por evidentes razones de competitividad, en España se crearon los denominados segundos registros de buques -que no son sino, pabellones de conveniencia enmascarados- caracterizados por ofrecer similares condiciones de explotación en cuestiones laborales, fiscales y de Seguridad Social, pero con la diferencia de que estas ventajas no suponen perjuicios para los trabajadores, al ser los Estados oferentes los que asumen las diferencias de los costes. Este “registro especial de buques y empresas navieras” se crea en la Comunidad Autónoma de Canarias y se encuentra regulado por la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Como dato destacable hay que hacer hincapié en que, según la regulación, las condiciones laborales y de Seguridad Social se registrarán “por la legislación a la que libremente se sometan las partes, siempre que la misma respete la normativa emanada de la OIT o, en defecto de sometimiento expreso, por lo dispuesto en la normativa laboral y de Seguridad Social española, todo ello sin perjuicio de la aplicación de la normativa comunitaria y los convenios internacionales suscritos por España”. Sobre la cuestión, AGÍS DASILVA, “El segundo registro español de buques y su repercusión en la normativa laboral de extranjería. Notas para un estudio”, en *Tribuna Social*, 49/1995, pp. 42 y sigs.

que enarbolan banderas de conveniencia. Para entender cuál es su situación habría que hacer un somero repaso al ámbito personal de las relaciones de Seguridad Social.

De la lectura del artículo 7.1 TRLGSS deducimos que el legislador exige dos requisitos para la inclusión en su ámbito de aplicación; más concretamente somete a los beneficiarios a una doble condición territorial: residir y ejercer normalmente su actividad en el territorio nacional. No obstante, la regla general, no podemos obviar una importante excepción en este mismo texto legal (artículo 125.2 TRLGSS), pues, entre otros supuestos, aquellos trabajadores que sean trasladados por sus empresas fuera del territorio nacional, podrán ser asimilados a la situación de alta para determinadas contingencias. Se parte, por tanto, de una premisa: la empresa contratante debe ser española. En consecuencia, si el trabajador es contratado por una empresa extranjera - que es lo que ocurre cuando los marinos son embarcados en buques bajo bandera de conveniencia- no quedaría asimilado al alta en la Seguridad Social española.

A través de la vía diplomática y, en concreto, a través de los convenios bilaterales, se intenta atenuar el problema. España constituye un caso excepcional por la gran cantidad de Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos con terceros países.⁸³¹

En ellos, con unas u otras palabras, se afirma que el trabajador asalariado que ejerza su actividad a bordo de un buque que enarbole bandera de una Parte Contratante estará sometido a la legislación de esa Parte. No obstante, cuando el trabajador sea remunerado por esa actividad por una empresa o una persona que tenga su domicilio en el territorio de la otra Parte, estará sometido a la legislación de esta última Parte si reside en su territorio. La empresa o persona que pague la retribución será considerada como empresario para la aplicación de dicha legislación. Sin embargo, estas vías de solución al problema se muestran también poco eficaces.

Soluciones más eficientes las encontramos en el recurso a la suscripción de un Convenio Especial o a la contratación de pólizas de seguro privado complementario. Suele ser bastante habitual la suscripción, por parte de las consignatarias españolas de navieras que enarbolan pabellones de conveniencia, de la correspondiente póliza con

⁸³¹ Véase el listado de convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España en: http://www.seg-social.es/inicio/?MIval=cw_usr_view_Folder&LANG=1&ID=33555

una compañía de seguros para cubrir los riesgos de muerte o incapacidad por accidente de trabajo.

Además, la normativa española ofrece la posibilidad de firmar un Convenio Especial⁸³² que permite declarar a estos trabajadores españoles dedicados a actividades marítimo-pesqueras a bordo de buques con los que no existe Convenio de reciprocidad en materia de Seguridad Social, en “situación asimilada al alta”. Aunque, en principio es el marinero el que, con cargo a su capital suscribe el Convenio con el Instituto Social de la Marina, en la práctica, suele ser bastante usual que las agencias de embarque realicen la tramitación y paguen las cotizaciones o, al menos, las reembolsen al trabajador. No obstante, el sistema del Convenio deja bastante que desear⁸³³ ya que sólo puede tener por objeto la cobertura de las prestaciones correspondientes a invalidez permanente, muerte y supervivencia derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, jubilación y servicios sociales; de tal forma, quedan excluidas prestaciones como la incapacidad parcial, el accidente de trabajo y las prestaciones por desempleo.

Por otro lado, los criterios esgrimidos por los tribunales laborales corrigiendo la aplicación de la ley del pabellón en defensa de la aplicación de la legislación laboral y de Seguridad Social española a los marineros españoles embarcados en buques con pabellones de conveniencia han jugado un papel decisivo. Y lo han hecho, por una parte, defendiendo su competencia para conocer de este tipo de asuntos, independientemente, de las normas que hayan de entrar en juego y por otra, aplicando, excepcionalmente, la legislación española al considerar como empleadora del marinero español a la agencia española de embarque o marítima. Volveremos, después, sobre este interesante punto.

⁸³² La normativa reguladora del Convenio es la OM de 13 de julio de 1971, sobre aplicación de los beneficios de la Seguridad Social a los trabajadores españoles emigrantes dedicados a actividades marítimo-pesqueras por cuenta ajena. También hay que traer a colación la OM de 18 de julio de 1991, por la que se regula el convenio especial en el sistema de Seguridad Social, sólo susceptible por el marinero que ya tuviese acreditado “un periodo mínimo de cotización de mil ochocientos días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la baja en el Régimen de la Seguridad de que se trate” y el RD 996/1986, de 25 de abril, por el que se regula la suscripción del convenio especial de la Seguridad Social de emigrantes e hijos de emigrantes, aún cuando no estuviese afiliados al Sistema de Seguridad Social antes de su salida de España.

⁸³³ Sobre la cuestión, IRIARTE ANGEL, op. cit., pp. 166 y 167 que, además señala como las bases de cotización son el tope mínimo que corresponda al marinero, según su categoría.

Dediquemos, ahora, unas líneas al análisis de las posiciones mantenidas por nuestros tribunales laborales, que, en muchos casos, dan solución a los problemas planteados.

2.2.1.- Especial referencia a los criterios jurisprudenciales.

a) Competencia de los Tribunales españoles.

En lo que a esta cuestión respecta, podemos referir algunos pronunciamientos especialmente interesantes. Por ejemplo, la *STSJ de Galicia de 14 de julio de 2001*.

El Tribunal analiza el caso de un trabajador español, que en su día estuvo en alta en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar en el que no estaba de alta ni suscribió convenio especial. Fue contratado u ofertado en España por Corporación Ibérica S.A., por cuenta de su representada FTF Offshore Bahamas Corporation, con domicilio en Nassau, para prestar servicios en la Plataforma Drillmar-1, con bandera de Bahamas y situada en aguas jurisdiccionales no españolas. El trabajador sufrió un accidente de trabajo y fue repatriado a España, e intervenido quirúrgicamente. Reclamó el subsidio de IT correspondiente al período en que estuvo de baja, que le fue denegado porque su actividad no daba lugar a su inclusión en la Seguridad Social española. No obstante, determinó la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles porque la oferta de contrato de trabajo fue recibida en España.⁸³⁴

La *STSJ de Galicia de 27 de abril de 2004* también reconoce la competencia de los órganos de la jurisdicción social española para el enjuiciamiento del conflicto planteado en el que aparece un elemento de extranjería. En el caso examinado, la demandada es "ARGENOVA, S.A." empresa argentina, domiciliada en Buenos Aires,

⁸³⁴ Aunque deja claro que una cosa es la competencia para enjuiciar y otra muy diversa la aplicación de la normativa española en materia de Seguridad Social. Según argumenta el Tribunal-teniendo como base pronunciamientos anteriores (SSTS de 19 de Febrero de 1990 -Ar. 1116- y de 9 de Mayo de 1988 -Ar. 3582- nuestro sistema de Seguridad Social parte del principio básico de la territorialidad. Por interpretación, "sensu contrario", del art. 1.4 ET, quedan excluidos de su ámbito de aplicación los contratos de españoles con empresas extranjeras para cumplir sus servicios en el extranjero; lo que se traduce, según el Tribunal, en que el demandante no puede argüir infracción de normativa española alguna sobre cobertura de la contingencia de incapacidad temporal, por cuanto que las circunstancias de los servicios prestados en el extranjero, y además, por cuenta de empresa no española, no permiten el aseguramiento en nuestro sistema, que confía la protección a los convenios internacionales, o mediante la vía del Convenio Especial.

pero participada por empresa española, Pescanova SA, con domicilio y actividad en España -sociedad mixta- lo cual en consideración de la Sala, propicia la competencia de los Tribunales españoles por la vía de la existencia de domicilio real también en nuestro país.⁸³⁵

Muy relevante, al respecto, la **STS de 28 de diciembre de 2005**, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina. En ella se deja claro la competencia de la jurisdicción española para conocer de demandas formuladas por españoles frente a entidades gestoras españolas, aunque los hechos hayan acaecido en el extranjero. Del mismo modo, se determina la incompetencia para conocer de demandas contra empresas extranjeras derivadas de contratos celebrados en el extranjero y por servicios prestados fuera de España.

Aunque la sentencia no analiza el supuesto específico de un “trabajador del mar”, sí trae a colación el caso de la sentencia seleccionada por la parte recurrente para acreditar la contradicción, sobre un marinero español que presta servicios en un buque extranjero. Analicemos someramente ambos supuestos.

El supuesto a analizar por el Tribunal Supremo se refiere a un trabajador de nacionalidad española que fue contratado por una empresa extranjera (Geoservices S.A., con domicilio en Ginebra- Suiza-) para prestar servicios en el extranjero, lo que llevó a cabo en Venezuela, pactando las partes la sumisión expresa a los Tribunales suizos. Encontrándose trabajando en Venezuela, sufrió una profunda depresión, siendo trasladado a España y encontrándose hospitalizado en Madrid, se precipitó por una ventana. La caída le produjo lesiones por las que le fue reconocida una gran invalidez, pero sin derecho a prestaciones, por no encontrarse en alta ni en situación asimilada al alta y no acreditar cotizaciones al sistema de Seguridad Social español, francés (en dónde inicia su relación de trabajo) o suizo, pues solamente cotizó en Venezuela. El 30 de marzo de 2001, el actor, formuló demanda frente al Instituto Nacional de la

⁸³⁵ Para justificar la postura, el Tribunal trae a colación el Reglamento de la Comunidad Europea 44/2001 de 22.12.2000 (LCEur 2001/84) relativo a la competencia judicial, que sustituye a los Convenios de Bruselas (RCL 1991/217, 1151 y LEC 1972/178) y Lugano (RCL 1994/2918 y RCL 1995, 64 y LCEur 1988/1544) y, en todo caso, el artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985/1578, 2635), que se aplica a los supuestos que queden fuera de la cobertura del Reglamento citado; en virtud del cual se otorga competencia a los Tribunales españoles "cuando los servicios se hayan prestado en España...; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España..."

Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la empresa para la que prestaba servicios y otros, solicitando prestaciones correspondientes al grado de incapacidad permanente que tiene reconocido. El Juzgado de lo Social número 6 de Granada dictó sentencia declarando la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles para decidir la controversia así planteada, y el recurso de suplicación interpuesto por el actor fue desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en sentencia de 23 de marzo de 2004, que es la recurrida en casación para la unificación de doctrina.

Para acreditar la contradicción, el recurrente seleccionó la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, de 4 de febrero de 1992. En ella, el marido de la demandante fue contratado como marinero, para prestar servicios en un buque extranjero, pactando que la relación surgida entre las partes se regiría por la ley del pabellón del buque. Navegando en ruta hacia las Islas Malvinas, el referido marinero desapareció, sin posteriores noticias de su paradero. En la demanda se reclamaba el derecho al reconocimiento de prestaciones por el fallecimiento del trabajador, esposo de la demandante.

Se trata, en ambos casos, de trabajadores, o de sus causahabientes, que reclaman ante los Tribunales españoles prestaciones de Seguridad Social por contingencias acaecidas en el marco de relaciones laborales desarrolladas exclusivamente en el extranjero y, mientras que la sentencia recurrida negó la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer en tales supuestos, la referente llegó a la conclusión contraria y declaró la competencia que el Juzgado de lo Social había rechazado.

El Alto Tribunal, basándose en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuye al conocimiento de los Juzgados y Tribunales españoles los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la propia Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España es parte. Ahora bien, es concluyente al atribuir a los Juzgados y Tribunales españoles competencia "en materia de prestaciones de la Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia o delegación o cualquier otra representación en España", conforme al artículo 25.3 de la

Ley Orgánica del Poder Judicial, y su incompetencia para conocer de demandas contra empresa extranjeras derivadas de contratos celebrados en el extranjero y por servicios fuera de España.

b) Empresas españolas consignatarias de buques.

Por otra parte, como hemos referido antes, en algunas ocasiones los tribunales han accedido a la aplicación del Derecho español por la vía de considerar empleador del trabajador al consignatario domiciliado en nuestro país y que realiza funciones que exceden a la de la mera representación.

Un claro ejemplo lo encontramos en la sentencia dictada por la **STSJ de Cantabria de 15 de mayo de 2.000**. El supuesto analizado versa sobre un marinero que suscribió, el día 30 de mayo 1996, un contrato de embarque con la Compañía naviera Polanco Shipping, S.A. (POLSHIP, S.A.) domiciliada en la Estación Marítima de Santander, para prestar sus servicios como marinero en el buque de dicha Compañía, con bandera de la Región Autónoma de Madeira Funchal, Polanco, inscrito en el Registro Internacional de Navíos de Madeira Mar, en el que figuraba como armador POLSHIP, S.A., dedicada a la actividad de comercio marítimo. El mencionado marinero, no dado de alta en la Seguridad Social española, falleció el 30 de junio de 1996, cuando trabajaba en el buque citado.

Teniendo en cuenta este relato histórico la resolución impugnada declara las responsabilidades legales de la empresa naviera y de la entidad gestora, por incumplimiento de la dación de alta al trabajador en la Seguridad Social, argumentando que aunque el buque estuviera abanderado "por razones de estricta conveniencia" en Madeira, su propietario es una empresa española; como determina el Superior de Justicia, se trata de una relación laboral entablada en España entre trabajador y empresario españoles, a la que resulta de aplicación la legislación española.

En congruencia con esta línea, nos encontramos con pronunciamientos en sentido diverso, tal y como el mantenido por la **Sala de lo Social TSJ de Galicia, de 18 de junio de 1999**, que contempla un supuesto en el que el marido de la actora trabajaba

para la Compañía Marítima Enteli, S.A., de nacionalidad suiza, y a bordo de un buque de bandera panameña.⁸³⁶

La resolución desestima la pretensión de la viuda sobre el percibo de la prestación de viudedad y absuelve a la empresa naviera del pago directo de la misma y a la gestora de su anticipo, argumentando al efecto que "como quiera que el causante venía prestando servicios en un buque de pabellón extranjero y para una empresa también extranjera, es evidente que no podemos hablar de incumplimiento de la obligación de alta y cotización por parte de la empresa, ya que su condición de extranjera la dispensaba de dar de alta al trabajador en la Seguridad Social española".

Como pronunciamientos más recientes podemos destacar *la STSJ de Islas Canarias (sede en Las Palmas de Gran Canaria) de 14 de octubre de 2005*. En ella se trata de dilucidar la legislación de Seguridad Social aplicable al actor, trabajador español, contratado en España para prestar servicios en un buque pesquero abanderado en Marruecos. El actor considera que, encontrándose su centro de trabajo (el buque) inscrito en la Seguridad Social española, la empresa armadora, con domicilio en España, debía estar sujeta a la legislación laboral española y, por ende, debió cotizar por él (por lo que la base reguladora de la pensión de jubilación, que es la que reclama, debió ser calculada conforme a dicha normativa).

El problema estriba en que al no figurar cotizaciones por el actor a la Seguridad Social española desde 1986 hasta 1990 - periodo en que prestó servicios en los buques llamados Kenza, que eran seis barcos distintos, todos ellos con pabellón marroquí- entiende éste que hubo un incumplimiento por la empresa armadora del buque de sus obligaciones de alta y cotización, lo que debe llevar a la declaración de responsabilidad en orden a las diferencias prestacionales resultantes.

Para el Tribunal el incumplimiento alegado derivaría de que la prestación de servicios hubiera debido dar lugar a alta y cotización de la empresa en el sistema de

⁸³⁶ La sentencia en cuestión resuelve sobre el derecho a la prestación de viudedad, causada por un trabajador fallecido en accidente de trabajo acaecido cuando, sin estar dado de alta en la Seguridad Social española, trabajaba en un buque que, formalmente, detentaba pabellón extranjero.

Seguridad Social español y, en concreto en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Argumenta el Superior de Justicia de que ello no depende de si la empresa armadora tenía unas oficinas en España, compartidas con otra empresa o si se pagaba con cargo a cuentas corrientes abiertas en entidades españolas, ni siquiera del hecho de que el puerto base del buque se encuentre en España.

En sus razonamientos trae a colación el Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979 y ratificado mediante Instrumento de 5 de julio de 1982, que establece como punto de conexión a efectos de determinar la legislación de Seguridad Social aplicable, el Estado de abanderamiento del buque.⁸³⁷ Por tanto, el Tribunal concluye afirmando que, si de forma indiscutida el Estado de abanderamiento de los buques en los que el trabajador prestó servicios es el Reino de Marruecos, el encuadramiento a efectos de Seguridad Social que correspondía al recurrente durante dicho periodo era el Sistema Marroquí de Seguros Sociales.⁸³⁸

En sentido similar se pronuncia la **STSJ de Galicia de 2 de mayo de 2005**.

En la sentencia se analiza el caso de un marinero que prestó servicios por cuenta de la entidad armadora Hakin Fishing, LTD, de nacionalidad británica, a bordo del buque de su propiedad "Hakin" de bandera británica, y que reclama pensión de jubilación.

El actor hace referencia al artículo 13.2.C del Reglamento 1408/71 que, al regular las normas generales de determinación de la legislación aplicable, dispone que la persona que ejerza su actividad profesional a bordo de buque que enarbole el pabellón de un Estado miembro estará sometida a la legislación de ese Estado. En concreto, el artículo 14 ter, n° 4, dentro de las normas particulares aplicables a los trabajadores del

⁸³⁷ Salvo que, según dispone el artículo 1 del Protocolo Adicional de 8 de febrero de 1984 al citado al Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, se tratara de empresas pesqueras conjuntas hispano-marroquíes.

⁸³⁸ La cuestión ante la que nos encontramos ya fue resuelta por esta Sala en su sentencia de fecha 20 de diciembre de 2001, dictada en el Recurso de Suplicación n° 1.615/1999, procedimiento en el que se resolvía un caso idéntico al presente, si bien referido a otro trabajador y a otra empresa pesquera distinta, pero también de nacionalidad marroquí.

mar, establece que 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 persona que pague la retribución será considerada como empresario para la aplicación de dicha legislación.⁸³⁹

Para el Tribunal no se identifican en el caso los presupuestos de que parte el artículo 14 ter. 4 R. 1408/71. Y ello porque el actor prestó servicios en el extranjero para empresa inglesa -que lo era aunque los socios fueran españoles- y domiciliada en Inglaterra, percibiendo de ella así su retribución, lo que no posibilita la aplicación del artículo 14 ter. 4 R. 1408/71 como se pretende aunque como se dijo, los socios fueran españoles o el actor embarcase-desembarcase en A Coruña, factores estos que, según el Superior de Justicia no son determinantes al efecto.

Observamos, de este y de otros pronunciamientos anteriores, que la asunción de la obligación de retribución es esencial para la asignación de la condición de empleadora, pues es prueba palpable de que las funciones van más allá de la mera representación.⁸⁴⁰

Con respecto a esta cuestión, CARRIL VÁZQUEZ⁸⁴¹, trae a colación una interesante sentencia, ya histórica, dictada por el Tribunal Supremo el 9 de febrero de 1987 (Ar. 809), relativa a reclamaciones de pensiones de viudedad y orfandad contra nuestra Seguridad Social, a causa de la muerte en naufragio de marinero español contratado por consignataria española para trabajar en buque abanderado en los Emiratos Árabes Unidos. El fallo, sobre aplicación de la legislación laboral y de

⁸³⁹ El artículo 11.4 del Reglamento 883/2004/CE, sobre Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros, que sustituirá al 1408/71, se pronuncia en los mismos términos.

⁸⁴⁰ Acerca de este precepto, en el propio recurso se cita la STS de 15.1.01 (RJ. 768). Esta sentencia, en torno a la previsión del art. 14 ter 4 Reglamento CEE 1408/71, dejó dicho lo siguiente: "... Por tanto, el pago de las retribuciones las hacía la empresa Iripalde, no el señor P., a quien no cabe por ese mero hecho asignar la condición de empresario. El simple automatismo de atribuir la misma a quien paga materialmente las retribuciones no está dentro de las previsiones de la norma..."

⁸⁴¹ En su estudio, ya citado, "Aspectos laborales y de Seguridad Social de los pabellones de conveniencia", cit., pp. 250 Y 251

Seguridad Social española, se sustenta sobre la base de que “la empresa consignataria no se limitó a las habituales funciones de una casa consignataria sino que incluso llegó a contratar el personal y retribuirlo”. Sin embargo, el autor matiza, afirmando que la sentencia no es sino una excepción, pues reiterada jurisprudencia de suplicación⁸⁴² viene declarando que las “empresas españolas consignatarias de buques... intervienen en la contratación de trabajadores españoles integrantes de la dotación del buque que navega con pabellón extranjero, actuando (tan sólo) como colaboradoras o auxiliares del naviero igualmente extranjero”.

3.- EMBARQUE DE PESCADORES ESPAÑOLES EN PESQUEROS PROPIEDAD DE SOCIEDADES MIXTAS.

3.1.- Las sociedades mixtas. Breve referencia.

En el sector pesquero, la Sociedad Mixta es una figura jurídica peculiar constituida por uno o varios armadores de la Unión Europea y uno o varios socios de un país tercero, destinada a explotar los recursos pesqueros situados en las aguas pertenecientes a la soberanía o a la jurisdicción de dicho país tercero. La Sociedad Mixta es, pues, una empresa extranjera en la que participan uno o varios socios europeos.

En el ámbito nacional, y atendiendo al RD 3448/2000, de 22 de diciembre, por el que se establece la normativa básica de las ayudas estructurales en el sector pesquero, se entiende por sociedad mixta toda sociedad mercantil con uno o varios socios nacionales y del tercer país en el que esté registrado el buque.⁸⁴³

Constituyen una fórmula de utilización creciente por los armadores españoles como modo de solventar los problemas de acceso a nuevos caladeros. Como algunos afirman, sin reservas, el fin último no es sino la elusión de la legislación laboral y de

⁸⁴² Algunos ejemplos en nota 95 de su artículo “Aspectos laborales y de Seguridad Social ...”

⁸⁴³ Concepto acuñado en consonancia con la definición dada en el artículo 8 del Reglamento (CE) 2792/1999, por el que se definen las modalidades y condiciones de las intervenciones con la finalidad estructural en el sector de la pesca, modificado por el Reglamento (CE) 2369/2002 del Consejo, de 20 de diciembre de 2002.

Seguridad Social española, más rigurosa que la de esos terceros países con los que se establecen los conciertos pesqueros y bajo cuya nacionalidad aparecen formalmente adscritas las empresas mixtas.⁸⁴⁴

Desde esta perspectiva, la situación de los trabajadores españoles que prestan servicios para las Sociedades Mixtas del sector pesquero⁸⁴⁵ es bastante compleja y poco satisfactoria en lo relativo a sus relaciones laborales. Y ello porque, como ya hemos indicado, al tratarse de empresas extranjeras, no es de aplicación la legislación laboral española, sino la del país en que la Sociedad Mixta tiene su sede social. En consecuencia, la cotización a la Seguridad Social tiene lugar también en el país tercero, lo que implica que, en general, se produzca una pérdida en el nivel de protección social de estos trabajadores.⁸⁴⁶ Por otra parte, la normativa española dispone que dichos trabajadores serán dados de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar para todas las contingencias protegidas por el mismo, sin perjuicio de lo establecido en los Tratados Internacionales y de la legislación del país extranjero.⁸⁴⁷ Veamos estos aspectos reseñados.

3.2.-Un apunte al marco normativo nacional y a los tratados internacionales

Dentro de nuestro marco normativo, el RD 830/1985, de 30 de abril, sobre empresas pesqueras conjuntas, establecía que los trabajadores que trabajaban en

⁸⁴⁴ En este sentido, CORREA CARRASCO, La ordenación de las relaciones laborales en el sector marítimo-pesquero. CES. Madrid, 2000, p. 47 y sigs.

⁸⁴⁵ Según informe elaborado en el seno de la Comisión de Trabajo de Agricultura y Pesca del Consejo Económico y Social (aprobado en sesión ordinaria del día 21 de enero de 1998- Informe 1/98-) sobre las Sociedades Mixtas en el sector pesquero, y en cuanto al perfil socioprofesional de estos trabajadores, la mayor parte de ellos provienen de un ambiente social donde la pesca ha significado una opción de futuro para la población. La gran mayoría proceden de pequeños municipios de las costas gallega y andaluza y son, generalmente, cabeza de familia, base de la economía familiar. Según este estudio, son trabajadores reacios a sumir cualquier cambio en la configuración de las relaciones laborales y remisos ante proyectos que conlleven que su trabajo se desempeñe en empresa no española y bajo condiciones de Seguridad Social distintas a las que se disfrutaban en España.

⁸⁴⁶ Los puntos señalados fueron objeto de atención por parte del Consejo Económico y Social en su informe 7/1996 sobre “Análisis socioeconómico del sector pesquero.”

⁸⁴⁷ En este sentido, SÁNCHEZ TRIGUEROS, “El tiempo de trabajo de quienes prestan su actividad a bordo de buques pesqueros” Anales de Derecho. Universidad de Murcia. 22/2004, p. 246.

Empresas Pesqueras Conjuntas⁸⁴⁸ deberían estar dados de alta en el REM. Después el RD 798/1995, de 19 de mayo, por el que se definen los criterios y condiciones de las intervenciones con finalidad estructural en el sector de la pesca, de la acuicultura y de la comercialización, la transformación y la promoción de sus productos, recoge en su Disposición Adicional Octava, el trato que el anterior daba a los trabajadores españoles de las sociedades Mixtas.

Según reza en la misma. “Los españoles que trabajen o pasen a trabajar en sociedades mixtas y empresas radicadas inscritas en el Registro Oficial, lo harán, en todo caso, a efectos de la garantía de sus derechos en materia de Seguridad Social, como pertenecientes a una de las empresas españolas participante en aquéllas, debiendo, en consecuencia, figurar dados de alta en el Régimen Especial Español de la Seguridad de los Trabajadores del Mar para todas las contingencias protegidas por el mismo y cubiertos, en forma legal de las de accidentes laborales y enfermedades profesionales, todo ello sin perjuicio de lo que pueda resultar de los Tratados internacionales bilaterales o multilaterales suscritos por España y de la legislación del país extranjero conforme a la cual se hayan constituido las citadas empresas”.⁸⁴⁹

Este texto normativo fue derogado por el, ya citado, Real Decreto 3448/2000, de 22 de diciembre, por el que se establece la normativa básica de las ayudas estructurales en el sector pesquero; sin embargo la disposición referida –junto a otros artículos reseñados expresamente- continúan estando en vigor, según se dispone en la Disposición Derogatoria Única del citado Real Decreto.

Sin duda, la Disposición Adicional octava trata de garantizar los derechos de los trabajadores españoles en materia de Seguridad Social; sin embargo, la aplicación de lo dispuesto en ella se entiende, sin perjuicio de lo dispuesto en Tratados bilaterales o

⁸⁴⁸ Existentes en España desde 1976 y reguladas por el Decreto 2517/76, de 8 de octubre. En ellas se encuentra el origen de las Sociedades Mixtas, término que fue utilizado por primera vez por el Reglamento (CEE) n° 3944/1990 del Consejo de 20 de diciembre. Sobre la materia, consultar Informe 1/98, aprobado por el Pleno del CES en su sesión ordinaria del día 21 de enero de 1998, cit.,

⁸⁴⁹ Hay que dejar constancias que generalmente, las prestaciones sociales derivadas de la cotización a la Seguridad Social del tercer país sede de la Sociedad Mixta son, en general, menores que las españolas.

multilaterales suscritos por España⁸⁵⁰ y de la legislación del tercer país donde se constituya la Sociedad Mixta.

Según datos reflejados en el Informe elaborado en el seno de la Comisión de Trabajo de Agricultura y Pesca del Consejo Económico y Social sobre las Sociedades Mixtas en el sector pesquero, España participa en 22 países⁸⁵¹ con Sociedades Mixtas.

Las situaciones pueden ser diversas, según exista Tratado Bilateral y/o Convenio de Seguridad Social. De este modo, podemos distinguir cuatro supuestos:

- Países en los que existe Tratado Bilateral y Convenio de Seguridad Social.

Los trabajadores españoles que pertenezcan a una Sociedad Mixta ubicada en cualquiera de estos países, tienen reconocida su cotización en aquél en virtud del Convenio de Seguridad Social.

- Países en los que existe Tratado Bilateral pero no existe Convenio de Seguridad Social.

La cotización se realiza en el tercer país, pero al no existir Convenio de Seguridad Social, el reconocimiento de dicha cotización no está garantizado.⁸⁵²

- Países en los que no existe Tratado Bilateral pero sí existe Convenio de Seguridad Social.

Los marineros españoles pertenecientes a una Sociedad Mixta se encuentran en la misma situación que los del primer grupo.

- Países en los que no existe Tratado Bilateral ni Convenio de Seguridad Social.

⁸⁵⁰ De la lectura de algunos ejemplos (Tratado bilateral con Argentina, Uruguay, Paraguay, Chile...) destacamos el siguiente punto: "Los trabajadores nacionales de una Parte y con residencia en la misma que presten servicios en una empresa pesquera mixta constituida en la otra Parte y en un buque abanderado en esa Parte, se considerarán pertenecientes a la empresa participante del país del que son nacionales y en el que residen y, por tanto, quedarán sujetos a la Seguridad Social de esa Parte, debiendo, la citada empresa, asumir sus obligaciones como empleador".

⁸⁵¹ Los países son: Angola, Argelia, Argentina, Camerún, Chile, Gabón, Guinea Bissau, Guinea Conakry, Islas Malvinas, Madagascar, Marruecos, Mauritania, México, Mozambique, Namibia, Nigeria, Senegal, Sierra Leona, Sudáfrica, Togo, Uruguay y Venezuela

⁸⁵² Sería el caso de Angola, Gabón, Guinea B., Guinea C., Madagascar, Mauritania, Mozambique, Namibia, Senegal, Sierra Leona y Sudáfrica.

En estos supuestos se aplica la Disposición Adicional Octava del RD 798/1995, antes citada. Sería el caso de Argelia, Camerún, Islas Malvinas Y Togo.

El caso de Argentina debe ser reseñado porque constituye una excepción a la regla general. Se trata de un país en el que existe tratado Bilateral con España y además Convenio de Seguridad Social. De este modo, el mariner español, embarcado en una sociedad mixta ubicada en Argentina tendría reconocida su cotización en el citado país, en virtud del Convenio de Seguridad Social. Sin embargo existe un Protocolo según el cual los trabajadores españoles en las sociedades mixtas hispano-argentinas se acogen a la Seguridad Social española. Con este Acuerdo, España ha iniciado una línea de acción orientada a introducir en los Tratados Bilaterales la cotización única al sistema de Seguridad Social.

Conviene ahora traer a colación la **STSJ Las Palmas-Canarias de 21 de marzo de 2003** (AS 3836), que sobre las empresas mixtas argumenta: "... utilizadas por los armadores españoles como medio de solventar los problemas de acceso a los caladeros, y en muchos casos para eludir la legislación laboral española bastante más rigurosa que la de esos terceros países con los que se establecen los conciertos pesqueros y bajo cuya nacionalidad aparecen formalmente adscritas las empresas mixtas. De ahí que tanto el legislador, como la doctrina y la propia jurisprudencia vayan buscando criterios que permita impedir aquella elusión o huida del derecho más protector, y lleven a mantener la protección social de los trabajadores por la vía del mantenimiento del sistema jurídico con el que en verdad existe conexión..."⁸⁵³

4.- UN APUNTE A LA DETERMINACIÓN DE LA BASE REGULADORA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN EL SUPUESTO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN BUQUES EXTRANJEROS.

Al analizar la jurisprudencia que sobre la materia que nos ocupa existe, observamos que una de las cuestiones que más se ha planteado ante nuestros Tribunales- y por ello referimos- es la concerniente a la pensión de jubilación de estos

⁸⁵³ En esta línea se pronunciaba la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 8 de julio de 1989 (RJ 1989/5249).

marineros que han prestado sus servicios en otros países comunitarios además de España.

Los problemas que se suscitan son varios; ocupa un lugar primordial el referente a la forma de cálculo de la base reguladora, destacando las discusiones sobre si deben computarse las cotizaciones teóricas por edad y las bonificaciones ficticias por edad previstas en atención a la penosidad de la actividad marítimo pesquera.

Sobre el cálculo de la base reguladora, únicamente habría que hacer mención a una abundante jurisprudencia que viene a establecer el principio de la aplicación preferente del Convenio Bilateral en materia de Seguridad Social suscrito sobre lo dispuesto en el Reglamento 1408/1971 cuando resulta más beneficioso para el trabajador. De esta línea jurisprudencial constante y reiterada son de citar entre otras, las sentencias de 28 de mayo de 2002 -rec. 2838/01- y 21 de octubre del mismo año -rec. 276/02-, que recogen la doctrina sentada en la sentencia de 15 de marzo de 1999, dictada en Sala General, 16 de marzo de 1999, 7 de mayo de 1999, 11 de mayo 1999 y 21 de junio de 1999. Como ejemplos más recientes, STS de 16 de junio y de 28 de diciembre de 2004.

Según esta línea⁸⁵⁴, en todos aquellos casos en los que la aplicación de la norma comunitaria pueda llegar a cercenar los derechos de los trabajadores emigrantes y se constituya en obstáculo que impida la libre circulación de los mismos dentro del territorio de la Unión Europea, aquélla debe ceder ante lo dispuesto en los Convenios Bilaterales suscritos entre los Estados miembros, a fin de no acarrear disminución de las prestaciones de Seguridad Social para el trabajador español que ha trabajado y cotizado en otro país de la Comunidad Europea.

En lo que se refiere a la consideración de las bonificaciones ficticias por edad, existen pronunciamientos que determinan que las cotizaciones atribuidas para compensar la anticipación de la jubilación en atención al carácter penoso del

⁸⁵⁴ Así lo señala la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1998 (caso Grajera), cuando en sus puntos 30 y 31, con referencia a la doctrina de las sentencias de 7 de febrero de 1991 (caso Rönfeldt) y 9 de octubre de 1997 (caso Naranjo Arjona), indica que los órganos judiciales nacionales deben aplicar para evitar este efecto perjudicial la regla más favorable del convenio.

trabajo (artículo 4 de la Orden de 17 de noviembre de 1.983) son cotizaciones completamente ficticias, pues no obedecen a ninguna presunción de realidad ya que se abonan exclusivamente para el reconocimiento de la prestación y para el cálculo del porcentaje de pensión a percibir. Por ello, no pueden computarse a los efectos del porcentaje aplicable a la pensión efectiva a cargo de la Seguridad Social española. Como ejemplos, SSTs de 9 de octubre de 2001, 28 de mayo de 2002, 25 de noviembre de 2003, 18 de diciembre de 2003, 15 de mayo de 2004, 16 de junio de 2004, 22 de diciembre de 2004, 28 de diciembre de 2004 y 14 de abril de 2005.

Por el contrario, y en lo que respecta a las cotizaciones teóricas por edad, existe una reiterada jurisprudencia que manifiesta que las cotizaciones teóricas por edad no tienen la consideración de cotización ficticias sino de cotizaciones presumidas como si realmente se hubieran efectuado dada la dificultad para probar su existencia; por ello deben tenerse en cuenta como cotizadas a efectos de aplicar el principio “prorrata temporis” para causar derecho a pensión de jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, al tratarse de un trabajador del mar que ha prestado sus servicios por cuenta ajena en otros países comunitarios además de España.

Entre los pronunciamientos más recientes podemos reseñar las SSTs de 16 de febrero de 2006, de 7 de diciembre de 2005 y de 18 de julio de ese mismo año, de 14 de abril de 2005 y de 18 de diciembre de 2003, todas ellas dictadas en unificación de doctrina.⁸⁵⁵

Otra de las conclusiones a las que llegamos tras la lectura de las sentencias, que al respecto existen, es que los tribunales son contundentes al afirmar que han de tomarse en consideración las bonificaciones por el tiempo embarcado en buques extranjeros abanderados en países con los que exista Convenio de Seguridad Social⁸⁵⁶ o, en otros países, siempre que, en este último caso, tengan los interesados suscrito Convenio Especial con el Instituto Social de la Marina. Las dos sentencias más significativas, dictada para la unificación de doctrina, son la STS de 3 de diciembre de

⁸⁵⁵ En todas ellas el Tribunal Supremo, con cita de una muy abundante doctrina previa, se pronuncian en el sentido antedicho.

⁸⁵⁶ En la STS de 31 de marzo de 2004, al resolver el supuesto planteado, se trae a colación un caso en el que no se computaron, a efectos de aplicación de los coeficientes reductores de edad de jubilación, los periodos de embarque en buque noruego porque no existía Convenio bilateral sobre la materia entre España y Noruega.

2002⁸⁵⁷ (que reproduce doctrina anterior para buques de nacionalidad holandesa), y de 13 de junio de 2003, ambas sobre el cálculo de la edad mínima de jubilación, con consideración de las bonificaciones por tiempo embarcado en buques de nacionalidad española y alemana.

⁸⁵⁷ Al respecto, es interesante el comentario que hace VICENTE PALACIO, El régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. Aranzadi. Navarra, 2004, p. 152, nota 173.

LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL

MERCEDES ZARZALEJO CARBAJO

*Profesora Ayudante
del Departamento de Derecho del Trabajo,
de la Seguridad Social y Economía Aplicada
Universidad de Córdoba*

SUMARIO.- 1. INTRODUCCIÓN.-
2. LA NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE COMPETENCIA
JUDICIAL.-
3. LOS FOROS COMPETENCIALES EN LAS DISPOSICIONES
INTERNAS: ESPECIAL REFERENCIA AL ART. 25 DE LA LOPJ.-
4. CONCLUSIONES.-

6. INTRODUCCIÓN.

La determinación del órgano judicial competente para el conocimiento de las controversias que se puedan plantear en materia de Seguridad Social cuando en la relación jurídica entre las partes incide un elemento de extranjería se configura como una cuestión jurisdiccional que debe plantearse con carácter previo a la de la legislación social aplicable, habida cuenta de que el Juez o Tribunal de turno al que se le encomienda (mediante la oportuna demanda) el conocimiento y/o reconocimiento de una determinada prestación o derecho de Seguridad Social deberá, en primer término, declararse competente o incompetente para dicha función y una vez que determina su competencia es cuando entrará en el fondo del asunto concretando la ley por la cual se va a regir la litis planteada, puesto que es sabido que la competencia judicial y el derecho aplicable constituyen materias distintas siendo las normas reguladoras, en caso de conflicto, igualmente diferentes⁸⁵⁸.

7. LA NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL.

En el ámbito internacional, encontramos una serie de normas dirigidas al establecimiento de determinados criterios o foros de competencia aplicables en caso de conflicto de jurisdicciones. Tales instrumentos no son otros que el Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968⁸⁵⁹, actualmente sustituido por el Reglamento Comunitario 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000⁸⁶⁰, el Convenio de

⁸⁵⁸ Como bien señala el TSJ de Canarias (Las Palmas) en su Sentencia de 4 de febrero de 1992 (Ar. 737) “es preciso separar las cuestiones relativas a la competencia jurisdiccional del órgano judicial español, de las que afectan al derecho aplicable a dichas relaciones”.

⁸⁵⁹ Publicado en el DOCE serie C núm. 189, de 28 de julio de 1990 (versión consolidada) y en el BOE de 28 de enero de 1991.

⁸⁶⁰ Relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, publicado en el DOCE serie L núm. 12, de 16 de enero de 2001 y en vigor desde el 1 de marzo de 2002.

Lugano, de 16 de septiembre de 1988⁸⁶¹ y algunos Convenios bilaterales que España tienen suscritos con otros países en materia de competencia judicial⁸⁶².

Todos ellos resultan aplicables a las materias civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional y con exclusión de las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas (art. 1 de cada una de las citadas disposiciones). Al respecto, la jurisprudencia comunitaria⁸⁶³ ha ido perfilando a lo largo de su trayectoria los conceptos señalados ofreciendo una calificación autónoma de los mismos sobre la base de los objetivos inspiradores de tales instrumentos y tomando en consideración los principios generales que se desprenden, no del Derecho propio de cada uno de los Estados miembros, sino del conjunto de los ordenamientos nacionales⁸⁶⁴.

Sin embargo, por lo que a nosotros interesa, cabe destacar que tanto el párrafo segundo del art. 1 del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, como su sucesor, el Reglamento Comunitario 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, excluyen de manera taxativa la materia de Seguridad Social de su ámbito de aplicación⁸⁶⁵, al igual que hace el paralelo Convenio de Lugano y los Tratados bilaterales celebrados con Rumanía (art. 2.d) y con El Salvador (art. 1.2.d). Las razones que justificaron, en su momento⁸⁶⁶, la exclusión de las cuestiones relativas a la Seguridad Social de dichas normas de determinación de la competencia judicial incidieron en la naturaleza del Derecho de la Seguridad Social como un Derecho público, en muchos países, o cuando menos, como un Derecho mixto en el que muchas

⁸⁶¹ Adoptado en la Conferencia Diplomática convocada para los días 12 y 17 de septiembre de 1988 en la que participaron los doce miembros de la CEE y los seis de la EFTA (BOE de 20 de octubre de 1994).

⁸⁶² Actualmente, se encuentran vigentes el Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000 (BOE núm. 256, de 25 de octubre de 2001) y el Convenio entre España y Rumania sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho «ad referendum» en Bucarest el 17 de noviembre de 1997 (BOE núm. 134, de 5 de junio de 1999).

⁸⁶³ Por todas, las Sentencias del TJCE de 15 de octubre de 1976, as. 29/1976, LTU Lufttransportunternehmen GMBH & CO KG c. Eurocontrol y de 16 de septiembre de 1980, as. 814/1979, Estado Neerlandes (Ministerie Van Verkeer En Waterstaat) c. Reinhold Rüeffler.

⁸⁶⁴ Destacan este aspecto, CALVO CARAVACA, A. L., “Artículo 1” en la obra colectiva *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1995, p. 43-47; e IRIARTE ÁNGEL, J. L., “El Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y la competencia judicial internacional respecto de los litigios derivados del contrato individual de trabajo”, *RL*, 9/1996, p. 1317.

⁸⁶⁵ Destaca y reconoce la exclusión de la Seguridad Social del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 la STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2004 (Ar. 2347).

⁸⁶⁶ Las continuas exclusiones que se hacen de la Seguridad Social por los instrumentos normativos internacionales en materia de competencia judicial responden a una tradición legislativa que se inició con la redacción del citado Convenio de Bruselas de 1968. En este sentido, DESANTES REAL, M., *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 133 y JUÁREZ PÉREZ, P., *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Comares, Granada, 2002, p. 39.

de sus controversias debían resolverse en el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo⁸⁶⁷. Junto a ellas, se han esgrimido otras causas justificativas de la mencionada exclusión material como la existencia de normas supranacionales reguladoras de la Seguridad Social, encargadas, en principio, de establecer los foros competenciales aplicables en caso de litigio jurisdiccional, o la escasa conflictividad en materia de jurisdicción que suele plantear la Seguridad Social⁸⁶⁸.

En cualquier caso, es clara la expulsión del ámbito aplicativo de los Convenios internacionales sobre competencia judicial de todos aquellos litigios que se susciten entre las entidades gestoras de la Seguridad Social y las partes del contrato de trabajo (trabajadores o empresarios), si bien se ha reconocido su previsión respecto a los asuntos controvertidos en los que las instituciones competentes reclaman frente a terceros la responsabilidad del daño⁸⁶⁹.

Tal exclusión provoca un vacío legal en relación a los instrumentos específicos de la cuestión que venimos analizando que hace necesario acudir a cualesquiera otras normas internacionales susceptibles de regular la problemática de la determinación del órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de los litigios que pueden suscitarse en la reclamación de derechos de Seguridad Social cuando coexisten en una misma relación laboral extraterritorial la intervención de varios Estados y, en consecuencia, la aplicación de diversos ordenamientos jurídicos. Por un lado, cabe advertir que los Convenios bilaterales de Seguridad Social que España tiene suscritos con diferentes países⁸⁷⁰ tampoco recogen ninguna disposición en materia de competencia judicial, a pesar de lo que se pudiera pensar en 1968. A lo más que se llega es a establecer disposiciones en torno a la potencial negociación entre las partes para resolver las controversias que se plantearan en la aplicación e interpretación del Convenio⁸⁷¹.

⁸⁶⁷ Así se expuso en el Informe JENARD/MÖLLER relativo al Convenio de Lugano (DOCE serie C núm. 189, de 28 de julio de 1990, p. 133 y 134.

⁸⁶⁸ Al respecto, vid. DESANTES REAL, M., *La competencia judicial...*, op. cit., p. 133 y 134 y JUÁREZ PÉREZ, P., *Orden social...*, op. cit., p. 39 y 40.

⁸⁶⁹ En este sentido, IRIARTE ÁNGEL, J. L., “El Convenio de Bruselas...”, op. cit., p. 1317 y 1318.

⁸⁷⁰ Enumerados y analizados en otra parte de este trabajo. Vid. el estudio *La Protección Social a nivel extracomunitario: los Convenios bilaterales de Seguridad Social e incidencia del Derecho Comunitario*.

⁸⁷¹ En este sentido, resulta característico el art. 31 del Convenio suscrito entre España y la República Dominicana cuyo tenor literal es el siguiente: “Artículo 31. Regulación de las controversias. 1. Las Autoridades Competentes deberán resolver mediante negociaciones las diferencias de interpretación del presente Convenio y de los Acuerdos Administrativos. 2. Si las controversias no pudieran ser resueltas mediante negociación en un plazo de seis meses a partir del comienzo de la misma, éstas deberán ser sometidas a una comisión arbitral, cuya composición y procedimiento serán fijados de común acuerdo entre las Partes. La decisión de la comisión arbitral será obligatoria y definitiva”. Así como el art. 41 del Convenio bilateral entre España y Andorra; art. 26 del Convenio entre España y Argentina; art. 40 del Convenio entre España y Chile; y el art. 36 del Convenio entre España y México, entre otros.

Ello nos obliga a centrarnos en el contenido de los Reglamentos comunitarios de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. En esta línea, debemos prestar atención al único precepto de tales disposiciones que sí dispone algo al efecto como es el art. 81 del Reglamento 883/2004, que se corresponde con el todavía vigente art. 81 del Reglamento 1408/1971⁸⁷². Del tenor literal del mismo podemos sacar algunas conclusiones, a saber: 1) la manifiesta y reiterada colaboración administrativa entre las autoridades, entidades y jurisdicciones de los Estados miembros; 2) que sobre la base del anterior principio rector de la política social comunitaria, el interesado podrá presentar su reclamación ante los órganos del país en el que se encuentre que, normalmente, será el de su residencia; y 3) que tal prerrogativa no significa que la entidad receptora de la reclamación sea la conocedora del asunto, puesto que la misma estará obligada a trasladarla al Estado miembro competente, es decir, al país “*cuya legislación (sea) aplicable*”⁸⁷³. Es evidente que esta interpretación no aclara mucho las cosas, si bien debemos retener la última precisión al respecto de la que se puede entresacar cierta presunción en favor de la competencia del Estado cuya ley es aplicable al fondo de la controversia. Sin embargo, por el momento, no podemos conformarnos con tal afirmación, habida cuenta de la escasa claridad de su manifestación.

8. LOS FOROS COMPETENCIALES EN LAS DISPOSICIONES INTERNAS: ESPECIAL REFERENCIA AL ART. 25 DE LA LOPJ.

⁸⁷² Que señala expresamente que “1.Las peticiones, declaraciones o recursos que, según la legislación de un Estado miembro, deban ser presentados dentro de un plazo determinado ante una autoridad, una institución o una jurisdicción de dicho Estado, serán admitidos siempre que sean presentados, dentro del mismo plazo, ante la autoridad, la institución o la jurisdicción correspondiente de cualquier otro Estado miembro. En tal caso, la autoridad, la institución o la jurisdicción que lo haya recibido, trasladará sin demora las peticiones, declaraciones o recursos a la autoridad, a la institución o a la jurisdicción competente del primer Estado, bien directamente, o bien a través de las autoridades competentes de los Estados miembros afectados. La fecha en que las peticiones, declaraciones o recursos, hayan sido presentados ante la autoridad, la institución o la jurisdicción del segundo Estado, será considerada como la fecha de presentación ante la autoridad, la institución o la jurisdicción competente para conocer del asunto. 2. En el caso de que una persona habilitada para ello de conformidad con la legislación de un Estado miembro haya presentado en dicho Estado una solicitud de prestaciones familiares, cuando dicho Estado miembro no sea prioritariamente competente, se considerará como fecha de presentación ante la autoridad, la institución o el órgano jurisdiccional competente la fecha en la que se haya presentado esta primera solicitud, siempre que una persona habilitada para ello con arreglo a la legislación del Estado prioritariamente competente presente una nueva solicitud en este último Estado. Esta segunda solicitud debe presentarse en un plazo máximo de un año desde la notificación de la denegación de la primera solicitud o desde la cesación del pago de las prestaciones en el primer Estado miembro”.

⁸⁷³ Así se expresa la Sentencia del TSJ de Valencia de 3 de octubre de 2000 (ED. 66317). También la Sentencia del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de marzo de 1999 (Ar. 1719).

Dada la ausencia de disposiciones internacionales reguladoras de la determinación de la competencia judicial internacional, es preceptivo acudir a nuestro propio ordenamiento jurídico con el objeto de encontrar alguna norma interna que atribuya la competencia a los órganos jurisdiccionales españoles y si así fuera, observar los criterios y condiciones que utiliza al efecto. La misma la situamos, concretamente, en la LOPJ y, dentro de ella, en su art. 25, que de forma clara establece la competencia de los Tribunales de nuestro país en virtud de un criterio personal, territorial y protector del trabajador español⁸⁷⁴.

En efecto, el citado precepto utiliza diversos foros competenciales a la hora de atribuir el conocimiento de los litigios que se suscitan en materia laboral y de Seguridad Social a los Juzgados y Tribunales españoles del orden social. En este sentido, son cinco los criterios elegidos por el legislador español para atribuir la competencia internacional a los órganos jurisdiccionales españoles del orden social. En primer lugar, se establece el foro del *locus laboris* o el lugar de la prestación de servicios, la cual debe situarse en España, lo que sería causa suficiente y legitimadora del conocimiento del asunto litigioso por parte de los Tribunales de nuestro país. Sin embargo, es evidente la inaplicabilidad de este criterio competencial cuando se trata de relaciones laborales extraterritoriales, puesto que éstas se caracterizan precisamente por la ubicación del lugar de trabajo fuera de nuestras fronteras. En segundo lugar, se incluye el criterio de atribución basado en la localización del lugar de celebración del contrato de trabajo, de tal manera que si el contrato laboral se ha concertado en España, serán los órganos jurisdiccionales nacionales los encargados de resolver la controversia planteada. No obstante, se ha hecho patente la conveniencia de restringir la utilización de este foro a aquellos supuestos en los que resulta difícil determinar el momento y el lugar de conclusión del contrato, sobre todo, cuando se trata de contratos verbales o de palabra⁸⁷⁵, o en los que el lugar de celebración del vínculo contractual no coincide con

⁸⁷⁴ Al respecto, resulta relevante la Sentencia del TS de 29 de septiembre de 1998 (ED. 25338) donde, tras anunciar la inexistencia de “Tratado, Convenio u otra norma internacional que establezca y reparta la competencia entre los órganos jurisdiccionales de los Estados soberanos”, declara que la norma a considerar es el art. 25 de la LOPJ consagrador de un triple criterio: personal (“exteriorizado en el hecho de que el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España o en el dato de que el trabajador y empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de servicios o de celebración del contrato”), territorial (“concretado en que la prestación laboral se haya cumplido en España o en que el contrato se haya celebrado en territorio español”) y “de defensa del trabajador en el caso especial del contrato de embarque”.

⁸⁷⁵ Como se sabe, en nuestra disciplina no se configura el contrato de trabajo como un contrato formal, por lo que se puede celebrar verbalmente o por escrito, salvo en los supuestos contemplados

el de la prestación de servicios y los Tribunales de éste último se declaran competentes para conocer del asunto o, en definitiva, cuando la única conexión entre la situación fáctica planteada y el ordenamiento español sea el lugar de celebración del contrato, encontrándose el resto de los elementos radicados en otro u otros territorios. En tercer lugar, se determina la competencia de los órganos judiciales españoles en base al domicilio del demandado, es decir, cuando éste tenga su residencia en territorio español o posea alguna agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España. En cuarto lugar, se consagra la nacionalidad española de los litigantes como criterio de atribución de la competencia, cualquiera que sea el lugar de celebración del contrato o el de la prestación de servicios, lo que podría plantear ciertos inconvenientes de cara al reconocimiento y ejecución de las decisiones recaídas en el fondo del asunto. Finalmente, se aprecia un último foro competencial en el caso específico del contrato de embarque, de tal modo que los Tribunales de nuestro país serán competentes en aquellos casos en los que el citado contrato haya sido precedido de oferta recibida en España por trabajador español. Tal criterio, ofrece una mayor protección al trabajador español, puesto que se verá posibilitado para hacer valer sus pretensiones laborales ante los órganos españoles y no ante los Tribunales extranjeros que pudieran resultar competentes en virtud de otros criterios atributivos como, por ejemplo, la nacionalidad del buque, pero también puede acarrear problemas en cuanto a la efectividad del fallo, ya que la empresa contratante, en principio, no tendrían ninguna conexión con nuestro territorio.

De manera especial, el citado art. 25 de la LOPJ prevé, en su apartado tercero, un foro específico en materia de protección social, concretamente, en lo relativo a la reclamación de prestaciones de Seguridad Social. Las mismas podrán ser ejercitadas ante los órganos jurisdiccionales de nuestro país cuando se interponga frente a entidades

expresamente por el artículo 8.2 del ET que, tras la reforma introducida por el Real Decreto 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE de 3 de marzo de 2001), se añade uno más (contrato de inserción) a los recogidos con anterioridad (contratos de prácticas, fijo-discontinuo, de relevo, de trabajo a domicilio, de realización de obra o servicio determinado, etc.). Asimismo, hay que tener en cuenta los denominados contratos “presuntos”, es decir, los que se presumen existentes siempre que se dé una prestación de servicios por cuenta de otro y una contraprestación remuneratoria. En estos casos de contratos verbales y presuntos, el problema no será la existencia o validez del contrato sino la localización del lugar de su celebración. Ante ello, la solución mayoritaria ha sido la aplicación analógica del art. 1.262, párrafo 2º del Código Civil, presumiendo que cuando la oferta se ha verificado en nuestro país, el lugar de celebración del contrato es España y los Tribunales competentes son los españoles. Otra cosa será resolver las dificultades que se planteen en cuanto a la efectividad del fallo. En este sentido, vid. VIGOS SORIANO, M., en la obra GONZÁLEZ CAMPOS (et al.), *Derecho Internacional Privado*, Tecnos, Oviedo, 1984, p. 330-334.

españolas o con domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España, aún cuando existan cláusulas de sumisión expresa a la jurisdicción de otros Tribunales estipuladas en el contrato de trabajo⁸⁷⁶. De lo que se desprende la afirmación general de que el conocimiento y resolución de prestaciones de Seguridad Social, reguladas por el sistema español, y reclamadas ante la entidad gestora española o ante entidades mercantiles con representación en nuestro país será atribuida a la jurisdicción laboral española⁸⁷⁷.

A pesar de la claridad y precisión de la regla anterior en cuanto al ámbito en que atribuye competencia a los Tribunales españoles, en ocasiones, se han mostrado reticencias a la hora de aplicar el art. 25.3 cuando, aún tratándose de una pretensión de Seguridad Social deducida ante una entidad española, el supuesto suscitado no presentaba ninguna vinculación con el ordenamiento jurídico nacional (a pesar de cumplirse el criterio atributivo expuesto), argumentándose la falta de competencia de nuestros Tribunales en el carácter no exclusivo del mencionado foro competencial⁸⁷⁸. Por el contrario, también se ha llegado a manifestar que la *“ausencia de datos relativos al (trabajador) en las instituciones de la Seguridad Social de nuestro país podrá ser razón determinante de la desestimación de sus pretensiones, si hay base legal para ello, pero no altera ni modifica la (...) la competencia de los Tribunales españoles, ni impide la entrada en acción del número 3 del art. 25 (de la LOPJ)”*⁸⁷⁹.

En cualquier caso, la circunstancia fundamental para determinar la competencia de los Jueces y Tribunales del orden social de nuestro país (a la luz de la norma señalada) se asienta en la nacionalidad de la entidad demandada (ente gestor de la Seguridad

⁸⁷⁶ En este sentido, vid. la Sentencia del TS de 28 de diciembre de 2005.

⁸⁷⁷ Como reconocen las Sentencias del TS de 2 de marzo de 2000 (Ar. 2591), del TSJ de Canarias (Las Palmas) de 4 de febrero de 1992 (Ar. 737), del TSJ de Galicia de 27 de abril de 1998 (Ar. 960), del TSJ de Andalucía (Málaga) de 3 de septiembre de 1998 (Ar. 3984) y de 21 de mayo de 1999 (Ar. 1762) y del TSJ de Andalucía (Sevilla), de 11 de marzo de 1999 (Ar. 1719). También la Sentencia del Juzgado de lo Social de Galicia (Vigo) de 10 de mayo de 2001 (Ar. 195333) declara la jurisdicción internacional del propio Juzgado para el conocimiento de la litis apoyándose en las siguientes circunstancias: estar en presencia de “una pretensión de Seguridad Social, frente a Entidades españolas (la Mutua aseguradora y el Instituto Nacional de la Seguridad Social), la armadora española y la sociedad mixta hispano-argentina, debidamente registrada en España”, por lo que se debe entender que tiene representación en España”.

⁸⁷⁸ A tal conclusión llega la Sentencia del TSJ de Andalucía (Málaga) de 21 de mayo de 1999 (Ar. 1762) que reconoce que “el precepto declara la competencia judicial internacional sobre la base de la nacionalidad española de la Entidad o cuando ésta tenga su domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España, siendo extranjero” pero seguidamente se hace eco de las manifestaciones del Prof. Álvarez González señalando que “el foro de la nacionalidad española de la entidad cobra especial importancia en el ámbito de la participación en los Convenios internacionales de Seguridad Social, cuya realidad y la propia extensión que hace el precepto respecto de las entidades extranjeras no permiten calificar de exclusivos a los foros de este apartado 3º. (Fundamento de Derecho Segundo).

⁸⁷⁹ Así se expresa la Sentencia del TS de 2 de marzo de 2000 (Ar. 2591).

Social o empresa), que debe ser la española, y sólo ésta. Por lo que, *a sensu contrario*, nuestros órganos jurisdiccionales desatenderán aquellas demandas que se planteen frente a entidades extranjeras aunque se ejerciten de manera concurrente contra Instituciones o empresas españolas, en virtud de un posible litisconsorcio pasivo necesario⁸⁸⁰.

Asimismo, junto a la nacionalidad española de la entidad o empresa demandada, se debe tener en cuenta la naturaleza de la prestación social o derecho reclamado⁸⁸¹. Esto es, cuando lo que se persigue en el proceso judicial instado es determinada pretensión en relación a un derecho social regulado y encuadrado en el sistema de Seguridad Social español, lo lógico es que su reconocimiento o denegación se haga a cargo del órgano español correspondiente y no de uno extranjero⁸⁸², puesto que lo contrario sería admitir la posibilidad de que Instituciones nacionales tuvieran que someterse a los pronunciamientos o mandatos que emitieran las autoridades jurisdiccionales de otros Estados.

No obstante, hay que destacar que la condición que el art. 25.3 de la LOPJ impone para determinar la competencia de los Tribunales españoles en materia de Seguridad Social se basa en la circunstancia de que debe tratarse de pretensiones dirigidas contra la Seguridad Social española o sus entidades colaboradoras, es decir, que el litigio planteado situase a tales entidades en la posición del demandado. Ello nos lleva a plantearnos la lógica cuestión de cuál sería el mecanismo de atribución competencial en el caso contrario, esto es, cuando las instituciones españolas de Seguridad Social actúan como demandante frente al trabajador, pues en tales supuestos parece que tendrían que

⁸⁸⁰ En este punto, resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2005, en donde se declara, a pesar de someterse las partes a la Jurisdicción suiza, la competencia del órgano jurisdiccional para conocer de la demanda, “en cuanto va dirigida frente al INSS, la TGSS, la Consejería de Sanidad y Consumo Autónoma de Madrid y el Fondo de Garantía Salarial, en mérito de los razonamientos anteriores (art. 25.3 LOPJ), pero sucede que en las sucesivas ampliaciones de la demanda, la acción se ha dirigido frente a las empresas Geoservices, S.A., domiciliada en Ginebra (Suiza), Geoservice International S.A., domiciliada en Panamá y Geoservice Venezuela, domiciliada en Venezuela” y respecto a las mencionadas empresas demandadas, sigue diciendo el Tribunal, “no es aplicable lo dispuesto en el art. 25.3 de la LOPJ, pues no se trata de pretensiones ejercitadas en materia de Seguridad Social, frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España” y, por tanto, “su presencia en este litigio no obedece a razones de litisconsorcio pasivo necesario, puesto que no se harán pronunciamientos contra ellas, y no tendría otra finalidad que la simple de tomar conocimiento de lo debatido en este litigio” (Fundamento de Derecho Quinto).

⁸⁸¹ Así, la STS de 28 de diciembre de 2005 otorga relevancia, para determinar su competencia para conocer del asunto, al hecho de que las prestaciones ejercitadas en la demanda estén relacionadas todas ellas con prestaciones de la Seguridad Social previstas en el sistema español.

⁸⁸² De esta manera, parecen reconocerlo las resoluciones citadas, especialmente, la del TS de 2 de marzo de 2000 (Ar. 2591).

acudir a órganos jurisdiccionales extranjeros⁸⁸³ en base, por ejemplo, al domicilio del demandado, cuando éste estuviera establecido fuera de nuestras fronteras.

Por todo lo expuesto, parece que la tendencia general versa en la coincidencia del Estado, a cuyo sistema de Seguridad Social se reclama el derecho del trabajador, con aquél cuya jurisdicción debe conocer de las controversias que se puedan suscitar en la relación de Seguridad Social subyacente, que básicamente se corresponderá con el de la afiliación del trabajador⁸⁸⁴ aunque en el momento de la solicitud o demanda no se encuentre en alta o en situación asimilada al alta⁸⁸⁵, lo que además posee su apoyo en el tantas veces citado principio de territorialidad de las normas de Seguridad Social. Dicho de otro modo, a pesar de que sabemos que competencia judicial y competencia legislativa son cosas distintas, lo cierto es que una incide en la otra debido, precisamente, a ese carácter público que ostentan las relaciones de Seguridad Social.

En suma, lo propio sería que si el asalariado que presta sus servicios en el extranjero se encuentra afiliado al correspondiente sistema de Seguridad Social de uno de los países afectados (bien el del lugar de trabajo o el nuestro), tal legislación será la encargada de regular los derechos prestacionales del sujeto y, por ende, cuando aparezcan controversias en tal relación, en la medida que una de las partes del litigio se configura como una institución de carácter estatal y público, las mismas tendrían que ser resueltas no sólo por los órganos jurisdiccionales del Estado de nacionalidad de las partes (art. 25.3 de la LOPJ) sino en atención a la legislación que rige los derechos de Seguridad Social en juego. Sin embargo, también podría ocurrir que el trabajador se encuentre afiliado en los dos países concurrentes (el de origen y el de acogida), en cuyo caso habría que tener en cuenta otros criterios como el lugar donde se produce el hecho causante, la nacionalidad de la entidad frente a la que se reclama o la naturaleza del derecho cuyo reconocimiento se pretende. Pues, en definitiva, sería paradójico que los Tribunales de otros países fueran reconociendo prestaciones sociales españolas con la carga que para los fondos nacionales ello supone.

9. CONCLUSIONES.

⁸⁸³ En este sentido, JUÁREZ PÉREZ, P., *Orden social...*, op. cit., p. 212 y 213.

⁸⁸⁴ En este sentido, vid. IRIARTE ÁNGEL, J. L., “El Convenio de Bruselas...”, op. cit., p. 1317. También la Sentencia del TSJ de Valencia de 20 de enero de 1993 (Ar. 512).

⁸⁸⁵ Al respecto, resulta característico el supuesto contemplado por la STS de 28 de diciembre de 2005, en el que se había reconocido por las Entidades españolas una gran invalidez pero sin derecho a prestaciones por no encontrarse en alta ni en situación asimilada al alta y no acreditar cotizaciones al sistema de Seguridad Social español, francés o suizo, sino solamente en Venezuela.

Como se sabe, la determinación de la legislación aplicable o, si se prefiere, la competencia legislativa es una cuestión completamente distinta de la concreción del órgano jurisdiccional competente o competencia judicial. No obstante, con carácter general y, sobre todo, en la materia que nos ocupa, una incide en la otra debido, precisamente, al carácter público que ostentan las relaciones de Seguridad Social.

En este sentido, parece que la tendencia general ha girado en torno a la coincidencia del Estado, a cuyo sistema de Seguridad Social se encuentra afiliado el trabajador, con aquél cuya jurisdicción debe conocer de las controversias o litigios que se puedan suscitar en la relación socio-laboral subyacente, además de reconocerse otros criterios como el lugar del hecho causante, la nacionalidad del ente o entidad demandada o la naturaleza del derecho o prestación que se pretende. Al respecto, la escasa Jurisprudencia que hay en la materia ha señalado algunas pautas fundamentales:

1. Que el conocimiento y resolución de prestaciones de Seguridad Social, reguladas por el sistema español, y reclamadas ante la entidad gestora española será atribuida a la jurisdicción laboral española⁸⁸⁶.
2. Que se debe acordar la inaplicación del art. 25.3 de la LOPJ cuando el supuesto fáctico no presenta ninguna vinculación adicional con el ordenamiento nacional⁸⁸⁷.
3. Y que la ausencia de datos del trabajador en las Instituciones españolas de la Seguridad Social puede ser razón determinante para la desestimación de la pretensión, pero no altera la competencia de los Tribunales españoles ni impide la aplicación del art. 25.3 de la LOPJ⁸⁸⁸.

Se podría afirmar, por tanto, que la circunstancia fundamental para determinar la competencia de los Jueces y Tribunales del orden social de nuestro país se asienta en la nacionalidad de la entidad demandada y en la naturaleza de la prestación social o derecho reclamado. De tal modo, que las prestaciones sociales nacionales o internas serían otorgadas o reconocidas por las Instituciones de ámbito nacional y solamente por éstas.

⁸⁸⁶ En este sentido, STS de 28 de diciembre de 2005; STS de 2 de marzo de 2000; STSJ Canarias (Las Palmas) de 4 de febrero de 1992; STSJ Galicia de 27 de abril de 1998; SSTSJ Andalucía (Málaga) de 3 de septiembre de 1998 y de 21 de mayo de 1999 y STSJ Andalucía (Sevilla) de 11 de marzo de 1999.

⁸⁸⁷ Al respecto, vid. la STSJ Andalucía (Málaga) de 21 de mayo de 1999.

⁸⁸⁸ Tal y como afirma la STS de 2 de marzo de 2000.

En definitiva, podemos destacar de forma positiva el esfuerzo desempeñado por los órganos nacionales e internacionales en la tarea de armonización y coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social. Sin embargo, también debemos ser conscientes del largo camino que queda aún por recorrer dirigido hacia la culminación efectiva de tales procesos. De este modo, a pesar de la pluralidad de normas jurídicas que coexisten en esta materia y que tratan de ordenar y sistematizar de forma coherente los distintos supuestos fácticos que se plantean, se advierten, en cuanto a su resolución, notables lagunas jurídicas susceptibles de ser solventadas por los operadores legislativos nacionales e incluso supraestatales. Como quiera que la movilidad transnacional constituye un fenómeno en alza y en aras a garantizar una tutela eficaz de los trabajadores españoles que abandonan nuestras fronteras en el ejercicio de su carrera profesional, sería necesario que se establecieran los mecanismos sustantivos y procesales pertinentes para evitar la desprotección de tales trabajadores.