

TRABAJADORES COMUNITARIOS Y SEGURIDAD SOCIAL (ed. Altabán, Albacete, 2005

JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA, T.U. Castilla La Mancha.

INTRODUCCIÓN

La libre circulación de trabajadores es uno de los objetivos básicos en la construcción comunitaria y uno de los más complejos y de más difícil consecución en el ámbito europeo. No en vano, éste derecho se ha ido imponiendo de forma progresiva desde el origen de la Comunidad para que los diversos Estados fueran armonizando sus legislaciones y asumiendo las consecuencias del mismo.

El reconocimiento del derecho a **la libre circulación requiere que los Estados garanticen la absoluta equiparación de los trabajadores provenientes de otros Estados, denominados trabajadores migrantes, con los nacionales.** Los trabajadores migrantes deben ser sometidos a los mismos requisitos, exigencias e incluso límites que los trabajadores nacionales.

A estos efectos es importante la coordinación de las legislaciones nacionales de Seguridad Social a nivel comunitario que se ha concebido, esencialmente, en función del establecimiento de la libertad de circulación dentro de la Comunidad y ello explica que ésta determine toda la interpretación y aplicación de las disposiciones específicas de Seguridad Social a las personas que hacen uso de esta libertad.

Este trabajo se dedica, en primer lugar, al estudio del **derecho a la libre circulación de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea**, es decir, al derecho a entrar, salir y residir en dichos Estados y, en segundo lugar, al análisis del contenido del **derecho a la Seguridad Social del que disfrutan los citados ciudadanos, así como los del Espacio Económico Europeo y de Suiza, cuando se desplazan por dichos Estados.** Con este fin, este estudio aborda el contenido de la normativa reguladora de este Derecho a nivel comunitario, en concreto el Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social con el que se deroga el Reglamento (CEE) nº

1408/71 del Consejo de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de su familia que se desplazan dentro de la Comunidad¹, así como al planteamiento de algunos de los problemas doctrinales que han surgido al respecto y de la jurisprudencia comunitaria existente sobre este tema. No obstante, el citado Reglamento no será de aplicación hasta finales de 2006, fecha para la cual deberá haberse elaborado ya su Reglamento de Aplicación, imprescindible para la puesta en práctica de sus normas.

La importancia de esta normativa comunitaria viene marcada por la considerable extensión de su ámbito de aplicación, ya que el Reglamento es de obligado cumplimiento no sólo en los Estados miembros de la Unión Europea – Alemania, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Dinamarca, Irlanda, Gran Bretaña, Francia, Italia, Portugal, Grecia, Austria, Suecia, Finlandia, España- sino también en los Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo (EEE) – Noruega, Islandia y Liechtenstein- y en Suiza, pues conforme al Anexo II del Acuerdo entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y el país helvético, elaborado en Luxemburgo el 21 de julio de 1999 –BOE 21-6-2002-, éste queda incorporado al acervo comunitario en materia de Seguridad Social desde entonces, comprometiéndose ambas partes a aplicar en el marco de la coordinación de los regímenes de la Seguridad Social los actos de la Unión dictados en la materia.

¿A qué se debe la extensión de los beneficios que supone el Reglamento comunitario a otros ciudadanos diferentes de los ciudadanos pertenecientes a los Estados miembros de la Unión Europea? A la existencia de relaciones económicas y comerciales entre ellos desde la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE) en 1957 y de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) en 1960. Tradicionalmente, el comercio de los países de la AELC con la CEE se regía por acuerdos específicos entre ésta y el país en cuestión de la AELC. Noruega suscribió un acuerdo bilateral de libre comercio con la CEE en 1973, un año después del referéndum contrario al ingreso de Noruega en la Comunidad. En 1985, los doce Estados miembros

que en ese momento formaban la CEE, se pusieron de acuerdo para la creación de un mercado interior único, que entraría en vigor a partir del 1 de enero de 1993, basado en la libre circulación de personas, capitales, servicios y mercancías. Se reforzó igualmente la cooperación en ámbitos tales como el medio ambiente, la investigación, la educación, la salud y la seguridad en el trabajo.

Noruega y los otros Estados miembros de la AELC manifestaron poco a poco su deseo de participar en el mercado interior. En principio, los acuerdos entre la AELC y la CEE tan sólo comprendían parte de las relaciones económicas entre los países miembros de dichos acuerdos. El acuerdo de libre comercio concluido por Noruega en 1973 con la Comunidad Económica Europea comprendía la supresión de los aranceles sobre los productos industriales, pero para garantizar la puesta en aplicación uniforme de la reglamentación, asegurar la posibilidad de su extensión ulterior y resolver conflictos era necesario crear nuevas instituciones. Esta es una de las razones por las que el Espacio Económico Europeo (EEE) es más exhaustivo que los acuerdos de comercio tradicionales, que tratan esencialmente del comercio de mercancías.

Actualmente, **sólo tres Estados de la AELC son miembros del EEE: Islandia, Liechtenstein y Noruega.** Suiza, país perteneciente a la AELC, no forma parte del EEE debido a que su población rechazó por referéndum su adhesión a éste. Al contrario que la población de Noruega, la de Austria, Suecia y Finlandia respondieron favorablemente al ingreso de su país respectivo en la Unión Europea. En 1995, por lo tanto, se amplió la UE de doce a quince países.

Por su adhesión al Acuerdo del EEE, Noruega forma parte del mercado interior de la Unión Europea y participa asimismo en la cooperación de la UE en varias áreas limítrofes. Ello implica que los principales mercados de la Unión Europea estén abiertos a la economía noruega en igualdad de derechos y deberes con sus competidores comunitarios. Se exceptúa la política agraria común y la política de la pesca de la UE, a la que Noruega no se ha adherido.

El Acuerdo de la UE con el EEE entró en vigor el 1 de enero de 1994. A través de éste se crea una normativa común aplicable a las relaciones comerciales y económicas. Éste se basa en el principio de libre circulación de mercancías, capitales, servicios y personas y comprende asimismo ámbitos en los que los países contratantes tienen intereses comunes y en los que guardan una estrecha relación con el mercado interior único, como por ejemplo la investigación y la educación, la protección del consumidor y del medio ambiente y la política social y cultural.

Posteriormente, será a través **del Acuerdo firmado entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza el 21 de junio de 1999**, que entró en vigor el 1 de junio de 2002, **el que garantice a los ciudadanos suizos y a los miembros de sus familias el mismo tratamiento que a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y a sus familiares. De esta forma, el ciudadano suizo que establezca su residencia en un país de la Unión Europea, se beneficiará de las mismas condiciones que los ciudadanos comunitarios**, por lo que ya no precisan de un visado de entrada antes de venir a España.

Los ciudadanos suizos que ejerzan una actividad lucrativa (por cuenta propia o ajena) o que estudien, no tienen la obligación de solicitar un permiso de residencia en España. Los jubilados suizos y las personas que no trabajen sí deben solicitarlo.

1. LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES Y DE PERSONAS

En la historia de la construcción europea, **la libertad de circulación se limitó al principio a los trabajadores y a los miembros de sus familias, posteriormente se fue extendiendo a todos los ciudadanos de la Unión Europea**. Actualmente, en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) arts. 39 a 42 y en 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 (CEE) nº 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 se garantiza la libertad de circulación de las personas en la UE.

Esta libertad únicamente puede ejercerse efectivamente si las personas que se desplazan por los Estados de la Unión tienen la garantía de que no perderán los derechos de Seguridad Social que vayan adquiriendo en los diferentes Estados. Debe tenerse en cuenta que no nos hallamos en presencia únicamente de diferentes sistemas de Seguridad Social, sino ante múltiples y diversos sistemas de Seguridad Social.

Tras el **reconocimiento de la libre circulación de trabajadores la Comunidad Europea pasa a reconocer la libre circulación de personas**, constituyéndose ésta en uno de los pilares de la Comunidad Europea. Actualmente esta libertad **es predicable no sólo de los ciudadanos de la Unión Europea sino también de los pertenecientes al Espacio Económico Europeo y a la Confederación Suiza**. El principio de libre circulación de trabajadores se convierte en fundamento de la Comunidad y ello condiciona la aplicación de toda la materia correspondiente a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes y justifica la primera parte de esta obra.

1.1. Contenido de la libre circulación de trabajadores

El derecho a la libre circulación de trabajadores viene reconocido a nivel comunitario en el art. 39.1 TCE y desarrollado en la Directiva 2004/38/CE 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, y a nivel nacional por el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Esta última normativa tiene un plazo de dos años desde la publicación de la citada Directiva en el DOUE para adaptar su contenido a ésta por lo que ella será nuestro estudio.

Con el fin de hacer efectiva esta última libertad el TJCE estableció reglas distintas para los trabajadores autónomos –referidas al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios- que para los trabajadores asalariados.

La libre circulación de trabajadores comunitarios en el interior de la Comunidad Europea se contrapone a las limitaciones existentes sobre todo a la entrada de trabajadores extranjeros. Dicha **libertad significa que todo ciudadano comunitario, sea cual sea su residencia, tiene derecho a acceder a una actividad asalariada y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de acuerdo con las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas que rigen el empleo de los trabajadores en este Estado.**

El derecho a circular libremente justifica la eliminación de toda discriminación fundada en la nacionalidad entre trabajadores de los diferentes Estados, tanto en lo que se refiere al empleo, a la remuneración, como al resto de las condiciones de trabajo e implica, así mismo, garantizar el libre acceso a los empleos en todos los Estados, facilitar la estancia en cualquiera de ellos a fin de ejercer un empleo conforme a su legislación o permitir la permanencia en el territorio de un Estado después de haber tenido en él un empleo en las condiciones comunitariamente fijadas y disfrutar de una protección social en las mismas condiciones que cualquier nacional que no se haya trasladado.

Así, por ejemplo, cualquier ciudadano comunitario que preste sus servicios en otro Estado diferente al de su residencia habitual tendrá derecho, en caso de sufrir cualquier contingencia, a disfrutar de las mismas atenciones sanitarias y prestaciones sociales que cualquier nacional.

El efectivo ejercicio de esta libertad exige el reconocimiento de una serie de derechos, como los mencionados, sin los cuales la libre circulación no podría ejercitarse. Se trata de conseguir la máxima equiparación entre los trabajadores nacionales del Estado de recepción y los de los demás países comunitarios –o de terceros países que tengan reconocido ese derecho-

protegiendo, a su vez, a los trabajadores nacionales de las negativas consecuencias que podrían derivarse de un abuso de la mano de obra extranjera que podría producirse si se permitiera una bajada de salarios o de condiciones de trabajo.

Existen, por tanto, determinados **derechos que deben acompañar ineludiblemente a la libertad de circulación de los trabajadores comunitarios**, como son:

a) El **derecho a responder y aceptar ofertas efectivas de trabajo sin discriminación** por razón de nacionalidad con respecto a los trabajadores nacionales. Ello supone el derecho a utilizar los mismos servicios de empleo que los nacionales del Estado donde se pretende trabajar².

b) **Derecho a recibir el mismo trato respecto a la retribución y demás condiciones de trabajo y ventajas sociales** que los trabajadores nacionales del Estado de prestación de trabajo.

c) El **derecho de desplazamiento**, reconocido en el art. 39.3.a) y b) del TCE y desarrollado por el Capítulo II de la Directiva 2004/38/CE, supone el derecho a salir y entrar libremente del territorio del propio Estado del que es nacional como el derecho de admisión o entrada en el territorio de cualquier otro Estado comunitario siempre que presente el pasaporte o documento nacional de identidad.

d) El **derecho de libre residencia**, regulado en el Cap. III de la Directiva 2004/38, es necesario para poder desempeñar una efectiva oferta de trabajo. Ahora bien, el Tratado permite que los diversos Estados puedan exigir el cumplimiento de unas determinadas formalidades –las cuales veremos con posterioridad- a los ciudadanos de los distintos Estados para ejercer este derecho.

e) El **derecho al acompañamiento familiar**, previsto en el art. 3.2 de la Directiva 2004/38, acepta que los ciudadanos se trasladen acompañados de sus familiares, en concreto: del cónyuge; de la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada con arreglo a la legislación de un

Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; de los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida anteriormente; de los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja, según se definió con anterioridad.

f) **Derecho de permanencia** una vez que el trabajador haya ejercitado el derecho a la libre circulación y haya desempeñado una actividad asalariada – Cap. IV de la Directiva 2004/38-.

Supuestos prácticos:

1. ¿Cuáles son las cuatro libertades de las que disfruta cualquier ciudadano de la UE?
2. ¿Qué Estados forman parte del Espacio Económico Europeo y con qué objetivo se creó?
3. ¿Tiene un ciudadano noruego derecho a desplazarse libremente por cualquier país de la UE?
4. ¿De qué derechos disfrutan en un plano de igualdad un ciudadano europeo, un ciudadano del EEE y un suizo?
5. ¿Qué derechos deben ser garantizados a las personas para que pueda hacerse efectivo el derecho a la libre circulación de trabajadores?

2. LA ENTRADA Y PERMANENCIA DE LOS CIUDADANOS COMUNITARIOS EN OTROS ESTADOS MIEMBROS

Todos los nacionales de los Estados de la UE, del EEE y de Suiza tienen derecho a desplazarse libremente por dichos Estados para trabajar y ejercer un empleo en las mismas condiciones que sus nacionales. Este derecho es extensible a los familiares de los citados nacionales siempre que se encuentren en alguna de las circunstancias que se verán más adelante.

2.1. Normativa española reguladora del derecho de entrada y permanencia

Tras la adhesión de España a las Comunidades Europeas, se dictó el Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo, sobre Entrada, Permanencia y Trabajo en España de Ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, en el que se regulaban las formalidades administrativas para el ejercicio de los derechos de entrada y permanencia en España por parte de los ciudadanos de sus Estados miembros para la realización de actividades asalariadas o no asalariadas o para prestar o recibir servicios al amparo de lo establecido en el Tratado de la Comunidad Económica Europea.

Posteriormente, tras la adopción del Reglamento (CEE) 2194/1991, de 25 de junio de 1991, relativo al período transitorio aplicable a la libre circulación de los trabajadores entre España y Portugal y los otros Estados miembros, y de las Directivas 90/364/CEE, relativa al derecho de residencia; 90/365/CEE, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer una actividad profesional, y 93/96/CEE, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, se elaboró el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre Entrada y Permanencia en España de Nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas.

Ahora bien, tras la entrada en vigor, el 1 de enero de 1994, del Acuerdo ratificado por España el 26 de noviembre de 1993, sobre el Espacio Económico Europeo, y ante la necesaria adecuación del citado Real Decreto a la

jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se modificó el Real Decreto de 1992, de 26 de junio, a través del Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, del Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre y por último fue el **Real Decreto 178/2003, de 14 febrero, el que se encargó de regular la entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como de los nacionales suizos, derogando los Reglamentos citados anteriormente.** Ahora bien, en la medida que se ha dictado la Directiva 2004/38 de 29 de abril, reguladora de 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, la normativa española, que es anterior a esta fecha, deberá adaptarse a ésta en un plazo de dos años, es decir antes del 30 de abril de 2006. Por esta razón será objeto de análisis la Directiva y no la normativa española que será reformada en poco tiempo.

La entrada, permanencia, circulación y trabajo en España de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que no acrediten la concurrencia de los requisitos establecidos en el citado Real Decreto, se regirán por los preceptos de la Ley Orgánica de Extranjería. Dicha Ley establece en su artículo 1.2 que lo dispuesto en ella se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados Internacionales en los que España sea parte.

Ej. Los derechos que asisten a los ciudadanos marroquíes habrá que buscarlos en la Ley Orgánica de Extranjería.

2.2. Ámbito subjetivo de la Directiva 2004/38

El legislador comunitario extiende el derecho a la libre circulación a los ciudadanos de la Unión así como a los países parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y a sus familias. Es decir, que disfrutan de un estatuto privilegiado –basado en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad- alemanes, austriacos, belgas, daneses, finlandeses, franceses,

griegos, holandeses, ingleses, irlandeses, islandeses, italianos, luxemburgueses, noruegos portugueses, suecos, suizos y los nacionales de Liechtenstein. Además desde el 1 de mayo de 2004 también son comunitarios los nacionales de los nuevos países miembros: checos, chipriotas, eslovacos, eslovenos, estonios, húngaros, letones, lituanos, malteses y polacos. Ahora bien, a estos últimos mencionados, a excepción de Malta y Chipre, se les ha limitado en las Actas de Adhesión de estos países a la Unión Europea por un periodo transitorio de dos años el derecho a la libre circulación.

Por lo que se refiere a la determinación de los miembros de la familia a los que es extensible esta normativa hay que decir que la Directiva diferencia a las personas que sin cumplir requisitos especiales, salvo el de relación de parentesco con el ciudadano comunitario, disfrutaran de los derechos que se deriven de la libre circulación, de aquellas otras que además de tener lazos de consanguinidad o afinidad o mantener una relación de pareja para ser beneficiarios de los derechos derivados de la libre circulación deben reunir otros requisitos adicionales.

El art. 2 de la Directiva establece que se aplicará a los ciudadanos de la Unión, es decir, a **toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro** y a sus **familiares**, en concreto a:

1. Su **cónyuge**, siempre que no esté separado de derecho.
2. La **pareja** con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, siempre que la legislación del Estado miembro de acogida otorgue a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida.
3. Sus **descendientes** y los de su cónyuge o pareja, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas.
4. Sus **ascendientes** y los de su cónyuge o pareja, que vivan a sus expensas.

Por otro lado, la Directiva se refiere también a **otros miembros de la familia**, que no estando entre los mencionados anteriormente, serán beneficiarios de lo previsto en la normativa comunitaria si cumplen las condiciones que establezcan los Estados miembros, a los cuales les impone la obligación de establecer requisitos que sean de fácil cumplimiento por parte de los ciudadanos que tengan que cumplirlos. En concreto, el art. 3 de la Directiva establece que **a cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad**, siempre que **esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión** beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia; así como a **la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada, los Estados deberán facilitarles su libre circulación**, así como la entrada y la residencia.

Ej. Podría ser beneficiario del derecho a la libre circulación, si cumpliera los requisitos que estableciera la normativa estatal aplicable al efecto, el hermano o primo del ciudadano holandés que tuviera su residencia en un Estado miembro diferente del propio, si por motivos de salud dicha persona necesitara de la ayuda de éste para vivir.

La extensión del ámbito subjetivo de la Directiva a la pareja del nacional comunitario que se haya registrado, así como la posibilidad de considerar beneficiarios de la normativa comunitaria a otros miembros de la familia o a la pareja con la que el nacional viva de forma estable exigirá una modificación de la actual regulación española, dado que el Real Decreto 178/2003 sólo es aplicable al cónyuge, descendientes menores de veintiún años o mayores a su cargo y ascendientes que vivan a sus expensas –art. 2 del Real Decreto 178/2003- .

2.3. Derecho al ejercicio de la actividad profesional

Las personas citadas anteriormente tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, en las

mismas condiciones que los nacionales españoles, salvo en lo que hace referencia a los empleos en la Administración Pública.

Este derecho sólo puede ser efectivamente garantizado a los trabajadores si a su vez éstos disfrutaran de igualdad en el acceso al empleo y de igualdad de trato en el ejercicio del empleo, como así se reconoce en la Directiva 2002/73 de 23 de septiembre, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

La igualdad en el acceso al empleo significa que cualquiera de los nacionales de los citados Estados tiene derecho al acceder a un empleo por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales –art. 3.1. a) de la citada Directiva-. Así pues, no se le aplican las disposiciones nacionales restrictivas (limitación en número o porcentaje, por empresa o ramo, a escala regional o local, del empleo de extranjeros o reserva de ciertos empleos para nacionales) o discriminatorias (imposición a los extranjeros de procedimientos o condiciones que no se exigen a los nacionales, por ejemplo, un permiso de trabajo).

El acceso al empleo está igualmente abierto al cónyuge y a los descendientes del trabajador, aunque no posean una nacionalidad comunitaria.

La igualdad de trato en el ejercicio del empleo –art. 3.1.c) de la citada Directiva- supone que el trabajador comunitario deberá recibir el mismo trato que los nacionales:

- Igualdad en las condiciones de empleo y de trabajo, en particular, en materia de retribución, despido y reintegración profesional ;
- Igualdad en lo referido a las responsabilidades sindicales y a la representación del personal en la empresa, con exclusión no obstante de la participación en la gestión de organismos públicos (no podrá ser elegido en los órganos de la seguridad social).

- El principio de igualdad de trato con respecto a las ventajas, relacionadas indirectamente con el empleo, como son las de carácter social y fiscal, incluidas la formación profesional, las ayudas escolares, la ayuda a la vivienda, las ayudas encaminadas a garantizar un mínimo de recursos y las destinadas a la familia, está matizado en el art. 24.2 de la Directiva 2004/38 al establecer que **durante los tres primeros meses de residencia** o, si procede, el período más largo establecido en la letra b) del apartado 4 del artículo 14, el **Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional**, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias.

En cuanto al trabajo en la **Administración pública** el art. 39.4 del Tratado CE **excluye de la libre circulación los "empleos en la Administración pública"**. La definición de este tipo de empleos no queda al arbitrio de los Estados miembros, pues ha sido definida por el TJCE, ello dado que la situación jurídica de los agentes de las administraciones públicas en los diferentes Estados varía considerablemente y su indefinición puede dar lugar al abuso de esta exención. A estos efectos, el Tribunal rechazó el criterio de la naturaleza del vínculo jurídico entre el trabajador y la Administración (obrero, empleado o funcionario; vínculo de Derecho público o de Derecho privado (Sentencia de 3 de julio de 1986, Asunto 66/85) y adoptó un concepto funcional, considerando que los **empleos en la Administración pública son aquellos "que suponen una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público"**.

En la Declaración realizada por la Comisión el 5 de enero de 1988, se enumeraron las actividades que correspondían al ámbito de "la administración pública": por una parte, se citan las "funciones específicas del Estado o de colectivos asimilables tales como las fuerzas armadas, la policía y otras fuerzas

del orden, la magistratura, la administración fiscal y la diplomacia"; y por otro lado, los "empleos dependientes de los ministerios del Estado, los gobiernos regionales y otros organismos asimilados, los bancos centrales en la medida en que se trate de personal (funcionarios y otros agentes) que ejerza actividades ordenadas en torno a un poder jurídico público del Estado o de otra persona jurídica de Derecho público".

2.4.El derecho de entrada y salida en los Estados miembros

Los **Estados miembros deberán admitir en su territorio a todo ciudadano de la Unión** siempre que esté en posesión de un documento de identidad o de un pasaporte válidos **y a los miembros de su familia** que no sean nacionales de un Estado miembro siempre que estén en posesión de un pasaporte válido. Ahora bien, éstos deberán presentar visado de entrada si así lo estableciera el Reglamento (CE) nº 539/2001, o, en su caso, la legislación nacional –art.5.2 de la Directiva 2004/38-. No obstante, la posesión de una tarjeta de residencia válida –art. 10 de la Directiva 2004/38- eximirá a dichos miembros de la familia de la obligación de obtener un visado –art.5.2 de la Directiva 2004/38-.

En cuanto a la salida, todo ciudadano de la Unión en posesión de un documento de identidad o de un pasaporte válidos y los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro y que estén en posesión de un pasaporte válido, tendrán derecho a salir del territorio de un Estado para trasladarse a otro diferente –art.4 de la Directiva 2004/38-.

Pese a la enorme amplitud del derecho a la libre circulación, y por tanto, del derecho a la libre circulación de trabajadores, como una manifestación de la primera libertad citada, no se caracteriza éste por ser un derecho absoluto. Ello en tanto que es posible que las autoridades de los diferentes **Estados miembros limiten o restrinjan la libre circulación de los trabajadores comunitarios y de su familia por determinadas razones legalmente tasadas.**

2.4.1. Restricciones a la libre circulación

El Tratado CE en el apartado 3 del artículo 39 y el Cap. VI de la Directiva 2004/38 permite a los Estados miembros **denegar la entrada o la estancia en su territorio a un nacional comunitario por razones de orden público, de seguridad o de salud pública**. La norma comunitaria supedita esta negativa a determinadas condiciones, cuyo cumplimiento es objeto de una escrupulosa vigilancia por parte del TJCE. Este Tribunal en su sentencia de 9 de noviembre de 2000, Asunto Nana Yaa Konadu, afirmó que los conceptos jurídicos indeterminados –orden público, seguridad y salud- debían ser interpretados de un modo restrictivo.

Los conceptos de orden público y seguridad pública no están definidos comunitariamente, por lo que su contenido vendrá establecido por los propios Estados miembros. No obstante, **la Directiva 2004/38 en el art. 27 establece límites a la normativa estatal que defina estos conceptos** al exigir que las razones de orden público y seguridad pública no podrán ser invocadas con fines económicos y que las medidas adoptadas deberán ajustarse al principio de proporcionalidad debiendo estar exclusivamente fundamentadas en el comportamiento personal del individuo al que se apliquen, sin que la existencia de condenas penales anteriores sea por sí sola causa suficiente para adoptar dichas medidas.

“La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general” –art.27.2 de la Directiva 2004/38-.

A falta de una definición legal comunitaria, el TJCE se ha reservado el derecho a controlar la apreciación del concepto de orden público realizada por los Estados miembros. De conformidad con la jurisprudencia:

- Los Estados sólo pueden alegar motivos de orden público de forma excepcional y con carácter limitado;

- Las medidas no pueden ser colectivas ni responder a un objetivo de prevención general;
- En virtud del principio de igualdad de trato es necesario que el comportamiento en cuestión se reprima también cuando se manifieste entre los nacionales.

A efectos de comprobar si el ciudadano comunitario o un familiar suyo constituye un peligro para el orden público o la seguridad pública, en el momento de expedirse el certificado de registro o, a falta de un sistema de registro, a más tardar tres meses después de su entrada en el territorio o a partir de la fecha de la notificación de su presencia en el territorio, tal como se establece en el art.5.5, o en el momento de expedirse la tarjeta de residencia, el Estado miembro de acogida podrá, cuando lo juzgue indispensable, pedir al Estado miembro de origen información sobre los eventuales antecedentes penales de dicha persona. A dicha petición deberá responder el Estado miembro consultado en el plazo de dos meses.

Cuando así lo impongan razones de orden público o de seguridad pública **se podrá impedir la entrada en un Estado miembro**, aunque los interesados presenten la documentación adecuada, e incluso **se podrá ordenar la expulsión o devolución del Estado**. No obstante, antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por dichas razones, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, fundamentalmente, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen –art.28.1 de la Directiva 2004/38-. La concurrencia de cualquiera de estas situaciones podría impedir la expulsión del Estado pero la indeterminación de estos conceptos exige su concreción a través de la normativa estatal, con el fin de evitar que la decisión quede al arbitrio de la Administración estatal sancionadora. Dichas consideraciones sólo debe efectuarlas el Estado que decida la expulsión si los motivos que le mueven a tomar esa decisión no son de salud pública, pues en ese caso la prohibición de entrada o expulsión podrá adoptarse sin más.

No obstante, las **restricciones existentes en materia de salud pública están bien definidas**, puesto que **sólo puede aplicarse en caso de determinadas enfermedades o incapacidades enumeradas en la Directiva** (art. 29 de la Directiva 2004/38). Las **únicas dolencias o enfermedades que pueden justificar la adopción de estas medidas**, atendiendo a la normativa comunitaria, son las enfermedades con potencial epidémico como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas siempre que sean en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales –art. 29 de la Directiva 2004/38-. Las enfermedades que sobrevengan en el período de tres meses siguiente a la fecha de llegada no podrán justificar la expulsión del territorio –art. 29.2 de la Directiva 2004/38-.

El Estado **no podrá adoptar la decisión de expulsión** del territorio contra un ciudadano de la UE o un miembro de su familia cuando éste **haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores**, independientemente de su nacionalidad, salvo que la razón sea motivos imperiosos de seguridad pública, **o cuando sea menor de edad**, salvo si la expulsión fuera necesaria en interés del niño, tal como establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989–art. 28.3 de la Directiva 2004/38-.

Para que la expulsión se imponga como una pena o una medida accesoria a otra de privación de libertad dicha orden de expulsión debe cumplir los requisitos de los arts. 27, 28 y 29 de la Directiva 2004/38.

2.5. Derecho de residencia

“El derecho de residencia y el derecho de residencia permanente se extenderán a todo el territorio del Estado miembro de acogida. Los Estados miembros sólo podrán establecer limitaciones territoriales al derecho de residencia o al derecho de residencia permanente cuando éstas estén previstas también para sus propios nacionales” –art. 22 de la Directiva 2004/38-.

Los **ciudadanos comunitarios podrán permanecer en un Estado miembro** por un periodo **inferior a tres meses** con la presentación de la propia tarjeta de identidad o pasaporte y **los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro**, tampoco tendrán necesidad de aportar tarjeta de residencia –art.6 de la Directiva 2004/38-.si están en posesión de un pasaporte válido y acompañan al ciudadano de la Unión, o van a reunirse con él.

Ahora bien, si **el ciudadano comunitario pretendiera permanecer en un país de la Unión Europea por un periodo superior a tres meses** –art. 7 de la Directiva 2004/38- podrá hacerlo sin más requisitos que los vistos anteriormente³ siempre que se halle en alguna de las siguientes situaciones:

1. Que sea **trabajador por cuenta propia o ajena.**

2. Que disponga **de recursos suficientes para él y para los miembros de su familia**, con el fin de no ser 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 miembro de acogida. Cada Estado determinará legalmente la cuantía adecuada.

3. Que esté **matriculado en un centro público o privado**, reconocido o financiado por el Estado miembro de acogida con arreglo a su legislación o a su práctica administrativa, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional siempre que cuente con un **seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida** y garantice a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia.

5. Que sea un **miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en los números 1), 2) ó 3) anteriores.**

No obstante, el art.8 de la Directiva admite que el Estado miembro de acogida pueda imponer a los ciudadanos de la Unión la obligación de registrarse ante las autoridades competentes.

El derecho a residir más de tres meses es extensible a los **miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro** cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él en el Estado miembro de acogida, siempre que dicho ciudadano **cumpla alguna de las condiciones contempladas en los números 1), 2) ó 3)**. A éstos se les exigirá “tarjeta de residencia”.

2.5.1. La tarjeta de residencia

Los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión **que no ostenten la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión Europea** y que pretendan **residir más de tres meses** deberán solicitar en el plazo que establezca la normativa nacional, que nunca será inferior a tres meses desde su llegada, una **tarjeta de residencia** –art.9 de la Directiva 2004/38- que tendrá una validez de cinco años a partir de su fecha de expedición o el período previsto de residencia del ciudadano de la Unión si dicho período fuera inferior a cinco años –art.11 de la Directiva 2004/38-.

Ej. Tendrá obligación de pedir la tarjeta de residencia la pareja de un ciudadano austriaco de nacionalidad argelina cuando desee residir en un Estado miembro más de tres meses.

El derecho de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro será reconocido mediante la expedición de un documento denominado «**tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión**» a más tardar en los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud –art. 10 de la Directiva 2004/38-.

Para la expedición de la tarjeta de residencia se precisa

- Un pasaporte válido;
- Un documento que acredite la existencia de parentesco o de unión registrada;

- El certificado de registro o, a falta de sistema de registro, cualquier otra prueba de residencia en el Estado miembro de acogida del ciudadano de la Unión al que acompañen o con el que vayan a reunirse posteriormente;
- En los casos de descendientes menores de 21 o ascendientes a cargo, la prueba documental de que se cumplen las condiciones previstas en dicha disposición;
- En caso de tratarse de cualquier otro miembro de la familia – art.3.2.a) de la Directiva 2004/38-, todo documento expedido por la autoridad competente del país de origen o procedencia que certifique que están a cargo del ciudadano de la Unión o que vivían con él en ese país o la prueba de la existencia de motivos graves de salud que requieran estrictamente que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia;

En el caso de tratarse de la pareja con la que mantiene una relación estable –art.3.2.b) de la Directiva 2004/38- la prueba de la existencia de una relación estable con el ciudadano de la Unión

2.5.2. Mantenimiento del derecho de residencia

El fallecimiento del ciudadano de la Unión, su partida del territorio del Estado miembro de acogida o su divorcio, anulación del matrimonio o fin de la inscripción en el registro no afectarán al derecho de residencia de los siguientes sujetos–art. 12 de la Directiva 38/2004-: 1) de los **miembros de su familia que tengan la nacionalidad de un Estado miembro**. No obstante ello no les exime de cumplir los requisitos establecidos en el art. 7.1. a), b), c) o d) para adquirir el derecho de residencia permanente; 2) de sus **hijos y los del progenitor que tenga la custodia efectiva de éstos**, sea cual sea la nacionalidad de ellos, siempre que los hijos residan en el Estado miembro de acogida y estén matriculados en un centro de enseñanza para cursar estudios, y ello hasta el final de dichos estudios.

Cuando se trate de **miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de ninguno de los Estados miembros** habrá que distinguir

entre las situaciones de fallecimiento o partida del ciudadano de la Unión de las situaciones de anulación del matrimonio o el fin de la unión registrada. En el primer caso –**fallecimiento o partida**- estos miembros de la familia **no perderán la nacionalidad siempre que hayan residido en el Estado miembro de acogida en calidad de miembros de su familia durante al menos un año antes del fallecimiento** del ciudadano de la Unión –art. 12.2 de la Directiva 2004/38-. No obstante ello no les exime de hallarse en alguno de los supuestos establecidos en el art. 7.1. a), b), c) o d) para adquirir el derecho de residencia permanente

Ahora bien, en el segundo supuesto -**anulación del matrimonio o fin de la unión registrada**- no supondrá la pérdida del derecho de residencia de los **miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de ninguno de los Estados miembros** –art.13.2 de la Directiva 2004/38- siempre que reúna alguno de los siguientes requisitos:

1. El matrimonio o la unión registrada haya durado, hasta iniciarse el procedimiento judicial de divorcio o de anulación o finalizar la unión registrada, al menos tres años, de los cuales uno al menos haya transcurrido en el Estado miembro de acogida.
2. La custodia de los hijos del ciudadano de la Unión hubiere sido confiada al cónyuge o a la pareja que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro por mutuo acuerdo entre los cónyuges o a la pareja registrada como tal o por decisión judicial.
3. Cuando así lo exigieran circunstancias especialmente difíciles, como por ejemplo, haber sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio o la unión registrada.
4. Cuando, por mutuo acuerdo entre los cónyuges o de las parejas registradas o por decisión judicial, el cónyuge o la pareja que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro, tenga derecho a visitar al menor, siempre que el órgano judicial haya dispuesto que dicha visita tenga lugar en el Estado miembro de acogida, y por el período de tiempo que sea necesario.

En cualquiera de estos supuestos los citados familiares sólo mantienen el derecho de residencia porque para adquirir el derecho a residencia permanente deberán cumplir alguna de las condiciones previstas en el art. 7.1. a), b), c) o d).

2.6. Derecho de residencia permanente

Los ciudadanos de la Unión y sus familiares aunque no tengan la nacionalidad de ningún Estado miembro siempre que hayan **residido legalmente durante un período continuado de cinco años en el Estado miembro de acogida** adquirirán el **derecho a residencia permanente** en éste –art. 16 de la Directiva 2004/38-. Esta norma también será aplicable a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro y que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años consecutivos con el ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida.

La continuidad de la residencia no se verá afectada por las **ausencias sin causa justificada** siempre que no sean **superiores a seis meses en el periodo de un año**. Ahora bien, cuando **existe causa para la ausencia** hay que diferenciar dos situaciones: **que las razones sean “obligaciones militares”** en cuyo caso dicha continuidad no se rompe aunque la ausencia sea **superior a seis meses sin limitación de periodo de tiempo**; o que los **motivos sean importantes como el embarazo y el parto, una enfermedad grave, la realización de estudios o una formación profesional, o el traslado por razones de trabajo a otro Estado miembro o a un tercer país** en cuyo caso se permite la ausencia hasta un **máximo de doce meses consecutivos**.

El solicitante tendrá derecho a **residir permanentemente en el país de residencia sin que hayan transcurrido cinco años en los siguientes supuestos**:

Después de haber desarrollado una actividad económica por cuenta propia o haber ejercido un empleo por cuenta ajena si se halla en alguna de las situaciones prevista en el art. 17 de la Directiva 2004/38:

1. Que en el momento del cese de la actividad hubiera llegado a la edad de **jubilación**, o el trabajador por cuenta ajena que deje de ocupar la actividad remunerada con motivo de una **jubilación anticipada**, cuando haya ejercido su **actividad en ese Estado miembro durante al menos los últimos doce meses** y haya **residido en el mismo de forma continuada durante más de tres años**.

Si el Estado donde resida el trabajador no concede el derecho a jubilación a los trabajadores autónomos el requisito de la edad se considerará cumplido cuando alcance los 60 años de edad.

2. Que hubiera cesado en su actividad como consecuencia de una **incapacidad laboral permanente** para el trabajo y que hasta el momento del cese hubiera residido durante **más de dos años en el Estado de residencia**. No requiere tiempo mínimo de residencia cuando la incapacidad sea debida a accidente laboral o enfermedad profesional.

Los periodos de residencia y de actividad para los supuestos anteriores –jubilación e incapacidad laboral permanente- no se precisarán si el cónyuge o pareja registrada del trabajador que debería reunir los requisitos es ciudadano del Estado miembro de acogida o hubiera perdido la nacionalidad de este Estado miembro tras su matrimonio o unión con el trabajador.

Ej. una ciudadana argelina que prestara servicios en nuestro país no tendrá que cumplir periodo alguno de actividad o de residencia cuando alcance la edad de jubilación –65 años- si su cónyuge es un nacional español.

3. Que tras haber **residido y prestado servicios en el Estado de acogida durante al menos tres años consecutivos** desempeñe su **actividad en otro Estado miembro, manteniendo su residencia en el Estado de acogida** al que **regresa, como mínimo, una vez por semana**.

A efectos de cálculo de los periodos de actividad a los que nos hemos referido anteriormente en los tres supuestos anteriores deberán computarse también los siguientes periodos:

Trabajadores comunitarios y Seguridad Social

Los períodos de desempleo involuntario, debidamente justificados por el servicio de empleo competente.

Los períodos de suspensión de la actividad independientes de la voluntad del interesado.

Las ausencias del puesto de trabajo o las bajas por enfermedad o accidente.

Para concretar estos supuestos habrá de atenderse a la normativa laboral de cada Estado miembro, así, por ejemplo en nuestro país, los supuestos de desempleo involuntario se hallan en el art. 208 de la Ley General de Seguridad Social –LGSS-; los de suspensión de la actividad en el art. 45 del Estatuto de los Trabajadores; las ausencias en el art. 37 del Estatuto de los Trabajadores y los supuestos de baja por enfermedad o accidente en el art. 128 de la LGSS.

También adquirirán el derecho a **residir permanentemente**, aunque **no cumplan el periodo de cinco años consecutivos**, los **miembros de la familia del trabajador** si residen con él, cuando él mismo haya adquirido por algunas de las razones anteriores –jubilación, incapacidad o residencia y actividad más de tres años- el derecho a residencia permanente. Ahora bien si el trabajador falleciese antes de adquirir el derecho a residencia permanente con arreglo a lo dispuesto en los apartados anteriores, los miembros de su familia que residieran con él tendrán derecho a la residencia permanente si se hallaran en alguno de los siguientes supuestos:

-Que hubieran residido de forma continuada en el Estado de acogida durante dos años

-Que el fallecimiento se debiera a un accidente laboral o enfermedad profesional

-Que el cónyuge supérstite hubiera perdido la nacionalidad de ese Estado miembro como consecuencia de su matrimonio.

La exigencia de residencia continuada ha sido objeto de interpretación T.J.C.E. en su Sentencia 9 enero 2003. P.: A. Rosas, planteándose al respecto si el art. 3, ap. 2, del Reglamento n. 1251/70, exige que el período de residencia continuada preceda inmediatamente al fallecimiento del trabajador, o es suficiente la residencia continuada en un período anterior de la vida del trabajador.

La expresión «a condición de [...] que el trabajador, en la fecha de su fallecimiento, haya residido de manera continuada» empleada en el art. 3, ap. 2, primer guión, del Reglamento n. 1251/70, no establece un requisito adicional por lo que respecta al período en que debe situarse dicha residencia continuada.

El TJCE estima, en primer lugar, que este período está expresamente relacionado con la expresión “en la fecha de su fallecimiento”. Si pudiera finalizar en cualquier momento del pasado del trabajador, habría sido superfluo establecer esta relación con dicha fecha.

En segundo lugar, el mencionado período debe ser «continuado». De acuerdo con el art. 4, ap. 1, del Reglamento n. 1251/70, la continuidad de la residencia prevista en el art. 3, ap. 2, primer guión, de esta misma norma, no se verá afectada por ausencias temporales que no excedan, en total, de tres meses por año. De lo anterior resulta, a contrario, que las ausencias más largas producen el efecto de interrumpir el período de residencia continuada.

En tercer lugar, en el art. 2, ap. 1, letras a) y b), del Reglamento n. 1251/70, el término «continuado» o «sin interrupción» se refiere también a un período de residencia mínimo, situado inmediatamente antes del acontecimiento en virtud del cual el trabajador adquiere el derecho a residir en el territorio del Estado miembro de acogida.

El TJCE acepta que el ejercicio del derecho de residencia esté sujeto a los límites y requisitos previstos por el Tratado CE y por las disposiciones adoptadas para su aplicación sin que por ello resulte vulnerado el art. el art. 48, ap. 3, letra d), del Tratado que atribuye a los trabajadores el derecho de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión. El requisito de los años tiene por objeto que se establezca un vínculo auténtico entre el Estado de acogida, por una parte, y ese trabajador y su familia, por otra, así como que se asegure un cierto nivel de integración de estos últimos en la sociedad de que se trate.

A la vista de todas las consideraciones anteriores, el TJCE afirma que el art. 3, ap. 2, primer guión, del Reglamento n. 1251/70 debe interpretarse en el sentido de que el período de residencia continuada en él previsto debe preceder inmediatamente al fallecimiento del trabajador.

Supuestos prácticos:

1. ¿Se le aplicaría la normativa comunitaria para entrar en nuestro país al cónyuge de nacionalidad marroquí de un nacional francés?
2. ¿Qué normativa regulará la entrada en nuestro territorio de los hijos de la citada marroquí teniendo en cuenta que éstos tienen 22 y 24 años, respectivamente?
3. ¿Qué documentación debe presentar dicha persona de nacionalidad marroquí para entrar en España?
4. Un ciudadano de nacionalidad francesa ha sido desplazado por su empresa para trabajar en España durante 18 meses, ¿qué tipo de documentación deberá obtener y presentar para permanecer en nuestro país durante ese tiempo?
5. El Sr. Givane de nacionalidad portuguesa entró en el Reino Unido el 15 Abril de 1992 para ejercer una actividad económica en este país como jefe de cocina. Obtuvo un permiso de residencia por un período de cinco años y residió de manera continuada en el Reino Unido hasta el 10 Abril de 1995, fecha en que viajó a la India, donde permaneció durante diez meses. El 16 de febrero de 1996 el Sr. Givane regresó al Reino Unido, acompañado de su esposa y de los tres hijos de ésta. El Sr. Givane estaba en posesión de un permiso de residencia comunitario válido hasta el 21 de julio de 2002, mientras que a los miembros de su familia se les había expedido un permiso de residencia familiar EEE. El 11 Noviembre de 1997 falleció el Sr. Givane, por lo que su familia solicita el permiso de residencia.
6. ¿Sería posible legalmente que se exigieran unas cotizaciones más elevadas a la Seguridad Social a los trabajadores que no tuvieran nacionalidad española?
7. Una vez expedida la tarjeta de residencia para trabajar en España, en concreto tras 4 años de trabajo en nuestro territorio, un señor de nacionalidad belga contrae una enfermedad infecciosa, que se teme

- pueda justificar la denegación de la renovación de su tarjeta en España.
¿Están bien fundados los temores de este señor?
8. Un trabajador de nacionalidad inglesa que ha prestado servicios en nuestro país desde 1995 ¿podría residir definitivamente en España cuando alcanzara la edad de los 65 años?; ¿qué requisitos deberá reunir?
 9. ¿Y sus hijos cuando adquirirán el derecho a la residencia permanente?
 10. Si dicho ciudadano inglés falleciera en un accidente de coche tras tres años de prestar servicios en nuestro país, ¿podrían sus hijos adquirir el derecho a residencia permanente?. Si no es así explique en qué situaciones podrían adquirirla.
 11. Un ciudadano de nacionalidad portuguesa desea cursar en España la carrera de Derecho y para solicitar la tarjeta de residencia ha presentado la matrícula que ha efectuado en una universidad española. ¿Es suficiente con este documento para que le concedan dicha tarjeta?
 12. ¿Pueden permanecer en España los familiares de un trabajador de nacionalidad italiana que ha prestado servicios en nuestro país durante dos años continuados antes de fallecer por un accidente de trabajo?

3. CARACTERES DE LA NORMA COMUNITARIA DE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

El Reglamento 883/2004 se ocupa de la coordinación de los diferentes regímenes de Seguridad Social, no trata de armonizar porque su objetivo es establecer normas comunes y uniformes, de aplicación directa y preferente, que se superponen a la de los distintos sistemas nacionales.

Así pues, la **normativa comunitaria** se limita a la **coordinación de las legislaciones nacionales existentes en materia de Seguridad Social, tratando de suprimir los obstáculos que se oponen a la libre circulación de las personas dentro de la Comunidad, para dar cumplimiento a los artículos 51 y 235 TCE.** EL Reglamento es, sin duda, un instrumento fundamental para garantizar una de las cuatro libertades comunitarias sobre las que se fundamenta la Unión Europea, como es la libre circulación de personas, y especialmente la libre circulación de trabajadores, al haber establecido los criterios de conexión entre las diferentes legislaciones nacionales así como de distribución de las cargas entre los diferentes regímenes de Seguridad Social nacionales, sin que los derechos en materia de Seguridad Social de los trabajadores migrantes se vean afectados por su lugar de empleo o de residencia, ya que sin la posibilidad que ofrece el Reglamento comunitario de computar los periodos de cotización efectuados por el trabajador migrante en otros Estados diferentes del suyo propio éste se vería seriamente perjudicado e incluso en muchas ocasiones impedido.

La jurisprudencia comunitaria ha dejado claro a través de diferentes sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que:

1. La coordinación no afecta a las divergencias de procedimiento existentes entre los regímenes nacionales de prestaciones de Seguridad Social –STJCE de 7 de febrero de 1991, asunto Rönfeldt (C 227/89-;

2. La coordinación no altera las diferencias presentes en los derechos de las personas que trabajan en dichos Estados –STJCE de 15 de enero de 1986, Asunto Pinna (41/84);

3. La coordinación no suprime las diferencias de fondo entre los regímenes de Seguridad Social de los Estados –STJCE de 12 de julio de 1988, Asunto Jordan (141/88).

4. La coordinación no significa la uniformización de los sistemas, ni tampoco la unificación –STJCE de 21 de marzo de 1990, Asunto Cabras.

Las reglas básicas determinantes de la protección social de la que pueden disfrutar los trabajadores migrantes pertenecientes a algunos de los citados Estados vienen previstas en el Reglamento 883/2004 del Consejo mientras que la del resto de los ciudadanos extranjeros que trabajan o circulan por los Estados miembros está delimitada en diferentes Tratados Internacionales y se materializan o se llevan a efecto en la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000, de 11 de enero de 2000, modificada por la L. 8/2000, de 22 de diciembre y por la L. 14/2003, de 20 de noviembre.

EL citado Reglamento comunitario viene a sustituir, salvo las excepciones que posteriormente mencionaremos, a los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos entre los diferentes Estados miembros de la Unión. No obstante, **el Reglamento diferencia entre convenios preexistentes y posteriores a la fecha de su entrada en vigor**. El Reglamento establece la regla general de sustitución de estos convenios, de forma que goza de prevalencia aplicativa la norma reglamentaria europea. Ahora bien, por lo que se refiere a los posteriores a la entrada en vigor de la norma comunitaria, el art.8.2 admite su elaboración aunque con límites a la potestad estatal, al establecer que “podrán celebrar entre ellos, en caso necesario, convenios basados en los principios y el espíritu del presente Reglamento”. Con respecto a los Convenios anteriores a la norma comunitaria sólo podrían desplazar, total o parcialmente la aplicación del acervo comunitario cuando habiendo sido suscritos por los Estados miembros con anterioridad a la fecha de aplicación del presente Reglamento, resulten más favorables para los beneficiarios o deriven de circunstancias históricas específicas y tengan un efecto temporal limitado. Para que estas disposiciones sigan siendo aplicables, deberán ser inscritas en el anexo II (art. 8.1). El contenido de este anexo será determinado cuanto antes por el Parlamento Europeo y por el Consejo de conformidad con el Tratado y, a más tardar, antes

de la fecha de la aplicación del actual Reglamento mencionada en el artículo 91.

Esta tesis con respecto a los Convenios de Seguridad Social y al Reglamento comunitario fue aceptada por primera vez por el TJCE en la Sentencia de 7 de febrero de 1991, Asunto Ronfeldt (C-227/89), en ella el Tribunal revisa su propio criterio en el que atribuía imperatividad absoluta al art. 6 del Reglamento 1408/71 y no admitía la sustitución de los Convenios o Tratados precedentes a la integración entre Estados cuando éstos implican “para los trabajadores ventajas superiores a las que se derivan de la normativa comunitaria”.

El cambio de opinión se fundamenta en la superioridad jerárquica de los arts. 48 y 51 del Tratado de Roma sobre el citado art. 6 del Reglamento 1408/71. A estos efectos la sentencia señala “...el apartado 2 del art. 48 y el art. 51 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la pérdida de ventajas de Seguridad Social que se derivaría, para los trabajadores interesados, de la inaplicabilidad como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento 1408/1971, de los Convenios vigentes entre dos o más Estados miembros y que estén integrados en su Derecho nacional”.

En definitiva la aplicación de las disposiciones comunitarias no puede conllevar una disminución de las prestaciones concedidas por la legislación del país miembro, debiendo incluirse dentro de esas prestaciones también las dimanantes de los Convenios bilaterales o multilaterales de la Seguridad Social integrados dentro del Derecho interno, siempre que éstas fueran para el afectado más beneficiosas que las previstas en el Derecho comunitario. En este mismo sentido se manifiesta el TJCE en Sentencias de 9 de noviembre de 1995, asunto Thevenon (C-475/93); de 7 de mayo de 1998, asunto Gómez Rodríguez (C-113/96); de 17 de diciembre de 1998, asunto Grajera Rodríguez (C-153/97) y de 9 de noviembre de 2000, asunto Thelen (C-75/1999).

El papel coordinador que juega el Reglamento es determinante, en primer lugar, por las sustanciales diferencias que se presentan entre los Estados en materia de protección social, debidas básicamente a las diversas fuentes jurídicas que ordenan la protección de los Estados obligados al cumplimiento de esta norma –migrantes comunitarios- con respecto al resto de los ciudadanos que circulen o trabajen en nuestro país –extranjeros-, y, en segundo lugar, por el incremento del número de desplazamientos de trabajadores de unos Estados a otros que producirá la futura ampliación de la Unión Europea.

El objetivo del Reglamento es la coordinación de los sistemas de Seguridad Social con el fin de facilitar la libre circulación de los ciudadanos, sin embargo, la complejidad de la mayoría de sus preceptos del Reglamento antecesor, es decir, del nº 1408/71 y las dificultades que originó su comprensión, han dado lugar a una abundante jurisprudencia del TJCE interpretando sus disposiciones que posteriormente serán objeto de análisis.

Ante la necesidad de simplificar las primeras normas comunitarias en materia de Seguridad Social y de acabar con la complejidad y, en ocasiones, con la difícil comprensión de las disposiciones del Reglamento comunitario, se ha elaborado el Reglamento 883/2004 cuyo objetivo es modernizar y simplificar las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71.

Así pues, este trabajo se dedica al estudio de los principios básicos que rigen la coordinación comunitaria de las diferentes normativas de Seguridad Social de los Estados obligados a su cumplimiento, como al análisis de las reglas de aplicación de las diferentes normas reglamentarias que ordenan cada una de las prestaciones contenidas en el nuevo Reglamento comunitario tratando de facilitar la comprensión de sus disposiciones a través de numerosos ejemplos y casos prácticos.

Supuestos prácticos:

1. ¿Por qué razón los Estados tienen obligación de cumplir el Reglamento comunitario de Seguridad Social?
2. ¿Qué sucedería si una norma nacional de Seguridad Social contradijera lo previsto en el Reglamento comunitario?
3. El Reglamento tiene un papel coordinador y no armonizador, ¿qué quiere decirse con ello?
4. ¿Por qué se dice que el Reglamento de Seguridad Social comunitario facilita la libre circulación de trabajadores?
5. Si entre dos Estados parte del Reglamento comunitario existiera un Convenio bilateral de Seguridad Social, firmado antes de que

Trabajadores comunitarios y Seguridad Social

entraran en vigor dicho Reglamento, ¿Cuál sería la norma aplicable a un ciudadano que hubiera prestado servicios en ambos Estados?

4. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE SEGURIDAD SOCIAL

El Reglamento comunitario nº 883/2004 será de aplicación a los **nacionales comunitarios** y a los ciudadanos **pertenecientes al Espacio Económico Europeo**, así como, a los **ciudadanos suizos, a los apátridas y refugiados** residentes en uno de los Estados, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como **a los miembros de sus familias y a sus supérstites**.

Su ámbito subjetivo se extiende a todas las personas que están cubiertas por la legislación de Seguridad Social en un Estado miembro. El sistema de coordinación abarca a personas que no forman parte de la “población activa”, pero que, a pesar de ello, están afiliadas en determinados ámbitos a un régimen de seguridad social y pueden ejercer su derecho a la libre circulación (por ejemplo, estudiantes).

El Reglamento protege a todas las personas aunque en el momento de la solicitud estén inactivas si permanecen en el Estado al que en su momento emigraron, impidiendo que pierdan los derechos de Seguridad Social ya adquiridos. Dicha disposición exime al ciudadano de estar asegurado en el momento en que solicita la aplicación del Reglamento comunitario de Seguridad Social, siendo suficiente con que lo haya estado previamente. En este sentido el TJCE en sentencia de 9 de julio de 1987, asunto Laborero y Sabato (82 y 103/86) decía “la condición de trabajador debe apreciarse en relación con el periodo durante el cual el asegurado participó en el régimen de Seguridad Social considerado”.

Inicialmente, el Reglamento 1408/71 incluía únicamente a los **trabajadores por cuenta ajena**, pero a partir del 1 de julio de 1982 el ámbito subjetivo empezó a ampliarse para incluir también a los **trabajadores independientes** o por cuenta propia (Reglamento 1390/81), siempre que ostentaran la nacionalidad de alguno de los Estados miembros. También están cubiertos por esta normativa **los miembros de la familia y los supervivientes de los trabajadores** asalariados o por cuenta propia, a los cuales no se les exige ostentar la nacionalidad de ningún Estado miembro. Posteriormente, el

Reglamento 1606/98 del Consejo de 29 de junio, amplió el alcance del ámbito subjetivo a los **funcionarios públicos** para que estuvieran en igualdad de condiciones en cuanto a los derechos legales generales de jubilación vigentes en los Estados miembros. Más tarde, el Reglamento 307/1999 de 8 de febrero, incluyó a **todas las personas aseguradas, así como a los estudiantes** y a otras **personas que no tuvieran relación con el mercado de trabajo**. Esta normativa también es extensible a los **apátridas y refugiados** residentes en un Estado miembro. La última ampliación ha sido a través del Reglamento 859/2003 de 14 de mayo, que extendió la aplicación de la citada normativa a los **ciudadanos de terceros países** que cumplan determinados requisitos, sin requerirles la nacionalidad de ningún Estado miembro.

Finalmente, el Reglamento 883/2004 haciéndose eco de todas las modificaciones anteriores adopta una definición amplia de su ámbito subjetivo extendiéndolo a todas las “personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes” (art.2) sin llegar a referirse a los nacionales no comunitarios cuya protección se traslada al Reglamento 859/2003. Este precepto elimina de su definición el término “trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia”, contenido en el Reglamento 1408/71, por lo que su ámbito subjetivo deja de estar profesionalizado, de forma que ya no se requiere el aseguramiento a un sistema nacional en calidad de trabajador para beneficiarse de las disposiciones comunitarias de Seguridad Social. El actual Reglamento ha roto el vínculo estrictamente laboralista y ha “entronizado al ciudadano como beneficiario preferente y privilegiado de derechos sociales”⁴.

De esta forma quedan dentro de su ámbito de aplicación los **“trabajadores ”** que estén asegurados en virtud de un seguro obligatorio o facultativo contra una o varias contingencias correspondientes a las ramas de un régimen de Seguridad Social, ya sea por cuenta ajena o propia o en un régimen especial de funcionarios.

También están incluidos en su ámbito de aplicación todos los **supervivientes y miembros de la familia** del nacional comunitario que estén o hayan estado sujeto a la legislación de uno o de varios Estados miembros, independientemente de cual sea su nacionalidad.

Miembro de la familia será aquella **persona definida o admitida como tal o designada como miembro del hogar por la legislación en base a la cual las prestaciones son servidas**; pero con respecto a las prestaciones en especie sobre enfermedad, maternidad y paternidad habrá de atenderse para delimitar el concepto a la legislación del Estado en el que resida (art. 1.i). En caso de silencio de la citada legislación a este respecto, es decir, en caso de no distinguir quienes deben considerarse miembros de la familia el Reglamento comunitario afirma que son tales: **el cónyuge, los hijos menores de edad y los hijos mayores de edad a cargo**. Y si la legislación del estado en cuestión sólo estima como “miembro de la familia” a la persona que viva en el hogar de la persona asegurada o del titular de una pensión, **bastará a efectos de aplicarle este Reglamento con que la persona de que se trate esté a su cargo**, sin necesidad de que convivan en el mismo domicilio.

En torno al alcance de los **derechos de los familiares** en la regulación comunitaria se ha pronunciado el TJCE para considerar que **el familiar no tiene el mismo estatus que el trabajador que es ciudadano de un Estado miembro, pues el primero posee derechos propios y el segundo derechos derivados**, ello significa que no pueden pretender en base a los reglamentos comunitarios nada más que los beneficios expresamente previstos en su favor y no por extensión o asimilación los previstos en el conjunto del sistema.

El legislador comunitario deja claro que si alguna normativa nacional supedita esta condición al requisito de convivencia, tal condición se entenderá cumplida cuando el familiar o superviviente “esté a cargo del trabajador”, es decir, dependa económicamente de los ingresos del mismo.

Así por ejemplo, el hijo de un ciudadano francés que ha venido a pasar sus vacaciones junto con su padre a España, tiene derecho a que se le

preste la asistencia hospitalaria que precise conforme al 19 del Reglamento.

También quedan incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento a partir de la entrada en vigor del Reglamento 1606/98 los **funcionarios pertenecientes o no a regímenes especiales**. Antes se mantenían excluidos los funcionarios pertenecientes a regímenes especiales y las personas equiparadas, pero esta exclusión ya no tenía justificación alguna⁵, pues el TJCE en sus resoluciones referidas al art. 48.4 del Reglamento 1408/71 había reconocido amplios derechos de acceso al empleo en la administración pública a los nacionales de los Estados miembros.

No en vano, el legislador comunitario abandona la noción de trabajador como sujeto protegido por la Seguridad Social para avanzar sobre el concepto de “beneficiario”, permitiendo extender su protección a los funcionarios y al personal, que según la legislación aplicable, les sea asimilado, en la medida que estén o, al menos, hayan estado sometidos a la legislación de un Estado miembro en el que sea aplicable el Reglamento –art.2 del Reglamento-. La norma comunitaria para evitar las dificultades que conlleva la utilización del término trabajador y asimilado se reduce a delimitar su ámbito subjetivo a un criterio técnico, en concreto, el de estar asegurado contra uno varios eventos correspondientes a ramas de un régimen de Seguridad Social que se aplique a los trabajadores subordinados.

También se hallan dentro de su campo de aplicación **los transeúntes**, es decir, aquellas personas que no son trabajadores y que se hallan en tránsito, quizá de vacaciones en otro país. La Comisión Europea para referirse a ellos utiliza el término “sedentarios”, porque son personas cuya estancia no es laboral y además es inferior a 90 días –este es el periodo que suelen fijar los Estados para que los turistas no precisen obtener la tarjeta de residente-. A ellos se refiere el art. 19 del Reglamento para las contingencias de enfermedad, maternidad y de paternidad asimiladas, cuando sufren **algún tipo de infortunio** y necesitan de modo inmediato una prestación en el país en el que están de viaje; cuando requieren atención sanitaria y hospitalaria con el

fin de **continuar un tratamiento iniciado en su país**, la persona requiere autorización por parte del país donde viene recibiendo esa prestación de enfermedad; y por último cuando requiere una **prestación complementaria**, en cuyo caso también deberá ser autorizado por el Estado donde está recibiendo la prestación sanitaria para que ésta complemente a la de origen.

Deben **incluirse igualmente a los pensionistas** que estén en un país que no es el suyo, como es el caso de los extranjeros llegados a España, procedentes de otros países comunitarios, personas que han terminado su vida laboral en otros Estados y vienen a España a disfrutar de la nueva etapa de retiro.

Los **refugiados** que de acuerdo con el art. 1º.A.2) de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 son aquellas personas que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, causa de dichos temores no quiera acogerse a la protección de tal país” se incluyen así mismo en su ámbito de aplicación si han conseguido la residencia de alguno de los Estados obligados por el Reglamento. El mismo requisito de residencia se les exige a los **apátridas** que conforme a lo dispuesto en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas realizada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 es “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación, y manifieste carecer de nacionalidad” para beneficiarse de la ordenación comunitaria. El mismo beneficio se extiende a los miembros de sus familias y a los supervivientes tanto de los apátridas como de los refugiados.

La última extensión se hizo a los **ciudadanos de terceros países** a través del **Reglamento 859/2003 de 14 de mayo**, acogiendo a aquellos nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que se encuentren en situación de residencia legal en el territorio de un Estado miembro y siempre que se hallen en una situación

en la que todos los elementos no estén situados en el interior únicamente de un solo Estado miembro. En concreto, la citada norma establece “....se aplicará a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad no estén cubiertos por las mismas, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que se encuentren en situación de residencia legal en el territorio de un Estado miembro y siempre que se encuentren en una situación en la que todos los elementos no estén situados en el interior únicamente de un solo Estado miembro”.

Atendiendo a la redacción de este precepto, habrá que entender que un nacional de tercer país que desde su país de origen llegue a España y se establezca aquí, por muy legal que se encuentre si no sale de España, no podrá beneficiarse de esta coordinación. Si por el contrario, tras unos años trabajando legalmente en España, se traslada a Francia, donde trabaja legalmente si podrá beneficiarse de la totalización de los periodos cotizados en ambos países miembros.

La extensión a los nacionales de terceros Estados ha sido uno de los **puntos más conflictivos** por la oposición frontal a ésta que han manifestado algunos de los Estados miembros. España defendió, apoyó e impulsó la inclusión de los nacionales de terceros Estados en el campo de aplicación personal del Reglamento, con el fin de conseguir una mejor integración de los nacionales no comunitarios, ahora bien, afirmaba que dicha protección en el ámbito de la Seguridad Social no debe conllevar ni implicar una decisión sobre la libre circulación de los nacionales de terceros Estados, ni sobre los permisos de residencia o condiciones de la misma. A este respecto mantenía que a través de la seguridad social, y por vía indirecta, no se debían regular otras materias. **Por este motivo, la coordinación de regímenes de Seguridad Social a los nacionales de terceros Estados debe referirse y limitarse a los que residan legalmente.**

Pero la aplicación de esta **norma conlleva algunas dificultades** ya que estos **nacionales de terceros países deben hallarse en situación de residencia legal** y, actualmente, ser legal en un Estado de la UE no te da ningún derecho o preferencia para trabajar libremente, esto es, sin trabas administrativas en otro Estado miembro. Un nacional de tercer país que tenga permiso de residencia y trabajo en España, si quiere ir a trabajar a Francia deberá solicitar los correspondientes permisos de trabajo y residencia en Francia, según la legislación francesa, porque si bien hay propuestas de la UE tendentes a unificar unos mínimos en cuanto a tipos de permisos, plazos de

resolución etc., por ahora no son más que propuestas para las cuales no hay voluntad política y están bloqueadas en el Consejo.

Si relacionamos el supuesto anterior con la posibilidad de exportación del subsidio por desempleo, vemos lo efímera que es esta opción, de la que solo podrá beneficiarse cuando dicho nacional no comunitario goce del derecho, en su caso, en virtud de un permiso de residencia, de inscribirse como solicitante de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro al que vaya a ejercer legalmente un empleo.

La extensión a los nacionales de terceros Estados tiene algunas dificultades, teniendo en cuenta las circunstancias que éstos deben reunir, porque, por ejemplo, en España el permiso para búsqueda de empleo previsto en el art. 39 LOEx sólo podrá solicitarlo los hijos o nietos de español de origen. El resto de las personas sólo accederán a un permiso de trabajo y residencia si tienen una oferta de trabajo, con lo cual, el trabajador inmigrante una vez concedido dicho permiso, se presupone que va a comenzar a trabajar y por lo tanto no tiene ningún sentido que se le dé esta posibilidad, que *de facto*, no le será de ninguna utilidad, al menos en ese momento.

Esta nueva regulación implica beneficios tanto para el Gobierno español como para los propios nacionales de terceros países. A estos últimos porque se les garantiza asistencia sanitaria en los desplazamientos a otros países bien por motivos de turismo, bien, por motivos de tránsito. No hay que olvidar que por España, transitan una gran cantidad de trabajadores marroquíes, que siendo asegurados de otros países de la UE (Francia sobre todo), se dirigen durante las vacaciones de verano a su país, normalmente Marruecos. Al Gobierno español le beneficia en la medida en que la Administración española podrá reclamar a las administraciones aseguradoras de estos trabajadores todos los gastos de asistencia sanitaria que se puedan generar en su paso por nuestro país.

Así pues, esta nueva regulación reconoce, por ejemplo, el derecho a la asistencia sanitaria del ciudadano magrebí empleado en Francia, Bélgica o Alemania que pudiera sufrir un accidente en una carretera española de

paso por España y de camino hacia sus países de origen por motivo de vacaciones.

En conclusión, se puede decir que el elevado número de personas a las que afectan dichos Reglamentos, como son trabajadores comunitarios en España, españoles en la Unión Europea, en el Espacio Económico Europeo y en Suiza, familiares, supérstites y sobre todo turistas que se desplazan por los distintos Estados de vacaciones, es, como ya se ha dicho, una de las notas que demuestran la importancia de esta normativa, pues la convierte en una de las normas comunitarias de aplicación más intensiva y extensiva⁶.

Supuestos prácticos

1. ¿Puede beneficiarse del Reglamento comunitario un trabajador que “habiendo dejado su empleo, puede trabajar en otro”?
2. ¿ Se beneficiarán los trabajadores autónomos de las medidas de protección social contenidas en este Reglamento?
3. La esposa de un trabajador francés ha venido a pasar a España unas vacaciones –ella no trabaja en su país- ¿Tiene derecho a beneficiarse de las ventajas del Reglamento comunitario? ¿En el supuesto de que sufriera alguna enfermedad tendría obligación el Estado español de atenderla?
4. ¿Están incluidas en el Reglamento las personas que hayan obtenido el estatuto de “refugiado” o “apátrida”?
5. ¿Cuáles son los familiares de los nacionales comunitarios incluidos en el ámbito subjetivo del Reglamento?
6. Si la legislación de un Estado miembro sólo reconociera como “miembro de la familia” a aquellos hijos que convivan con el sujeto titular del derecho, ¿estarían dentro del ámbito de aplicación del convenio estos

Trabajadores comunitarios y Seguridad Social

hijos menores de edad que conviven en otro domicilio aunque a cargo de dicho titular?

7. ¿Está dentro del ámbito de aplicación del Reglamento un ciudadano argelino que lleva prestando servicios en nuestro país desde hace un año sin que se haya desplazado en ningún momento fuera de nuestro país?
8. ¿Tendría obligación nuestro país de prestar asistencia sanitaria a unos ciudadanos de nacionalidad sudafricana que están trabajando en Holanda y que a su paso por nuestro país sufren unos problemas intestinales por los que precisen asistencia hospitalaria?

5. PRINCIPIOS GENERALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL APLICABLES A LOS TRABAJADORES MIGRANTES

El Derecho a la Seguridad Social de los trabajadores que se desplazan por la Unión Europea se apoya en lo básico sobre determinados pilares o principios rectores inspiradores del sistema comunitario de Seguridad Social. El examen de dichos principios es importante realizarlo previamente al de las concretas contingencias amparadas y tratadas en el sistema comunitario porque ello facilitará la comprensión de su regulación.

Previamente al estudio de la regulación de cada uno de ellos hay que señalar que en su ordenación el Reglamento diferencia entre **Estado competente**, que sería el Estado al que está afiliado en el momento en que solicita la prestación, que suele coincidir con el **Estado obligado** al pago de la prestación económica o en especie y que puede coincidir o no con el **Estado de residencia** -lugar donde tiene en ese momento su estancia habitual- o el **Estado de estancia** -lugar donde tiene su estancia de forma temporal el trabajador solicitante-.

5.1. Delimitación de la Ley de Seguridad Social aplicable

El Título II del Reglamento –arts. 11 a 16- establece como **regla general que a todos los ciudadanos desplazados o afectados por las leyes de diferentes Estados miembros se les aplicará la legislación sobre Seguridad Social de un único Estado miembro** –principio de unicidad normativa-.

Si el ciudadano desplazado o afectado por las leyes de varios Estados miembros desarrolla una actividad laboral en alguno de los Estados la ley aplicable será, con carácter general, la legislación de Seguridad Social del país donde el trabajador ejerza su actividad por cuenta ajena “**lex loci laboris**”. Dicha ley será aplicable aunque el trabajador haya fijado su residencia en el territorio de otro Estado miembro o la empresa tenga su sede o su domicilio

social en el ámbito geográfico de otra nación de la Unión. Así pues, para la mayoría de las prestaciones el **Estado competente** es aquel en el que el trabajador haya **cubierto en último lugar un periodo de seguro**. Este principio evita la duplicidad de cotizaciones –si se cotiza en un Estado no cabe la posibilidad de exigir cotizaciones en otro distinto- y la falta de protección - impidiendo que al estar involucrados los sistemas de dos países distintos ninguno de ellos ofrezca protección al trabajador desplazado-.

El Estado competente es siempre el Estado miembro en el que se halla la institución a la cual está afiliado el trabajador en el momento de la solicitud de las prestaciones; o en la que el trabajador tiene derecho a prestaciones o tendría derecho a ellas si residiera en él. Debe diferenciarse este Estado del de residencia que es aquel en el que reside el trabajador, que no tiene porque coincidir con el Estado competente, es decir, con el que está asegurado.

La determinación de la ley sirve para concretar el régimen de Seguridad Social que será aplicable al trabajador migrante cuando solicite una prestación económica o asistencial. Así pues, las condiciones para la concesión de las prestaciones las prevé dicha legislación nacional, ello significa que **al fijar los requisitos para tener derecho a dichas prestaciones, los Estados miembros están obligados a respetar las disposiciones del Derecho comunitario vigente**, de forma que al aplicar dichas condiciones no pueden quedar excluidas de la aplicación de la legislación de que se trate, por ejemplo, aquellas personas que no disfruten de la condición de residente en el territorio en el que esté realizando su trabajo el interesado. Ello en tanto que el art.13 párrafo 2 del Reglamento sustituye la condición de residencia por una condición basada en el ejercicio de la actividad asalariada en el territorio del Estado miembro de que se trate.

La citada regla general tiene **excepciones** –arts. 12 a 16 del Reglamento-.

1. Aquella persona **que ejerciten simultáneamente una actividad por cuenta propia y una actividad por cuenta ajena en otro Estado miembro –**

art. 13.3- estará sujeta a la legislación del Estado en el que ejerza la actividad por cuenta ajena.

2. Las personas **que ejercen una actividad por cuenta propia en el territorio de dos o más Estados miembros estarán sujetas a** la legislación del Estado donde reside si ejerce una parte sustancial de su actividad en él; o la legislación del Estado en el que se encuentra el centro de interés de sus actividades, si no reside en uno de los Estados miembros en los que ejerce una parte sustancial de su actividad –art.13.2-

3. Las personas **que ejercen una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros** o que dependa de varias empresas que tengan su sede o domicilio social en diferentes Estados miembros, como, por ejemplo, los que se dedican al transporte internacional de pasajeros o de mercancías por vía férrea, por carretera, por aire o algunos representantes de comercio, estarán sujetas a la legislación del Estado miembro de residencia, siempre que ejerza una parte sustancial de su actividad en dicho Estado. Ahora bien, si no es así estará sujeta a la legislación del Estado miembro en el que la empresa que la ocupa tenga su domicilio social-art. 13.1-.

4. En aquellos supuestos en los que se deban **tomar en consideración dos o más legislaciones** –totalización de los periodos de seguro- **para reconocer y calcular el derecho** a una prestación y/o para distribuir su carga financiera entre varios Estados, como sucede en las prestaciones de invalidez, vejez, supervivencia, las rentas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, o a las prestaciones por enfermedad en metálico que sean de duración ilimitada –art.11.2- se aplicará la ley de cada uno de los Estados obligados al pago.

6. Aquellos trabajadores que se **desplacen** a realizar su trabajo **temporalmente a otro Estado** por decisión de su empleador continuarán **sometidos a la legislación del país donde ejercitan normalmente su actividad** siempre que la duración de ese trabajo no excediera de veinticuatro

meses y que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra que ya estuviera allí –art.12-. El Reglamento **diferencia entre los citados desplazamientos temporales y los traslados de larga duración** en los cuales ya es aplicable de nuevo la regla general, es decir, la ley del lugar de trabajo.

7. En el caso de los **trabajadores a bordo de un buque** que enarbole pabellón de un Estado miembro se considerará actividad ejercida en dicho Estado. Ahora bien, si esta persona es remunerada por esta actividad por una empresa que tenga su domicilio en otro Estado estará sujeta a la legislación de éste último Estado siempre que dicha persona residiera en éste –art.11.4-.

El Estado competente será el único Estado pagador de la prestación económica que le corresponda al trabajador, ello a salvo de lo que sucede en las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia donde los interesados se benefician, en principio, del conjunto de prestaciones adquiridas en los distintos Estados miembros en los que hayan estado asegurados, siempre que reúnan los requisitos legalmente exigidos.

Hasta ahora nos hemos referido al ciudadano en activo pero si el ciudadano desplazado o afectado por las leyes de varios Estados miembros no está prestando servicios o no son personas laboralmente activas la ley aplicable será la ley del lugar de residencia “**lex residentiae**”.

Supuestos prácticos:

1. Si un ciudadano comunitario ha prestado servicios por cuenta ajena en Francia, Alemania y Bélgica y actualmente reside y trabaja en Roma ¿Cuál será la ley aplicable con carácter general?.
2. Si ese mismo ciudadano comunitario sólo se halla en Roma por un periodo de 9 meses, en tanto que su empresa tiene previsto trasladarlo de nuevo a París. ¿Cuál sería la ley aplicable, en general, si sufriera cualquier contingencia durante su estancia en Italia?

3. Un ciudadano holandés desarrolla una actividad por cuenta ajena en Francia y por cuenta propia en su país, ¿cuál sería la legislación aplicable en general a dicho ciudadano?
4. ¿Cuál será la ley aplicable a una persona que trabaja habitualmente en más de un Estado miembro, aunque reside en uno de los países en los que presta servicios?
5. Un ciudadano belga dedicado al transporte internacional de mercancías trabaja para una empresa con sede social en París aunque él viaja habitualmente dentro de los Países Bajos, Francia y España, ¿Cuál será la Ley aplicable a este señor?
6. ¿Qué ley se le aplicará a un ciudadano español que trabaja para la compañía aérea Air France, con sede social en París, si su trabajo se desarrolla entre los diferentes países europeos?. La residencia de dicho ciudadano está fijada en Madrid.
7. Un ciudadano inglés desarrolla actividades por cuenta propia en Londres, Madrid y Roma, aunque la mayor parte de su negocio está en su país, ¿cuál sería la ley aplicable a este ciudadano en el caso de que sufriera alguna contingencia?
8. ¿Qué ley sería aplicable a una ciudadana de nacionalidad y residencia francesa si ésta sufriera un accidente en nuestro país en el transcurso de unas vacaciones?. Esta ciudadana no presta servicios por cuenta propia o ajena en ningún Estado miembro.

5.2. Conservación de derechos adquiridos y en curso de adquisición

La conservación de los derechos adquiridos es uno de los principios fundamentales en la coordinación de la Seguridad Social, en la medida que la concesión de la mayoría de las prestaciones de Seguridad Social suele estar supeditada al cumplimiento de periodos de empleo, de seguro o de residencia. Ello supone que el cambio de país en el que un ciudadano trabaja podría irrogarle numerosos perjuicios si el interesado no hubiera cumplido, atendiendo a la legislación del Estado competente, el periodo de seguro requerido para acceder a las prestaciones económicas o sanitarias que el ciudadano precise en ese Estado. Este principio supone que **un ciudadano no pierde el derecho a obtener una prestación de Seguridad Social por el hecho de residir en otro Estado miembro distinto de aquel en virtud de cuya legislación adquirió o podría adquirir el derecho a alguna prestación de Seguridad Social.**

Así por ejemplo, si un ciudadano holandés después de haber trabajado en su país decide trasladarse a Suiza a trabajar, tendrá derecho en este último país a recibir la prestación de la Seguridad Social que le correspondiera tras sufrir cualquier tipo de contingencia, teniendo en cuenta, si fuera necesario, el periodo de tiempo que cotizó en Holanda.

A este principio se refiere el art. 7 del Reglamento, al prever que las pensiones, las prestaciones y los subsidios adquiridos al amparo de las legislaciones de uno o más Estados miembros no se pueden reducir por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el que se encuentra la institución deudora.

La puesta en práctica de este principio requiere el empleo de las técnicas de la totalización de los periodos y la del prorrateo.

Supuestos prácticos:

1. Una ciudadana belga ha prestado servicios por cuenta ajena durante 5 años en Turquía, 4 años en Francia y 9 años en su país. Ella desconoce si en el Estado en el que reside actualmente –España- tiene obligación de computar los periodos de tiempo cotizados en el resto de los citados países a efectos de calcularle su pensión de jubilación. Explique razonadamente cuál es su derecho atendiendo a la norma comunitaria.
2. Si un ciudadano español presta sus servicios por cuenta ajena en nuestro país durante 30 años y cuando alcanza la jubilación decide trasladar su residencia a Alemania, lugar donde reside su hija, ¿conserva el derecho a su prestación de jubilación en el último país citado?
3. Teniendo en cuenta que para la percepción de una prestación por incapacidad temporal en nuestro país, originada por causas comunes, se precisa un periodo determinado de cotización previa, ¿tendría derecho a ésta un ciudadano luxemburgués que se hallara en nuestro país de vacaciones tras haber sufrido una enfermedad común y teniendo en cuenta que ha cotizado durante 3 años en Francia, lugar donde se encuentra en ese momento prestando servicios por cuenta ajena y residiendo?.

5.2.1. Principio de totalización de periodos cotizados

Este principio garantiza el mismo valor a todos los periodos de seguro cumplidos por las personas en diferentes Estados, de forma que los trabajadores migrantes puedan cumplir la condición sobre duración mínima de periodos de seguro cuando la legislación nacional subordine al cumplimiento de una condición semejante la posibilidad de acceder a una determinada prestación –art. 6 del Reglamento-.

Esta técnica garantiza el **cómputo de cotizaciones efectuadas por el trabajador migrante en los diferentes Estados**. El principio de totalización no es más que la concreta plasmación de la exigencia de “desterritorialización” derivada del propio Tratado de la Comunidad Europea que **permite la conservación no sólo de los derechos adquiridos sino también los derechos en curso de adquisición**.

El objetivo final de este principio es garantizar a los ciudadanos su acceso a las prestaciones como si hubieran efectuado todos los periodos de seguro cumplidos en los diferentes Estados en un solo país. De esta forma, al trabajador migrante se le trata como si hubiera cubierto un único periodo de seguro a lo largo de su vida profesional y así **se permite la acumulación de todos los periodos tomados en consideración por las diferentes legislaciones nacionales**. Ello significa que el Estado miembro competente tendrá en cuenta y valorará, a efectos del derecho y de la cuantía de las prestaciones los periodos de seguro cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro, como si se tratara de periodos cubiertos bajo la legislación que el mismo aplica.

Ej. Para comprobar si un ciudadano holandés que ha prestado servicios no sólo en Holanda, sino también en Bélgica y Alemania reúne el periodo mínimo de cotización exigido por el Estado competente – Holanda- se tendrán en cuenta los periodos cotizados en dicho Estado además de los periodos cotizados en Bélgica y Alemania.

No es necesario totalizar cuando con el periodo de trabajo reunido en un Estado se **pueda solicitar una prestación íntegra**, ello sin perjuicio de que la persona pueda recurrir a la totalización con el fin de iniciar el derecho a las prestaciones en otro Estado miembro. El trabajador podría acumular la pensión nacional no prorrateada, con una pensión calculada en otro Estado Miembro en base al Reglamento tras recurrir al principio de totalización.

Ej. si un ciudadano inglés reúne en su país el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a una prestación de jubilación no deberá recurrir a la suma de otros periodos de cotización cumplidos en España. Ahora bien, si este ciudadano reuniera a su vez quince años de cotización en nuestro país y cumple a su vez los requisitos establecidos en el art.161 de la Ley General de Seguridad Social tendrá derecho a una prestación en nuestro país.

La totalización no **puede realizarse con periodos de seguro que se superpongan** de forma que si el interesado tiene un seguro obligatorio y a su vez un seguro voluntario o facultativo, se considerará que está sujeto exclusivamente al régimen de seguro obligatorio, ahora bien, si estuviera sujeto a dos o varios regímenes de seguro voluntario el interesado deberá optar por uno u otro de estos seguros. Sólo para el supuesto previsto en el art. 14.3 del citado Reglamento se admite que en materia de invalidez, vejez y supervivencia puedan superponerse periodos de seguro voluntario cumplidos en un Estado miembro con periodos de seguro obligatorio en otro Estado miembro –art.53.3.c)-, siempre que la acumulación esté permitida en el primer Estado.

La prohibición de superposición no es **absoluta** pues en aquellos casos en que la persona no pueda acreditar un periodo mínimo de trabajo para acceder a alguna prestación a menos que se recurra a la totalización, se le permitirá contabilizar periodos superpuestos en el supuesto de que un periodo efectivo, que sirvió ya en un Estado para determinar la cuantía de la prestación, sea necesario para iniciar el derecho a prestación en otro Estado.

También juega el principio de totalización para las prestaciones no contributivas a las que les sea aplicable el Reglamento en cuestión, así lo afirma el TJCE en Sentencia de 7 de mayo de 1969, asunto Torrekens (C-28/68). No obstante, el art. 70.4 deja claro que éstas serán satisfechas por la institución del lugar de residencia, a su cargo, y con arreglo a la legislación de dicho Estado, lo que implica que en ningún caso procederá el prorrateo.

Supuestos prácticos:

1. ¿Perdería un ciudadano comunitario el periodo cotizado en Bélgica si decidiera trasladarse a España?. ¿Y si las cotizaciones se hubieran realizado en Noruega?
2. ¿Es necesario recurrir a la totalización para calcular cualquier tipo de prestación siempre que el trabajador haya prestado servicios en varios Estados miembros?
3. Un ciudadano de nacionalidad española ha trabajado durante 10 años en Argentina, 5 años en Francia y 5 años en Alemania. Actualmente reside en España, donde ha trabajado los últimos 5 años. Alcanzada la edad de jubilación en nuestro país no sabe si puede computar a efectos de cálculo de esta prestación los periodos cotizados en los citados Estados. Explíqueme cuántos años se tendrán en cuenta a la hora del cálculo.
4. Una vez que falleciera este señor, ¿tendría su esposa derecho a pensión de viudedad?. Si así fuera ¿qué periodos deberían computarse para el cálculo de dicha prestación?

5.2.2. Principio de prorrateo de prestaciones

La técnica del prorrateo de pensiones es **consecuencia directa de la totalización de periodos de seguro**, de forma que una vez que se ha realizado esta última operación a favor de una persona que ha estado asegurada en más de un Estado, es frecuente que ésta no reciba del Estado de que se trate una prestación completa, como si hubiera cumplido todos los periodos en éste país; **lo habitual es que únicamente reciba una parte de la prestación nacional, proporcional al periodo efectivamente cumplido en dicho Estado**. Esta técnica se denomina “prorrateo” y sólo se predica de algunas de las prestaciones a las que es aplicable el Reglamento comunitario.

Ej. Cuando un ciudadano comunitario haya cotizado 10 años en España, 5 años en Alemania y 4 años en Francia, al solicitar la pensión de jubilación cada Estado estará obligado a hacerse cargo de la parte de pensión que le corresponda en proporción al número de años que ha cotizado en cada uno de ellos.

A estos efectos cada uno de los Estados debe instruir el oportuno expediente para concretar el derecho y su cuantía. **No se trata de una pensión única dividida entre varios países** obligados sino de **prestaciones independientes con cargo a distintos Estados**, ya que cada uno de ellos la reconocerá atendiendo a su propia legislación pese a tener en cuenta un periodo totalizado. La institución competente de cada Estado miembro obligado determinará, de acuerdo con su propia legislación, si el asegurado tiene o no derecho a la prestación solicitada teniendo en consideración todos los periodos de cotización equivalentes cumplidos en los distintos países.

La **fórmula para liquidar las pensiones** contenida en los arts. 52 y 56 del Reglamento y a la que se remiten el art. 46 –regulador de la invalidez para trabajadores sujetos a regímenes del tipo B o a regímenes del tipo A y B- y el art. 69 –para prestaciones familiares- es la siguiente:

1. Cuando el derecho a la prestación surge en un Estado, sin que sea preciso recurrir a la totalización de periodos, el trabajador recibe de su institución competente una pensión calculada de acuerdo tan sólo a los periodos cumplidos conforme a su legislación –art. 52- (prestación nacional).
2. Cuando el derecho a la prestación se inicia en un Estado en el que no tiene derecho a prestación si no recurre a la totalización, el interesado sólo recibirá a cargo de la institución competente la fracción de la pensión que le corresponda atendiendo al tiempo que ha cotizado en ese país. El Estado primero calculará el importe teórico y en segundo lugar un importe real (**prestación prorrateada**). La cuantía teórica de la prestación sería la prestación que el interesado recibiría si todos los periodos de seguro hubieran sido cumplidos en el Estado que realice el cálculo de la prestación. Si con arreglo a ley de ese Estado el importe de la prestación no depende de la duración de los periodos cumplidos, se considerará que dicho importe constituye la cuantía teórica.

A continuación el Estado calculador determinará el **importe real de la prestación prorrateada**, aplicando a la cuantía teórica la proporción entre la duración de los periodos cumplidos antes de que se materializara el riesgo y la duración total de los periodos cumplidos antes de la fecha de su materialización.

A la cuantía nacional o la cuantía prorrateada que debiera pagar un Estado se le podrán aplicar las cláusulas de reducción, suspensión o supresión previstas en la legislación de cada Estado siempre dentro de los límites marcados por los arts.53 a 55 del Reglamento –reglas anticúmulo-.

Si al aplicar el art. 52.1.b) del Reglamento la legislación nacional aplicada establece una duración máxima de periodos para tener derecho a una prestación completa, aunque la suma de los periodos sea superior a esa duración máxima, la institución competente sólo tendrá en cuenta el periodo máximo y no la totalidad de dichos periodos art. 56.1.a).

Así, por ejemplo, en España el periodo máximo que se tendrá en cuenta a efectos del cálculo de la pensión de jubilación es 35 años. Si el trabajador al que se le calcula la prestación sumara tras la totalización más de 35 años de cotización no se le tendrán en consideración para la determinación de la prestación los años que sobrepasen dicho límite.

Respecto a este principio se ha planteado el debate en torno a si cuando un Estado miembro procede a contabilizar periodos cumplidos en otro Estado es necesario también prorratear las prestaciones con este último Estado teniendo en cuenta que dichos periodos no eran necesarios para la iniciación o para el cálculo de prestaciones.

A estos efectos se ha considerado que constituiría un obstáculo para la circulación de los trabajadores el hecho de que un ciudadano que hubiera trabajado en diferentes Estados miembros fuera privado de las prestaciones de la Seguridad Social que hubiera obtenido si hubiera trabajado siempre en el mismo Estado. Sin embargo, se ha entendido que no debe recurrirse a la totalización, ni al prorrateo, cuando un trabajador pueda solicitar la concesión íntegra de una prestación en virtud de la legislación de un solo Estado, sin que ello le impida recurrir a los periodos cubiertos en otros Estados para iniciar el derecho a prestaciones en otros Estados miembros⁷.

Supuestos prácticos:

1. Un ciudadano de nacionalidad española ha trabajado en Francia durante 10 años, en Luxemburgo 7 años y finalmente ha vuelto a España donde ha prestado servicios durante 5 años hasta alcanzar la edad de 65 años, ¿Tendría derecho a alguna pensión en España? ¿Quién tendría obligación de pagarla?
2. Una ciudadana española ha cotizado en nuestro país durante 15 años – tiempo mínimo exigido en nuestra Ley General de Seguridad Social para acceder a la pensión de jubilación- pero antes había trabajado en Alemania durante 10 años. ¿Qué periodo se tendrá en cuenta a efectos de calcularle su pensión de jubilación? ¿Quién tendrá obligación de abonarle la prestación de jubilación: España, Alemania o los dos Estados?

3. Un ciudadano francés trabaja en España desde hace 7 años pero anteriormente lo había hecho en su país –Francia- 7 años y medio y en Londres –6 meses-. Hace un mes sufrió un grave accidente de automóvil en Bilbao que le ha ocasionado una invalidez permanente. Explíquelo: 1) Donde debe solicitar la prestación por invalidez. 2) ¿Qué Estado/s tiene obligación de pagarle?.

4. Un ciudadano alemán trabaja en España desde hace 6 años pero anteriormente lo había hecho en su país –Alemania- 8 años y medio y en Londres –6 meses-. Alcanza la edad de jubilación –65 años- y lo que quiere es solicitar la prestación de jubilación. 1) En qué país podría solicitar esta prestación? 2) Si lo hace en España debe tenerse en cuenta que en nuestro país se requiere como mínimo 15 años de cotización ¿tendría España obligación de concedérsela?. 3) ¿Qué Estados tienen obligación de pagarle? 4) ¿Cuales son los principios aplicables?.

5.2.3. Determinación de la base reguladora a efectos del cálculo de la prestación

El procedimiento de cálculo de las prestaciones de jubilación, invalidez o muerte y supervivencia se establece en el Capítulo III del Título III del Reglamento. Atendiendo a las disposiciones contenidas en dicho capítulo, los sistemas nacionales a los que haya estado afiliado y cotizando el trabajador migrante por un periodo superior a un año –art. 57 del Reglamento- tendrán obligación de reconocer las prestaciones oportunas si éste cumple los requisitos establecidos en sus respectivas legislaciones.

Independientemente de las exigencias nacionales deberán cumplirse las previstas a nivel comunitario para el reconocimiento y cálculo de cualquier pensión, como son:

- Encontrarse en **”alta”** en el Sistema de Seguridad Social en el Estado en el que esté prestando servicios. La Institución española considerará que el trabajador está en situación de alta, si dicho trabajador está asegurado con arreglo a la legislación de otro país o, en su defecto, recibe una prestación de acuerdo con la legislación de alguno de los Estados en los que ha cotizado el trabajador.
- Haber cumplido el **periodo de cotización exigido** para la carencia específica para la que solicita la prestación. Si para el reconocimiento de una prestación se exige el cumplimiento de un período mínimo de seguro inmediatamente anterior al hecho causante de dicha prestación, este requisito se considerará también cumplido si el interesado lo acredita en el período inmediatamente anterior al reconocimiento de la prestación en virtud de la legislación de otro país.

El país competente suele ser el de la última residencia, éste será el que realice los cálculos a la luz de su propia legislación y computará, en primer lugar, lo cotizado en él, de forma que si el interesado dispone de cotización suficiente para reconocerle el derecho, accederá a lo que se denomina

“**pensión autónoma**” que estará a cargo de dicho Estado. Pero, si tras computar el periodo cotizado en el país de residencia este trabajador no tuviera suficiente tiempo acumulado para acceder a una prestación y precisara tener en cuenta lo cotizado también en otros Estados –acumulando periodos- entonces nos hallaremos ante una “**pensión comunitaria**”, en cuyo cálculo deben participar los diferentes Estados afectados –art.52.1.b) del Reglamento-

. Para la determinación de una **pensión autónoma se debe realizar un doble cálculo** que engloba el que se realiza para una “pensión comunitaria”, porque la institución competente debe calcular, primero, la pensión teniendo en cuenta únicamente su normativa nacional y realizar un segundo cálculo atendiendo al procedimiento previsto en el art. 52.3 del Reglamento que veremos a continuación, con el fin de abonarle al solicitante la pensión cuya cuantía sea más elevada.

El 52.1.b) del Reglamento exige que el cálculo se inicie con la delimitación de la cuantía teórica de la prestación, que se corresponde con la pensión que cobraría el interesado en el supuesto de que todos los periodos de seguro y/o residencia cumplidos en los diferentes Estados a los que haya estado sometido el trabajador hubieran sido cumplidos en el Estado en que radique la institución de que se trate y de acuerdo con la normativa que éste aplique en la fecha en que se liquide la prestación.

Para la determinación de esta cuantía, primero, deberá hallarse la **base reguladora –art. 56.1.c)-**. Dicha base reguladora no siempre es fácil delimitarla porque para su cálculo habitualmente suele tenerse en cuenta un periodo de años cotizados que varía dependiendo de la prestación solicitada y, en ocasiones, en dicho periodo existen años en los que el trabajador no ha cotizado por diferentes razones. Estos supuestos de vacío habrá que llenarlos teniendo en consideración algunas de las siguientes bases reguladoras⁸:

1. Aplicando las “**bases remotas**” que se corresponderían con las últimas satisfechas en España antes de la emigración.

2. Recurriendo a las “**bases mínimas**” de cotización que corresponderían al trabajador migrante en España en función de la categoría profesional de éste.
3. Atendiendo a las **bases remotas actualizadas** que supondría tomar en consideración las bases de cotización que tuviera el trabajador en el tiempo anterior a la emigración, aplicando un coeficiente multiplicador para asignarle el valor que en la actualidad tendrían.
4. Aplicando las **bases máximas** que se calcularán tomando en cuenta los salarios percibidos en el extranjero en el tiempo inmediatamente anterior al hecho causante. La regla implica una doble operación tomar los salarios percibidos en el extranjero y transformarlos en bases de cotización españolas, dentro de los límites mínimo y máximo autorizados legalmente. Este sistema es el más beneficioso para el trabajador, pero supone una importante carga para la entidad gestora española.
5. Acudiendo a las **bases medias** que atenderá a las bases medias de cotización vigentes en España en el período en el que el solicitante de la prestación estuvo afiliado a otro Sistema de Seguridad Social, en relación con la categoría profesional desempeñada por el asegurado en el tiempo que duró la emigración. Este método de cálculo es el que mejor preserva los derechos del ciudadano, eliminando los inconvenientes de tener que abandonar el mercado de trabajo español.

Esta última opción fue la que se mantuvo incluso después de la reforma que introdujo el Reglamento 1248/92 que incluyó la fórmula del Anexo VI.D.4º del Reglamento 1408/71, en el que se estipulaba el cómputo exclusivo de las “bases de cotización 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.

Ante esta variedad de soluciones propuestas para cubrir el vacío reglamentario existente al respecto el TSJ del País Vasco en sentencia de 15 de enero de 1996, planteó una cuestión prejudicial sobre esta materia que dio lugar a la sentencia del TJCE de 12 de septiembre de 1996, asunto Lafuente Nieto (C-251/94). En ella se confirma el rechazo del TJCE a las técnicas tradicionales y se decanta por el cómputo de las bases reales, tal y como decía el Anexo VI. El importe de la base reguladora debe ser actualizado y revalorizado de manera que corresponda al que los interesados habrían pagado efectivamente si hubieran seguido ejerciendo su actividad profesional en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trate⁹.

La Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1998, asunto Grajera Rodríguez (C-153/97)¹⁰ confirmó la validez del Anexo y admitió la traslación del periodo de referencia, que no habrá de situarse, como sucede con carácter general en el momento previo al hecho causante, al aceptarse como periodo de referencia un periodo durante el cual el trabajador migrante no participó activamente 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.

Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia excluyó la aplicación del sistema de las bases medias que el Tribunal Supremo había venido utilizando para determinar la base reguladora.

Sobre el tema de la liquidación de derechos se ha pronunciado últimamente la sentencia de 3 de octubre de 2002, asunto Angel Barreira contra el INSS (C-347/00) para declarar que el art. 1 letra r) del Reglamento 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que los períodos de bonificación como los previstos en la legislación española, que 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 (SOVI), deben considerarse períodos de seguro conforme a dicho Reglamento;

Calculada la cuantía teórica ésta se **“prorrateará”** entre los diferentes Estados en los que ha estado asegurado el trabajador migrante, poniendo en relación la duración de los periodos de seguro o de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante con el importe teórico de la prestación, de forma que cada uno pague la parte que le corresponda atendiendo a los años que el trabajador ha estado asegurado en su país - art.52.1.b)ii-.

Supuestos prácticos:

Trabajadores comunitarios y Seguridad Social

1. ¿Qué diferencia existe entre una prestación autónoma y una prestación comunitaria?
2. Un ciudadano holandés ha trabajado en España el tiempo suficiente para acceder a una prestación de jubilación, anteriormente lo había hecho en Holanda, ¿quién tendrá obligación de pagarle la prestación y dónde deberá solicitarla?
3. Si un nacional francés ha trabajado 8 años en Francia, 3 años en Bélgica y 4 años en España, país en el que solicita su prestación de jubilación, ¿Cuál es el Estado obligado al pago? Explica el principio aplicado.
4. Si en el supuesto anterior hubiera sido Francia la que hubiera realizado los cálculos de la cuantía de la prestación ¿ hubiera tenido derecho el trabajador a una prestación autónoma?
5. ¿Cuál es la base reguladora que se tendrá en cuenta a efectos del cálculo de la cuantía teórica?

5.3. Principio de igualdad de tratamiento y no discriminación por razón de nacionalidad

En el ámbito europeo está prohibida cualquier discriminación por razón de nacionalidad, el principio de igualdad de trato vincula a toda persona o institución afectada por las disposiciones comunitarias –art. 12 TCE-. Por lo que se refiere a la libre circulación de trabajadores, el art. 48 párrafo 2º TCE dispone que esa libertad “implica la supresión de toda discriminación, basada en la nacionalidad, entre los trabajadores de los Estados miembros, en cuanto se refiere al empleo a la remuneración y a las demás condiciones de trabajo”.

El art. 4 del Reglamento también incorpora este valor dentro del sistema de coordinación comunitario, disponiendo que las **personas residentes en el territorio de uno de los Estados miembros** a quienes sea de aplicación el Reglamento están sujetas a las obligaciones y pueden acogerse al beneficio de la legislación de todo país miembro en las **mismas condiciones** que los nacionales de éste.

El ordenamiento comunitario prohíbe cualquier discriminación, no sólo las fundadas directamente en la nacionalidad de los beneficiarios, sino también las indirectas, llevadas a cabo a través de actitudes encubiertas que conducen al mismo resultado. Así pues, están **prohibidas aquellas cláusulas** nacionales que aún siendo aplicables con independencia de la nacionalidad, **afectan básicamente o en su mayor parte a los trabajadores migrantes**; o aquellas que siendo aplicables indistintamente a nacionales y trabajadores migrantes, pueden ser cumplidas con mayor facilidad por los nacionales que por los migrantes.

<p>En este sentido la sentencia del TJCE de 7 de noviembre de 1973, asunto Smieja (51/73) afirma que el art. 10 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que no se puede impedir a una persona la adquisición o retención del derecho a las prestaciones, las pensiones y los subsidios a los que se hace referencia en esta disposición sólo por el hecho de que no resida en el territorio del Estado miembro en el que se ubica la institución a la que</p>
--

corresponde el pago. En el mismo sentido la sentencia de 12 de julio de 1979, asunto Toia (C-237/78)

El interés del Reglamento por garantizar la igualdad entre nacionales y no nacionales lleva al legislador comunitario a **asimilar hechos o acontecimientos**, de forma que si el disfrute de prestaciones de Seguridad Social **produce determinados efectos jurídicos en el Estado miembro competente**, las disposiciones que así lo establezcan serán igualmente aplicables en caso de disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro; de igual forma que si en virtud de la legislación del Estado miembro competente se **atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos**, dicho Estado tendrá en cuenta los hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado como si hubieran ocurrido en su propio territorio- art.5-.

Ej. Si el Estado español garantiza a todos los ciudadanos mayores de 65 años que perciban una prestación de jubilación determinadas ventajas sociales éstas deberán ofrecerse igualmente aunque el ciudadano preceptor de la prestación esté residiendo en otro Estado miembro siempre que reúna el requisito de la edad.

Sí están **permitidas aquellas cláusulas** nacionales que establezcan diferencias entre los trabajadores nacionales y los migrantes que **atendieran a criterios de objetividad, proporcionalidad y equivalencia**. Conforme al principio de objetividad las situaciones comparables no tienen que ser idénticas y, por tanto, se admiten razonables diferencias de trato. El principio de proporcionalidad permite valorar la adaptación singular de la igualdad a las diversas circunstancias de cada caso concreto. El criterio de equivalencia obliga a indagar la intención y efectos, y no sólo la expresión de los actos discutidos.

El TJCE ha considerado discriminatorio la exigencia de un periodo de residencia para solicitar cualquier prestación en cualquier Estado –sentencia de 10 de noviembre de 1992, asunto Comisión contra Bélgica (C-326/90)-; de igual forma que es discriminatoria la denegación de una prórroga por el hecho de no residir en el país competente para concederla -sentencia de 4 de octubre de 1991, asunto Paraschi (C- 349/87).

También han sido aceptadas por el TJCE las discriminaciones a la inversa, es decir, las que pueden sufrir los súbditos de un Estado frente a los trabajadores migrantes. Estas actuaciones son posibles cuando afectan a nacionales que nunca quedaron incluidos en el campo de aplicación del Tratado, porque en caso contrario, es decir en el supuesto de que al nacional le sea aplicable la reglamentación comunitaria, éste podrá invocarla para sustraerse a las rigurosas condiciones impuestas por su legislación nacional.

Supuestos prácticos:

1. ¿Es posible que un Estado miembro subordine la apertura del derecho a una prestación a la condición de haber residido en dicho Estado durante un determinado periodo?. Razone la respuesta.

2. ¿Podría un convenio colectivo hacer diferencias salariales entre los trabajadores nacionales y los comunitarios afectados por dicho convenio?

3. ¿Sería legal la cláusula de un convenio colectivo que garantizara un complemento a los trabajadores comunitarios que prestaran servicios en la empresa?

Trabajadores comunitarios y Seguridad Social

4. ¿Qué requisitos debe reunir cualquier norma que establezca diferencias entre los trabajadores nacionales y el resto de los trabajadores comunitarios para que no sea tildada de discriminatoria?

5.4. Prohibición de acumulación de prestaciones

El Reglamento comunitario prohíbe la acumulación de pensiones, es decir, admite la posible **incompatibilidad de determinadas prestaciones**¹¹. En este sentido el art. 10 del Reglamento impide la acumulación de prestaciones cuando dispone que **por el mismo periodo de seguro no se puede conferir ni mantener el derecho a beneficiarse de varias prestaciones de la misma naturaleza**, salvo disposición en contrario.

Dicho precepto sólo impide la acumulación cuando se trata de prestaciones de la misma naturaleza y además están concedidas por el mismo periodo de seguro, lo que significa que **no serían incompatibles** prestaciones de la misma naturaleza calculadas sobre periodos diferentes o prestaciones calculadas sobre el mismo periodo si éstas fueran de naturaleza diferente. Así pues, se trata de determinar **cuándo nos hallamos ante prestaciones de la misma naturaleza**. El Reglamento en el art. 53.1 determina que se entenderá por **prestaciones de igual naturaleza la invalidez, vejez y supervivencia calculadas o abonadas sobre los periodos de seguro cumplidos por una misma persona**.

Se consideran de la misma naturaleza una pensión de supervivencia y una pensión de vejez, porque ambas pretenden garantizar los medios de subsistencia al cónyuge que habiendo sobrevivido al otro alcanza una determinada edad.

Pero, sólo está claro este aspecto con dichas prestaciones dado que el Reglamento no determina en ningún momento qué debe entenderse por “misma naturaleza”. En torno a este término se ha pronunciado el TJCE para decir que:

En general, **se consideran de idéntica naturaleza** aquellas cuyo objetivo o finalidad y base de cálculo sean idénticas –sentencia del TJCE de 5 de mayo de 1983, asunto Van der Bunt-Craig (238/81); sentencia del TJCE 11 de agosto 1995, asunto Schmidt (98/94) y sentencia del TJCE de 12 de febrero de 1998, asunto Cordelle (366/96)-. En la sentencia del TJCE de 15 de octubre de 1980, asunto D’Amico (20/75), se consideran de igual naturaleza las pensiones de vejez, invalidez, viudedad, jubilación anticipada y la invalidez transformada en vejez.

La naturaleza de las prestaciones es independiente de las características formales y del nombre que les atribuya el legislador nacional a las prestaciones -Sentencia del TJCE 5 de julio de 1983, asunto Valentini (171/82)-.

Desde estas disposiciones anticúmulo trata de evitarse el abuso que supondría que periodos que ya se han contabilizado para calcular una prestación de jubilación en un Estado miembro vuelvan a tenerse en cuenta para determinar una prestación de invalidez en otro Estado, teniendo en cuenta que ambas tienen el mismo objetivo. La norma comunitaria prohíbe las acumulaciones “injustificadas” de prestaciones de Seguridad Social por haberse yuxtapuesto regímenes nacionales diferentes en los que se contemple una misma situación y un mismo periodo.

Ej. Si un ciudadano comunitario cotiza durante un periodo de 10 años a su vez en dos Estados: en España –donde está prestando servicios por cuenta ajena- y en Francia –donde tiene establecido un negocio propio- no podrá, para el cálculo de prestaciones de la misma naturaleza, sumar los años cotizados en cada uno de los citados Estados si éstas coinciden en el tiempo.

Los Estados pueden impedir la acumulación cuando se produce entre prestaciones de invalidez, vejez o supervivencia con otras prestaciones de la misma o distinta naturaleza o con otros ingresos siguiendo los siguientes criterios -art.53.3-:

1. Cuando un ciudadano comunitario obtenga en virtud de la legislación de un Estado miembro una prestación y pretenda obtener de otro Estado miembro otra prestación de otro tipo o del mismo, amparándose únicamente en la legislación de ese otro Estado, podrán aplicarse las normas de ese país que prohibieran la acumulación externa; salvo que las prestaciones que perciba el ciudadano en el otro Estado hayan sido adquiridas en virtud de un seguro voluntario u optativo.
2. Si para el cálculo de la prestación hubiera que tener en cuenta las prestaciones que abona otro Estado miembro ello se hará antes de que

éstas sufran la deducción de los impuestos, cotizaciones a la Seguridad Social y otras retenciones a las que estuviera sometida la prestación, salvo que la legislación del Estado calculador se pronunciara en otro sentido.

3. Si de los diferentes Estados obligados al pago con un ciudadano sólo uno de ellos aplica cláusulas antiacumulación debido a que el interesado disfruta de prestaciones de la misma naturaleza o de naturaleza diferente en virtud de la legislación de otros Estados miembros, la prestación que este Estado le abona sólo podrá reducirse en el importe de las prestaciones que percibe de los otros Estados miembros.

Las citadas reglas sólo son aplicables por los Estados cuando la acumulación se produzca con prestaciones de invalidez, vejez o supervivencia, de forma que si en dicha acumulación no existe ninguna de las citadas habrán de aplicarse las siguientes reglas generales –art. 54 y 55-.

Las **normas antiacumulación de prestaciones de la misma naturaleza** que pudieran existir en cualquier Estado no serán aplicables a las prestaciones prorrateadas, es decir sólo juega con las prestaciones nacionales o autónomas.

Dichas normas estatales anticúmulo sólo se aplicarán a aquellas prestaciones nacionales que, o bien, **su importe sea independiente de los periodos de seguro** cumplidos por el ciudadano, o bien, su **cuantía se determine atendiendo al periodo cotizado entre la fecha de la materialización del riesgo y una fecha posterior**, pero sólo si esta se acumula con:

-Una prestación del mismo tipo, salvo que los Estados afectados hayan firmado un acuerdo para evitar que se computen más de una vez en el mismo período acreditado, o

-Con una prestación cuyo importe sea independiente de la duración del periodo de seguro.

Si el Estado competente impidiera la **acumulación de prestaciones de diferente naturaleza** –art. 55- deberá respetar las siguientes reglas que atienden al tipo de prestación -prorrataada o independiente- que se acumule.

1. Si la acumulación se produce entre dos o más prestaciones independientes las instituciones competentes dividirán las cuantías de la prestación o prestaciones u otros ingresos, tal y como hayan sido computados, por el número de prestaciones sujetas a dichas normas.
2. Si la acumulación se da entre prestaciones prorrataadas el Estado calculador tendrá en cuenta las prestaciones u otros ingresos y todos los elementos previstos para la aplicación de las cláusulas antiacumulación en función del coeficiente entre los períodos de seguro o de residencia considerados para el cálculo de la prestación prorrataada
3. Si se trata de prestaciones autónomas y de prestaciones prorrataadas se aplicará la primera regla vista para las prestaciones autónomas y la segunda regla para las prorrataadas.

Fuera de estas disposiciones encontramos alguna **variante del principio anticúmulo** en el art. 12.2 del Reglamento, al determinar, como regla general, y salvo que el propio Reglamento establezca algo diferente para alguna prestación concreta, que **las cláusulas de reducción o de supresión establecidas en la legislación de un Estado miembro, en caso de acumulación de una prestación con otras prestaciones de la Seguridad Social, podrán hacerse valer frente al beneficiario, aunque se trate de prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otro Estado miembro.**

Así por ejemplo, si la Ley de Seguridad Social de cualquier Estado miembro estableciera reducciones de la pensión de invalidez por la percepción de ingresos del trabajador inválido se deberán tener en

cuenta otras prestaciones que perciba este trabajador aunque corran a cargo de otro Estado diferente.

Supuestos prácticos:

1. Un nacional español ha prestado servicios en Bélgica durante 10 años, en Holanda durante 6 años y en nuestro país durante 5 años, lugar donde sufre una enfermedad que le ocasiona una invalidez. ¿Qué Estados tendrían obligación de pagarle la prestación por invalidez? ¿Cuándo alcance los 65 años tendría derecho a una pensión de jubilación dado el periodo cotizado, teniendo en consideración que en España el periodo mínimo de cotización exigido son 15 años?
2. Un nacional francés, tras haber prestado 15 años de servicios en España y 8 años en Francia solicita una prestación por jubilación en nuestro país –dado que reúne los requisitos mínimos- y cuando muere su mujer solicita en su país una prestación de viudedad ¿es posible percibir ambas?
3. Una ciudadana de nacionalidad austriaca ha cotizado durante 10 años en Francia y 5 años en España, país donde actualmente reside y en el que sufre un accidente que le deja importantes secuelas físicas, hasta el punto que solicita en España la prestación por invalidez en el año 2000. Tres años después, alcanzada la edad de 65 años, solicita también la prestación de jubilación –el periodo mínimo de cotización exigido en España para acceder a esta prestación es de 15 años-. ¿Tendría derecho a las dos prestaciones? En el supuesto de una respuesta afirmativa ¿Qué Estado estaría obligado al pago de éstas? En el caso de una respuesta negativa a la primera cuestión ¿cuál es el principio comunitario aplicable al respecto?
4. Una ciudadana suiza ha prestado servicios en su país durante 5 años y en España lo viene haciendo desde hace 2 años. Tras dar a luz en nuestro país desconoce si podría solicitar la prestación por maternidad en ambos Estados. Explíquele cuál es su derecho.

5. Un ciudadano alemán ha prestado sus servicios en su país además de en Italia y España, por esta razón cuando fallece en Alemania su esposa solicita la prestación de auxilio por defunción en cada uno de los citados Estados. Razone qué respuesta recibirá la mujer por parte de los Estados y cuál es el obligado al pago.
6. Nuestra Ley General de Seguridad Social establece que la prestación no contributiva de jubilación es incompatible con otros ingresos que pudiera tener el trabajador, pero el ciudadano noruego que la solicita estima que no incumple este requisito porque los ingresos que él obtiene provienen de una prestación por invalidez abonada por el Estado alemán. Razone la posición del trabajador atendiendo a la normativa comunitaria.

5.5. Principio de exportación de prestaciones. Condiciones y límites.

A través de este principio se garantiza la **conservación de los derechos** adquiridos en cualquiera de los Estados donde sea de aplicación el Reglamento, pese a que el ciudadano comunitario cambie su país de residencia por otro distinto del Estado competente. De esta forma, se evitan los negativos efectos que provocan aquellas normas nacionales que condicionan el disfrute de los beneficios de la Seguridad Social a la residencia y permanencia del interesado en el Estado obligado a pagar la prestación. Este principio elimina otro de los obstáculos a la libre circulación de personas a nivel comunitario al garantizar que cuando los trabajadores abandonen un Estado para ir a otro **conservarán las prestaciones en metálico que hubieran generado** salvo disposición en contrario. Así pues, no es necesario residir en el Estado competente o deudor para percibir la prestación porque este principio rompe los límites territoriales, dejando sin valor la cláusula de residencia en aquel Estado en el que exista.

El TJCE ha **extendido la aplicación de este principio también a la adquisición de derechos**, al entender que no es posible denegar la adquisición del derecho a prestaciones, rentas y subsidios por la única razón de que el interesado no resida en el Estado deudor.

En este sentido se pronuncian las sentencias del TJCE de 7 de noviembre de 1973, asunto Smieja (51/73); sentencia de 24 de febrero de 1987, asuntos acumulados Giletti y otros (379/85); sentencia de 2 de mayo de 1990, asunto Winter-Lutzins (293/88).

No obstante, **existen varias excepciones a la exportación**, la primera respecto a **la asistencia sanitaria**, el trabajador sólo puede desplazarse a otro Estado miembro con el objeto de continuar un tratamiento médico o rehabilitador si existe autorización previa del país en el que está recibiendo o

tiene que recibir aquella atención –art.20.2-. Otra excepción existe para las prestaciones “especiales no contributivas” enumeradas en el Anexo X, ahora bien, para que el principio de exportación no juegue debe tratarse de una prestación no sólo “no contributiva” sino también “especial”. Si reunieran ambos requisitos no pueden ser exportadas porque deben disfrutarse en el territorio del Estado en que residan sus beneficiarios- art. 70.3-.

Supuestos prácticos:

1. Una ciudadana de nacionalidad española está esperando en nuestro país para recibir un trasplante de riñón, ahora bien ante la larga lista de espera decide marcharse a Francia para solicitar allí la asistencia sanitaria que aquí no recibe. Si recibiera el tratamiento adecuado en Francia, ¿tendría España obligación de hacerse cargo de los gastos?
2. Una pareja ciudadanos ingleses, ambos jubilados en Gran Bretaña, deciden trasladar su residencia a la Costa del Sol en España. ¿Podrán seguir cobrando sus prestaciones de jubilación en nuestro país?
3. El hijo de estos nacionales ingleses percibe en su país una prestación por invalidez ocasionada por un accidente de trabajo, y ante la decisión de sus padres de trasladarse ha decidido cambiar también él su residencia. ¿Podrá seguir percibiendo en España dicha prestación?

5.6. Principio de coordinación administrativa

El cumplimiento de los principios analizados depende de la existencia de una efectiva colaboración administrativa entre los distintos sistemas de Seguridad Social de los Estados. A estos efectos, se han creado dos organismos de cooperación, por un lado, la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes –art.71- y, por otro lado, el Comité Consultivo –art.75-.

La primera está integrada por un representante de cada uno de los Estados y entre sus funciones destacan: resolver las cuestiones administrativas o de interpretación derivadas de las disposiciones del Reglamento, promover y desarrollar la colaboración entre los Estados miembros en materia de Seguridad Social, plantear posibles revisiones del citado Reglamento. No obstante, hay que destacar que sus dictámenes carecen de vinculabilidad. El Comité Consultivo es un órgano tripartito cuya finalidad principal estriba en permitir y articular la intervención de las fuerzas sociales.

El principio de coordinación administrativa se manifiesta a su vez a través de la ayuda recíproca que se prestan entre los Estados, en el intercambio de información sobre las medidas adoptadas para la aplicación del Reglamento la coordinación financiera para el pago y reembolso de las prestaciones.

Supuestos prácticos:

1. Un ciudadano de nacionalidad suiza en desacuerdo con la interpretación que se ha realizado en su país con respecto a uno de los preceptos del Reglamento acude a la Comisión Administrativa para la Seguridad Social. ¿Es éste el órgano al que debe acudir?
2. La Comisión administrativa realiza un dictamen en torno a la necesidad de reformar un precepto del citado reglamento. ¿Está obligado el legislador comunitario a reformarlo atendiendo al dictamen emitido?.

6. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL REGLAMENTO COMUNITARIO.

El Reglamento comunitario delimita su campo de aplicación material de la siguiente forma:

- Determinando los riesgos incluidos.
- Especificando las legislaciones o regímenes legales de Seguridad Social incluidos.
- Excluyendo expresamente algunas formas de protección social externas a la Seguridad Social.

El art. 3.2 del Reglamento establece que éste será de aplicación a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o armador. No obstante, esta normativa comunitaria no abarca todas las prestaciones de Seguridad Social previstas en los diferentes ordenamientos de Seguridad Social de todos los Estados obligados al cumplimiento de la citada normativa.

Este estudio analizará su ámbito de aplicación material desde cada uno de los riesgos incluidos.

El art. 3.1 del Reglamento enumera las situaciones que son objeto de coordinación por parte de la normativa comunitaria, como son, la enfermedad, la maternidad y paternidad asimiladas, la invalidez, la vejez, la supervivencia, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, el subsidio por defunción, el desempleo, la prejubilación y las prestaciones familiares. Esta lista de contingencias protegidas aparece ampliada frente a la que se contenía en el Reglamento anterior, dado que ahora quedan también cubiertas la maternidad y paternidad asimiladas y la prejubilación. Las citadas contingencias no han sido definidas en su totalidad en el art.1, sólo las prestaciones de prejubilación, los subsidios por defunción y las prestaciones familiares. Ante el silencio del legislador comunitario en torno a la definición de estas prestaciones habrá de estimarse que las contingencias del art.3 del Reglamento tienen objetivos de

cobertura muy genéricos para que las normas nacionales puedan tener algún punto de conexión con ellos¹².

*Así por ejemplo, si un ciudadano estuviera percibiendo en su Estado de residencia alguna prestación **diferente de las enumeradas** y decidiera trasladarse a otro Estado de la Unión Europea no podrá alegar, por ejemplo, el principio de exportación de las prestaciones contenido en este Reglamento para seguir percibiendo la prestación que venía cobrando, si ésta requería residencia en el Estado pagador. Ello en tanto que otras contingencias distintas de las enumeradas no son objeto de este Reglamento de coordinación.*

El Reglamento no será objeto de aplicación a todas las prestaciones de la Seguridad Social existentes en los diferentes Estados, el art. **3.5 del Reglamento, excluye las prestaciones derivadas de la asistencia social y médica** así como las prestaciones a favor de víctimas de la guerra. Respecto al contenido de la primera exclusión surgen dudas respecto a su contenido dado que, **en ocasiones, es difícil diferenciarlo del de Seguridad Social, dado que ambas atienden necesidades sociales y se complementan en sus funciones**¹³. En general, se considera que las prestaciones de Asistencia Social tienden a cubrir necesidades individuales, mientras que las prestaciones de la Seguridad Social –incluidas en el ámbito del Reglamento- se conceden a una categoría de personas que se encuentran en una situación legalmente establecida y exige periodos de actividad profesional, de afiliación o de cotización. Ante los problemas existentes para diferenciar cuando nos encontramos ante una prestación u otra, el TJCE considera que debe adoptarse una configuración reductiva de la exclusión para no perjudicar los derechos de los trabajadores migrantes.

En definitiva, una prestación pertenece al campo de la Asistencia Social cuando en su concesión se atiende fundamentalmente al criterio de la “necesidad”, sin tener en cuenta cualquier condición que se refiera a periodos de actividad profesional, de afiliación o cotización del trabajador migrante.

El TJCE en la sentencia de 22 de junio de 1972, asunto Frilli (C-1/72) se ha pronunciado al respecto relativizando la distinción entre ambas, al aceptar que en ciertas legislaciones son a la vez de Seguridad Social y de Asistencia Social, por lo que estima que el que pueda o no considerarse prestación de Seguridad Social, sujeta al Derecho comunitario o no, depende del campo de aplicación, de sus objetivos y de sus modalidades de aplicación.

El campo de aplicación material del Reglamento ha tenido una suerte dispar porque han sido objeto de inclusión las prestaciones no contributivas pero su regulación en relación con su exportabilidad continúa plena de incertidumbres¹⁴. Así pues, pese a que los Estados han tendido a considerar a las prestaciones no contributivas como asistenciales a efectos de la coordinación de la Seguridad Social para reservarlas a los propios nacionales y negarlas a los no nacionales, dicha distinción fue criticada por un sector de la doctrina¹⁵, dado que la creciente importancia de las prestaciones no contributivas en las diversas legislaciones nacionales hace difícil el mantenimiento de esta reserva y que estas prestaciones puedan considerarse como externas o ajenas a la Seguridad Social, lo cual está sometido a una importante crítica y revisión¹⁶.

Las **pensiones asistenciales en cuanto conectadas a la vejez, la incapacidad, la supervivencia o la orfandad han de integrarse en el contenido objetivo propio de la Seguridad Social** al margen de su carácter no contributivo¹⁷. Las prestaciones de Asistencia Social instauradas por las Comunidades Autónomas también podrían ser clasificadas de prestaciones no contributivas exportables desde la óptica comunitaria, ello en tanto que se encuentran vinculadas con algunos de los riesgos protegidos en el art. 3 del Reglamento.

Supuestos prácticos:

1. Una ciudadana italiana está cobrando la prestación por maternidad en su país cuando decide trasladarse a España donde está trabajando su marido, ¿tendrá derecho a seguir cobrando en España la prestación que percibe en Italia?. ¿Se halla esta prestación dentro del ámbito de aplicación del Reglamento comunitario?
2. ¿Es cierto que todas las prestaciones existentes en los diferentes Sistemas de Seguridad Social de los distintos Estados miembros están comprendidas en el Reglamento comunitario?
3. ¿Todas las prestaciones no contributivas están dentro del ámbito de aplicación del Reglamento?
4. ¿Estarían incluidos o excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento los subsidios existentes en cualquier Comunidad Autónoma?

7. PRESTACIONES DE ENFERMEDAD, MATERNIDAD Y DE PATERNIDAD ASIMILADAS

Atendiendo al principio de unicidad normativa y de totalización –art. 11 y 6 del Reglamento- a efectos del cálculo de la prestación por enfermedad, maternidad o paternidad asimiladas que le pudiera corresponder a la persona deberá tenerse en cuenta la “lex locis laboris”, es decir, la ley del lugar en el que presta servicios y si dicha normativa exigiera para el acceso a la prestación un determinado periodo de cotización, el trabajador podrá sumar los periodos cotizados en otros países.

El Capítulo I del Título III regula estas contingencias, caracterizándose por su clara y detallada redacción, al ocuparse de su ordenación atendiendo a la situación laboral del solicitante, diferenciando a las personas aseguradas y miembros de sus familias –sección I-, de los titulares de pensiones y miembros de sus familias –sección II- y distinguiendo a su vez si el trabajador se encuentra en situación de estancia o residencia dentro o fuera del Estado competente.

Por lo que respecta a las **personas aseguradas y a los miembros de sus familias** hay que diferenciar:

A. Cuando la residencia de la persona se halla en un Estado miembro distinto del Estado competente -art. 17 del Reglamento.

Las disposiciones 17 a 22 del Reglamento, referidas a las personas aseguradas así como a los miembros de su familia cuando residen en un Estado miembro diferente del competente y no tienen derecho a estas prestaciones en virtud de la legislación del Estado en el que residen, constituyen el Derecho Común en las prestaciones de enfermedad-maternidad. En esta situación la norma comunitaria establece que:

1. Las **prestaciones económicas** se reconocerán en la cuantía, con la duración y en las condiciones que señale la legislación nacional del país en el que el beneficiario esté asegurado -Estado competente- en el momento en que

sobreviene la incapacidad para trabajar o la maternidad, siempre que el ciudadano satisfaga las condiciones exigidas por la ley de dicho Estado para tener derecho a las prestaciones, aunque para ello hubiera tenido que recurrir a la totalización de los periodos cotizados. Ello significa que el asegurado puede disfrutar de dichas prestaciones en un país diferente al de su aseguramiento y al que ha reconocido el derecho -art.21- aunque a cargo del Estado competente.

La institución del lugar de residencia tiene la obligación de llevar a cabo el control administrativo o médico del interesado y comprobar la finalización de la incapacidad por cuenta de la institución competente, conservando ésta únicamente la posibilidad de ordenar el control del interesado por un médico de su elección.

2. Las **prestaciones técnicas o de servicios** por enfermedad o maternidad se le reconocen tanto al asegurado como a sus familiares –art.17 - y serán servidas a cuenta de la institución competente por la institución del lugar de residencia de acuerdo con lo previsto en esta legislación. Los citados sujetos tienen derecho a dichas prestaciones aún cuando no residan en el país que ha reconocido el derecho.

Si una ciudadana alemana da a luz en nuestro país, en el que se halla de vacaciones en ese momento, podrá disfrutar en nuestro país de la prestación por maternidad que le correspondiera en el Estado en el que estaba asegurada –Alemania- si en él cumpliera los requisitos exigidos para acceder a ésta, aunque las prestaciones en especie sean ofrecidas por España y abonadas posteriormente por Alemania.

B. Cuando tiene la estancia fuera del Estado competente –art.19 del Reglamento-.

Estas disposiciones comunitarias interesan a la mayor parte de los ciudadanos y de los miembros de su familia puesto que son aplicables cualquiera que sea su razón de permanencia en el extranjero, ello en tanto que regulan el derecho a asistencia sanitaria de un asegurado cuando, por ejemplo, está de vacaciones en otro Estado.

La persona asegurada y los miembros de su familia que se hallen en un Estado miembro distinto del competente tendrán derecho a las prestaciones en especie necesarias desde un punto de vista médico, durante su estancia, tomando en consideración la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia. La institución del lugar de estancia facilitará las prestaciones por cuenta de la institución competente, según sus propias disposiciones como si los interesados estuvieran afectados por esa normativa.

Ahora bien si la persona no se halla en otro Estado diferente del competente sino que lo que pretende es **desplazarse a otro Estado para recibir allí un tratamiento adecuado a su enfermedad, deberá solicitar autorización de la institución competente.** Con dicha autorización podrá desplazarse a otro Estado miembro para recibir un tratamiento adecuado a su estado de salud beneficiándose de las prestaciones en especie facilitadas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia, según las disposiciones de la legislación que ésta última aplique, como si estuviera asegurada en virtud de dicha legislación. La autorización deberá ser concedida cuando el tratamiento de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en que resida el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad, dicho tratamiento no pueda serle dispensado en un plazo justificable desde el punto de vista médico –art. 20-..

Atendiendo al citado precepto cuando en el país donde está recibiendo la prestación inicial exista una demora excesiva que ponga en peligro el tratamiento, este país no podrá denegar la autorización –el Estado que autorice deberá rembolsar los gastos que ocasione la asistencia prestada en el otro país –art.20.2-. La persona no tendrá que hacerse cargo de los gastos que ocasione la asistencia que reciba sino que el organismo competente del país que le atiende cobrará los gastos ocasionados al Estado competente, ello atendiendo a la coordinación interna existente entre las distintas administraciones sanitarias.

La normativa nacional de cualquier Estado puede supeditar el reembolso de la asistencia hospitalaria dispensada en otro Estado a la concesión de una autorización sujeta al requisito de que se acredite que el interesado no podía recibir tratamiento adecuado para su estado de salud en el Estado del seguro. La autorización solamente puede denegarse por este motivo, es decir, cuando sea posible obtener un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente, en tiempo útil y en el territorio del Estado en el que reside.

Las citadas reglas serán aplicables por analogía a los miembros de la familia del trabajador comunitario. A través de ellas se intenta evitar que los ciudadanos se desplacen de un país comunitario a otro para evitar las listas de espera o para recibir tratamiento en un país concreto.

La autorización ha ocasionado una gran cantidad de jurisprudencia en nuestro país dado que **ha ido aumentando el número de asegurados que viajan a otros Estados para recibir allí asistencia sanitaria u hospitalaria sin previa autorización** y que tras solicitar el reembolso de los gastos al Estado competente éste se lo ha denegado.

A estos efectos, no debe olvidarse que el único supuesto en el que no se requiere autorización previa es el de urgencia vital, definida por el Tribunal Supremo en las sentencias de 12 de diciembre de 1991 (Ar. 9065), de 15 de enero de 1992 (Ar. 41), de 31 de mayo de 1995 (Ar. 4013) y de 19 de diciembre de 1997 (Ar. 2159) de la siguiente manera “no toda urgencia es de carácter vital sino únicamente aquélla que es más intensa y extremada...porque en ella está en riesgo la vida del afectado”.

El requisito de la autorización ha sido analizado detenidamente por el TJCE en sentencia de 23 octubre 2003, asunto La Pergola, (C-56/2001) afirmando que el art. 22 del Reglamento 1408/71 contribuía a facilitar la libre circulación de los asegurados y la libre prestación de servicios médicos transfronterizos.

Para **el cálculo de la prestación en metálico** debida al trabajador -art. 21.2- deberá tenerse en cuenta que cuando **la cuantía se halle en función de unos ingresos medios o de una base de cotización media**, dicha base de cotización se calculará atendiendo a los ingresos comprobados o a las bases

de cotización aplicadas durante los periodos cubiertos bajo el ordenamiento del Estado calculador. Además, a la hora de calcularla, si ésta variara atendiendo al número de miembros de la familia del interesado se tendrán en cuenta aquellos miembros que residan en otro Estado miembro, como si residieran en el territorio del Estado competente.

Ej. Si una ciudadana de nacionalidad austriaca da a luz en nuestro país en el que lleva trabajando 120 días sólo tendrá derecho a la prestación por maternidad si hubiera cotizado en otro país al menos 60 días, ya que nuestra Ley General de Seguridad Social exige 180 días cotizados para tener derecho a esta prestación. Sin embargo, para el cálculo de la cuantía sólo se tendrán en cuenta los salarios que ha percibido en España.

Si la legislación del Estado competente prevé que el cálculo de las prestaciones en metálico se efectúe sobre la base de los ingresos a tanto alzado, computará exclusivamente los ingresos obtenidos en el último periodo cotizado en este país o, llegado el caso, el promedio de los ingresos a tanto alzado correspondiente a los períodos cubiertos bajo dicha legislación –art. 21.3-.

Por lo que se refiere a los **titulares de pensiones y a los miembros de su familia** que reciban su pensión con arreglo a la legislación de dos o más Estados miembros –siempre que uno de ellos sea el de residencia- y tenga derecho a prestaciones en especie con arreglo a la legislación de dicho Estado, deberán percibir las prestaciones en especie con cargo al competente como si la pensión derivara exclusivamente de dicho Estado –art.23-. Ahora bien, si con arreglo a la normativa del Estado de residencia no tuviera derecho a determinadas prestaciones en especie, deberá recibirlas con arreglo a la ley de cualquiera de los Estados que sean competentes, es decir que estén obligados al pago de su pensión, como si residiera en cualquiera de dichos Estados –art.24-.

El coste de las prestaciones en especie correrá a cargo de la institución que se determine conforme a los siguientes criterios:

a) Si el titular de una pensión tiene derecho a las prestaciones en especie con arreglo a la legislación de un solo Estado miembro, estos costes correrán a su cargo;

b) Si el titular de una pensión tiene derecho a las prestaciones en especie con arreglo a la legislación de dos o más Estados miembros, el coste de éstas correrá a cargo de la institución del Estado a cuya legislación haya estado sujeta la persona durante el mayor período de tiempo; si de la aplicación de esta norma resultara que el coste de las prestaciones corriese a cargo de varias instituciones, el coste será sufragado por la institución que aplique la última legislación a que hubiera estado sujeto el titular de la pensión.

Ej. En el caso de que un ciudadano danés y su esposa decidan, tras alcanzar ambos la jubilación en su país, trasladar su residencia a la costa levantina española, disfrutarán en nuestro país de las prestaciones por enfermedad, ya que si bien en nuestro Estado no tienen derecho a ellas sí lo tiene en virtud de la ley danesa y a exportarlas conforme al Reglamento comunitario.

Ahora bien, si la persona recibe una o varias pensiones con arreglo a la legislación de uno o más Estados miembros pero no reside en ninguno de éstos sino en un Estado miembro diferente en virtud de cuya legislación el derecho a recibir prestaciones en especie no depende de condiciones de seguro ni de una actividad como trabajador por cuenta ajena o propia, el coste de las prestaciones en especie otorgadas al titular de la pensión y a los miembros de su familia correrá a cargo de la institución de uno de los Estados miembros competentes con respecto a sus pensiones determinada de conformidad con el apartado 2 del artículo 24, en la medida en que el titular de la pensión y los miembros de su familia tuvieran derecho a tales prestaciones si residieran en dicho Estado miembro –art.25-.

Los miembros de la familia del pensionista, que residan en un Estado miembro distinto de aquél en el que reside el titular de la pensión, tendrán derecho a recibir prestaciones en especie de la institución de su lugar de

residencia de acuerdo con las disposiciones de la legislación que ésta última aplique, siempre que el titular de la pensión tenga derecho a prestaciones en especie con arreglo a la legislación de uno de los Estados miembros de los que reciba la pensión. Los costes correrán a cargo de la institución competente responsable del coste de las prestaciones en especie facilitadas al titular de una pensión en el Estado miembro de residencia –art. 26-.

Ej. Los hijos de un ciudadano italiano residente en este país que residan en España tendrán derecho a las prestaciones en especie que garantiza el Estado español a los hijos de cualquier pensionista español, siempre que el nacional italiano tuviera derecho a estas prestaciones de acuerdo a la ley del país en el que reside, que a su vez es uno de los Estados competentes.

Si el **titular de la pensión o de la renta no traslada su residencia** a otro Estado sino que sólo se halla en otro Estado en situación de estancia -arts. 27.1 y 19- tendrá derecho **sólo a las prestaciones en especie que sean necesarias** durante el periodo de tiempo que pase en ese Estado, distinto del de residencia. También requiere autorización el pensionista para desplazarse a otro Estado y allí recibir un tratamiento-arts. 27.3 y 20-.

Supuestos prácticos:

1. Ana trabaja actualmente en Holanda pero su empresa le ha enviado a España por un periodo que durará de 6 a 9 meses para que ponga en marcha un proyecto. Durante su estancia en España sufre un accidente que le incapacita por un tiempo para el trabajo. ¿En base a que normativa –la holandesa o la española- se debe calcular su prestación de incapacidad temporal?. Ello debido a qué principio comunitario, explícalo.

2. Luisa trabaja en Albacete pero durante el mes de vacaciones que decide pasar con su hermano en Dinamarca sufre un accidente de tráfico que le impide volver a trabajar el 1 de septiembre tras haber transcurrido su mes de vacaciones. Solicita en Dinamarca la prestación por incapacidad temporal aunque ella no sabe cuál es realmente el Estado obligado a pagarle –si España o Dinamarca- tampoco sabe quien debe hacerse cargo de los gastos causados por la hospitalización, incluso si debiera pagarlos ella misma. Acude a usted para que le asesore. Razone su respuesta.

3. Un ciudadano de nacionalidad francesa trabaja en España desde hace 7 años pero anteriormente había trabajado en su país 7 años y medio y en Reino Unido –6 meses-. Hace un mes sufrió un grave accidente en Bilbao, ciudad en la que se hallaba de vacaciones, que le ha ocasionado una incapacidad temporal. Explíquelo: 1) Donde debe solicitar la prestación por dicha incapacidad. 2) ¿Qué Estado/s tiene obligación de pagarle?.

4. Una señora de nacionalidad alemana embarazada de 35 semanas está disfrutando de sus vacaciones en España. En la semana 37 debe pasar un control ginecológico, pero al no tratarse de una situación de necesidad extrema, desconoce si España tiene obligación o no de prestarle este servicio. Conteste justificadamente a la duda expuesta.

5. Una ciudadana española que se halla de vacaciones en Bruselas aprovecha su estancia allí para someterse a una intervención quirúrgica para la cual llevaba esperando en España seis meses. Posteriormente solicita el reembolso de los gastos ocasionados al Estado español alegando que, a su juicio, ya había esperado en España el tiempo suficiente. ¿Es esta una razón adecuada para obligar al Estado español a abonar las cantidades solicitadas? Responda razonadamente.

8. PRESTACIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

El capítulo II del Tít. III –arts. 36 a 41 del Reglamento- se dedican a la ordenación de estas prestaciones sin **hacer alusión al principio de totalización** de los periodos, dado que el ordenamiento de ningún Estado subordina la adquisición del derecho a las prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional al cumplimiento de un determinado periodo de seguro o de cotización, sólo se exige que el interesado esté asegurado contra el riesgo profesional en el momento de producirse el hecho causante.

En la determinación de la ley aplicable a estas contingencias se aplica la regla general de la **lex loci laboris** de forma que las prestaciones a las que tuviera derecho el trabajador tras sufrir un accidente de trabajo o una enfermedad profesional se rige por la legislación del Estado en el que éste esté asegurado o cotizando en ese momento. La mayor parte de las disposiciones que regulan estas contingencias coinciden con lo previsto en los arts. 17 y ss. del Reglamento en materia de prestaciones de enfermedad, maternidad y paternidad asimiladas–art.36.1-.

En caso de **residencia o de estancia del asegurado fuera del Estado competente** la ley aplicable es la del Estado de residencia del trabajador víctima del accidente o de la enfermedad profesional –art.36.2 del Reglamento- Las **prestaciones en especie** que conceda la institución del lugar de residencia serán las que éste admitiera, si su ley fuera la aplicable, aunque éstas serán por cuenta de la institución del Estado competente –art.36.1 y 17-. Las **prestaciones económicas** las concederá la institución competente según se prevea en su legislación –arts. 36.3 y 21-.

Ej. Si un ciudadano alemán trabaja en Francia para un empleador francés y éste regresa a Alemania después de un accidente de trabajo, el organismo asegurador francés tendrá obligación de abonarle la prestación económica que le correspondiera tras el accidente y se la

enviará a Alemania, mientras que los cuidados médicos los ofrecerá el Estado alemán con cargo al Estado francés.

Tanto las prestaciones económicas como las de servicios se reconocerán en los términos y condiciones previstos en la legislación del país donde estaba asegurado el accidentado en el momento en que ocurrió el siniestro. El Estado asegurador es el legitimado para decidir si se trata de un accidente de trabajo y las prestaciones que se deriven de dicho reconocimiento.

Si se precisara **transporte del accidentado** el gasto que éste ocasionara correría a cargo la institución del Estado en el que está asegurado, si su legislación previera la asunción de estos gastos hasta su residencia en dicho país o bien hasta un centro hospitalario, pero se hará cargo de dichos gastos hasta el lugar correspondiente del otro Estado miembro en que resida dicha persona, siempre que la institución mencionada –la del Estado competente- autorice previamente el transporte, teniendo en cuenta los motivos que lo justifican. Esta autorización no será necesaria en el caso de los trabajadores fronterizos –art.37-.

Por lo que se refiere a las **prestaciones derivadas de enfermedades profesionales** hay que remitirse, en gran parte, a lo previsto para el accidente de trabajo, aunque éstas tienen algunas particularidades que no se dan en esta última contingencia a las que haremos referencia a continuación. En primer lugar, la lista de enfermedades profesionales catalogadas como tales no es la misma para todos los ordenamientos nacionales. No existe una lista única de enfermedades profesionales en todo el ámbito comunitario, por lo que tras haber realizado en dos Estados el mismo tipo de trabajo que le ha ocasionado una enfermedad, un Estado puede calificarla de enfermedad profesional y el otro no. Uno reconocerá al trabajador migrante el derecho a pensión y el otro no.

En segundo lugar, la enfermedad profesional no siempre se manifiesta durante el periodo en que el trabajador asegurado está ejerciendo una ocupación susceptible de producirla, ésta puede aparecer con posterioridad.

Así pues, a efectos de determinar el Estado competente en el supuesto de que la víctima de la enfermedad sufra ésta con posterioridad al abandono de su trabajo deberá aplicarse el art. 36 del Reglamento.

En este sentido, la norma comunitaria dispone que cuando la víctima de una enfermedad profesional haya **desarrollado una actividad susceptible de provocar una enfermedad profesional en el territorio de dos ó más Estados** no podrán obtener ni él ni sus derechohabientes más que las prestaciones previstas en la legislación del último Estado cuyas condiciones hayan sido cumplidas por el interesado para acceder a ésta –art.38-.

Si para el cálculo de las prestaciones se debe tener en cuenta los ingresos medios o los ingresos a tanto alzado del trabajador enfermo, el Estado competente atenderá únicamente a los ingresos comprobados durante los periodos cubiertos bajo su legislación -art.21.2 y 3 -.

También se regulan en el Reglamento las situaciones de **agravación de la enfermedad profesional** –art. 39 del Reglamento-:

1. Si el beneficiario **no ha ejercido otra actividad tras sufrir la enfermedad en otro Estado distinto del que le ha reconocido las prestaciones**, el primero que le concedió la prestación inicial asume la carga que supusiera la agravación.–art.39. a)-.
2. Si desde que disfruta de las prestaciones, el trabajador ha **ejercido una actividad susceptible de producir una agravación en un Estado distinto** del que le paga la prestación, éste sigue obligado a seguir abonando la prestación reconocida sin tener en cuenta la agravación, pero el segundo Estado está obligado a reconocerle un complemento de cuantía igual a la diferencia existente entre la cuantía de las prestaciones a la que el interesado tenga derecho después de la agravación y la cuantía de las prestaciones a la 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.

Si en el Estado miembro donde el interesado reside o efectúa una estancia no existe un seguro contra los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales, o aún existiendo ese seguro no hay una institución encargada de conceder prestaciones en especie, éstas serán concedidas por la institución del lugar de estancia o de residencia responsable de facilitarlas en caso de enfermedad –arts 17 a 22.

Si en el Estado en el que se haya asegurado el ciudadano que sufra el accidente de trabajo o la enfermedad profesional no existe un seguro contra los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales, se aplicarán, no obstante, las disposiciones del presente capítulo sobre prestaciones en especie a la persona con derecho a las prestaciones correspondientes en caso de enfermedad, maternidad o paternidad asimiladas, de acuerdo a la legislación de dicho Estado miembro, si la persona sufre un accidente de trabajo o contrae una enfermedad profesional durante su residencia o estancia en otro Estado miembro. Los costes correrán a cargo de la institución competente para las prestaciones en especie conforme a la legislación del Estado miembro competente – art.40-.

Supuestos prácticos:

1. Un ciudadano de nacionalidad española trabaja en una empresa española pero se desplaza habitualmente a Bélgica donde la empresa tiene su sede social. En el regreso de uno de estos viajes sufre un accidente en Francia. ¿Está el Estado francés obligado a prestarle asistencia? ¿Qué Estado es responsable de las prestaciones económicas a las que tuviera derecho?.
2. Ramón Díaz es transportista y ha trabajado 4 años en Portugal, 5 años en Alemania y 7 años en España. Hace dos meses sufrió un accidente de tráfico en España mientras realizaba su trabajo, por lo que solicitó al Instituto Nacional de Seguridad Social la prestación por incapacidad temporal. Él desconoce quien tiene obligación de abonarle la prestación. Explique a D. Ramón quien es el Estado/s obligado/s al pago.

3. Un trabajador de nacionalidad francesa ha prestado servicios en la minería en España y en Francia. El último país en el que prestó servicios fue Francia donde se le declaró una invalidez ante la imposibilidad de recuperarse tras sufrir una enfermedad de carácter profesional. ¿Qué Estados estarían obligados al pago de esta prestación por invalidez?

4. Si ese señor de nacionalidad francesa no hubiera trabajado en España en el sector minero, en tanto que lo hubiera hecho en el sector del metal ¿mantendría la misma respuesta?.

9. PRESTACIÓN POR INVALIDEZ

El Capítulo 4 del Título III del Reglamento coordina los regímenes nacionales de invalidez, de forma que cada Estado mantiene sus propias reglas ordenadoras de esta contingencia y al trabajador comunitario solicitante de la prestación le serán aplicable a efectos de su cálculo los diferentes principios comunitarios.

Ahora bien, en la medida 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 debe matizarse **la aplicación de los principios generales de totalización de periodos y de unicidad normativa**. No en vano, para estas prestaciones, de igual forma que para las prestaciones de vejez y supervivencia, no siempre es aplicable una sola legislación. Los derechos se liquidarán acumulativamente por cada una de las legislaciones a las que el trabajador haya estado sujeto, evitando imponer a un solo Estado, en concreto, al que esté asegurado el trabajador en el momento de producirse su invalidez, la importante carga financiera que suponen las pensiones.

La **coordinación de estas prestaciones es especialmente complicada** en tanto que en los países comunitarios existen **dos tipos de legislaciones** fundadas en principios totalmente diferentes. En unos Estados **el importe de las prestaciones de invalidez es independiente de la duración de los periodos de cotización –grupo A-** mientras que en otros Estados **la cuantía de la prestación depende de los periodos cotizados –grupo B-**.

Grupo A: A este grupo pertenecen las legislaciones belga, española, francesa (a excepción del régimen minero), griega (sólo para el régimen de seguro agrícola), irlandesa, neerlandesa, finlandesa (para las personas nacidas con una discapacidad o que la adquieren a una edad temprana) y del Reino Unido –art.44-.

Grupo B: A este grupo corresponden las legislaciones alemana, austriaca, finlandesa (excepto para las personas nacidas con una discapacidad o que la adquieren a una edad temprana), italiana,

luxemburguesa, danesa, portuguesa, griega (por lo que se refiere a los regímenes distintos del seguro agrícola), francesa (por lo que se refiere al régimen especial minero) y sueca –art.46-.

Las situaciones que pueden producirse son las siguientes:

A) Que el **trabajador haya estado sometido exclusivamente a legislaciones del tipo A**. La institución donde está asegurado en el momento que sobreviene la incapacidad para el trabajo y, por tanto, la invalidez es la responsable de las prestaciones –art.44-. Éstas se fijan atendiendo exclusivamente a la legislación aplicable al interesado en el momento en que tiene lugar el hecho causante, es decir, cuando se produce la incapacidad temporal que ha dado lugar a la invalidez.

La pensión será abonada por la institución competente del Estado en el que haya trabajado por última vez, cualquiera que sea la duración de su afiliación al seguro social en este Estado y sin necesidad de hacer intervenir a las autoridades de los demás Estados en los cuales estuvo asegurado con anterioridad. Así pues, accederá a una pensión completa siempre que el trabajador cumpla las condiciones requeridas en la normativa del Estado donde está asegurado y en el que acontecen los hechos, pero no tendrá derecho a otras prestaciones en virtud de otras legislaciones a las que hubiera estado sujeto anteriormente.

Si se produjera la **acumulación de pensiones de invalidez** de trabajadores que hubieren estado afiliados siempre a legislaciones del “tipo A”, es decir, a aquellas que calculen la cuantía de la prestación independientemente del periodo cotizado en su Estado, sólo será posible que el trabajador perciba la pensión establecida en el país al que estuviera afiliado en el momento del hecho causante-art. 44-.

B) Que el **trabajador haya estado sujeto únicamente a legislaciones del tipo B** o que **entre los periodos de cotización cubiertos por el trabajador alguno de ellos corresponda a una legislación del tipo B – art.46-**. En estos supuestos la fórmula para determinar el importe de la pensión

de invalidez es similar a la establecida para la prestación de vejez o supervivencia.

La institución en la cual se solicita una pensión deberá tener en cuenta los periodos de cotización o de residencia que haya cumplido en otro Estado si éstos son necesarios para tener derecho a prestaciones según su legislación.

Para estos supuestos no será de aplicación el **principio general de unicidad normativa**, puesto que la prestación se liquidará acumulativamente en cada una de las legislaciones a las que el trabajador haya estado sujeto – art.46-. Cada uno de los países en los que hubiera cotizado el trabajador examinará los derechos del interesado para comprobar si cumple las condiciones impuestas en su legislación, de forma que las prestaciones que se concedan serán objeto de un nuevo examen de oficio cada vez que el trabajador cumpla las condiciones exigidas por otra u otras legislaciones a las que haya estado sujeto.

Un ciudadano comunitario puede tener derecho a una pensión de invalidez de acuerdo con la ley de dos de los tres Estados en los que ha cotizado y en los que cumple las condiciones para acceder a ella pero no reunir los requisitos de edad exigidos en el tercer Estado. Dos de los citados Estados pagarán la pensión que les corresponda y ésta será objeto de revisión cuando el ciudadano alcance la edad requerida en el tercer Estado.

Si el ciudadano ha estado **sometido únicamente a legislaciones del tipo B**, percibirá pensiones distintas a cargo de cada uno de los Estados en los cuales estuvo asegurado, calculadas a prorrata según el periodo de tiempo que cotizó en cada Estado.

En cualquier caso, si al producirse la invalidez el trabajador estaba asegurado en un Estado del tipo A, pero anteriormente hubiera estado sujeto a una de tipo “B”, se beneficiará de una prestación de acuerdo a lo dispuesto en el art. 44 –art. 46.2-, con la doble condición de que, por un lado, cumpla las condiciones exigidas por esta legislación, sin tener que recurrir a periodos de

seguro cumplidos bajo legislaciones del tipo B, y de que no reclame ningún derecho a prestaciones de vejez, teniendo en cuenta lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 50.

En otro orden de cosas hay que referirse a los problemas que pueden aparecer a la hora de determinar el **grado de discapacidad que sufre el solicitante cuando éste ha estado sujeto a los ordenamientos de varios Estados –art.46.3-**. El Estado en el que presente la solicitud será el competente para determinar el grado y la decisión que éste adopte al respecto será respetada por la institución de cualquier otro Estado afectado, siempre que en el Anexo VII del Reglamento se reconozca la concordancia de las condiciones referentes al estado de invalidez entre las legislaciones de dichos Estados. La decisión adoptada al respecto por una determinada institución sólo en contadas ocasiones vincula a las instituciones de los demás Estados.

En el momento actual de la legislación comunitaria y en tanto no se armonicen los criterios de evaluación al respecto es posible que se le reconozcan grados de discapacidad diferentes al trabajador comunitario en los diferentes Estados en los que haya prestado servicios. No obstante, debe tenerse en cuenta que si tiene derecho a una pensión de invalidez en virtud de la legislación de un Estado miembro, la institución competente de ese Estado es la única facultada para someterle a reconocimientos médicos o, en el caso de que resida o pase estancias en otro Estado, a pedir a la institución de su lugar de estancia o residencia que le someta a los reconocimientos necesarios, o a requerir que lo examine un médico de su elección. En este último caso, la institución competente puede, si el estado de salud del ciudadano lo permite, y siempre que se haga cargo de los gastos correspondientes, invitarle a regresar al Estado del que depende.

En cuanto a la **forma de cálculo de la prestación** nos remitimos a lo explicado anteriormente respecto a la forma de obtener la base reguladora para calcular posteriormente la “pensión teórica” y la “pensión a prorrata”.

Ahora bien, a este respecto debe recordarse que si el importe de las prestaciones se establece teniendo en cuenta la existencia de miembros de la

familia que no sean los hijos, se les deberá seguir considerando a efectos de su cálculo, incluso si residen en otro Estado.

Además, el hecho de residir o pasar estancias en otro Estado distinto del que le paga sus pensiones de discapacidad no tendrá ninguna incidencia sobre dicho pago. De hecho, no se le podrá denegar la prestación, ni se podrá reducir o adaptar su importe por el solo hecho de que no se encuentre en el territorio del Estado que abona la referida pensión.

9.1. La agravación de la invalidez

En caso de agravación la dificultad es determinar el Estado que se hará cargo del pago de la prestación complementaria si efectivamente se estimara que se ha producido una agravación de la invalidez sobre la inicialmente reconocida. El art. 47 del Reglamento lo soluciona de la siguiente forma:

1.-Si **después de haberse reconcedido el derecho del interesado a una prestación por invalidez**, atendiendo a la legislación de un Estado, **éste no ha estado sujeto a la legislación de otro distinto**, el que paga la prestación en el momento de la agravación será el que se haga cargo del incremento que ésta implique.

2.-Si **después de obtener la prestación, el interesado estuvo sujeto a la legislación de uno o varios Estados**, se procederá a una nueva liquidación de la pensión, como si anteriormente no se hubiera concedido ninguna prestación conforme a lo dispuesto en el art. 44.2 – sujeción a varias legislaciones de tipo A-

Tras la nueva liquidación no puede resultar perjudicado el interesado, de forma que la institución obligada a pagar la pensión antes de la agravación le concederá un complemento diferencial, cuando la pensión que éste pagaba fuera más elevada que la que resulte de la nueva liquidación –art.47.2-.

9.2. Transformación de las prestaciones de invalidez en pensiones de vejez

Atendiendo al art. 48 del Reglamento las pensiones de invalidez se transformarán en pensiones de vejez en las condiciones previstas por cada legislación nacional cuando reúna los requisitos para ello. Ahora bien, si el beneficiario de la prestación de invalidez lo fuera en virtud de varias legislaciones estatales y no reuniera simultáneamente las condiciones requeridas en todas ellas para tener derecho a las prestaciones de vejez, continuará recibiendo la prestación de invalidez hasta que cumpla los requisitos para poder ser transformada en pensión de vejez –art.48.3-.

Esta disposición puede dar lugar a que un trabajador 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 otro, ambas de la misma naturaleza, pero no por ello incompatibles ya que no sería aplicable la regla anticúmulo prevista en el art. 53 del Reglamento.

Supuestos prácticos:

1. Un ciudadano español tiene reconocida en España una prestación por invalidez, ocasionada por una enfermedad profesional que tuvo su origen en el contacto del trabajador con el amianto en el trabajo que habitualmente ha desarrollado en nuestro país. Actualmente está trabajando en Italia en una actividad diferente, pero sufre una agravación de la enfermedad le impide seguir trabajando en su actual puesto de trabajo. ¿A qué país puede reclamarle una prestación adicional dado que ya no puede prestar ningún tipo de servicios?
2. Un ciudadano de nacionalidad noruega trabajó en Francia (3 años) y Reino Unido (2 años), posteriormente decidió regresar a su país donde trabajó durante 10 años hasta que sufrió una enfermedad que le impidió

- seguir trabajando. ¿Tendrá derecho a alguna prestación en su país? ¿A cuántas prestaciones tendrá derecho? ¿Con arreglo a qué ley se calculará?
3. Un ciudadano de nacionalidad española emigró durante la Guerra Civil y trabajó 5 años en Alemania y 3 años en Italia hasta que volvió a España donde sólo trabajó 2 años porque posteriormente sufrió una enfermedad degenerativa que le impidió volver a trabajar. ¿Tiene derecho a alguna prestación? ¿Quién tiene obligación de pagarla?
 4. ¿Qué Estado calificará la invalidez que sufre el trabajador del supuesto anterior? ¿Y si para Italia su situación no pudiera calificarse de invalidez, estaría obligado este Estado por el pronunciamiento del Estado español? ¿En qué casos está obligado?
 5. Un trabajador emigrante con 10 años de cotización en Francia retorna a España y tras 2 años de cotización en nuestro país sufre una invalidez. ¿Cuántos años deberá computarle el Instituto de la Seguridad Social a efectos del cálculo de la prestación por invalidez?. ¿Tiene obligación Francia de pagarle alguna parte de la cuantía?.
 6. Un nacional italiano tras 10 años de cotización en Alemania y 2 en España sufre en nuestro país una enfermedad que le provoca una invalidez. ¿Tendrá derecho a prestación por invalidez? ¿Qué país estará obligado al pago?. ¿Cuáles son los preceptos reglamentarios aplicables?.

10. PRESTACIÓN DE VEJEZ

Las normas del Capítulo 5º del Título III del Reglamento son aplicables a las prestaciones de vejez o jubilación y a las de supervivencia así como a las prestaciones de invalidez cuando el interesado haya estado afiliado a varias legislaciones de la Seguridad Social del tipo A y B o exclusivamente a legislaciones del tipo B.

En la prestación de vejez **juega el principio de totalización y de prorrateo pero no el de unicidad normativa**. Ello significa que el futuro beneficiario de la pensión de vejez tiene derecho a que el Estado en el que solicite la pensión compute no sólo los años cotizados en ese país sino también los cotizados en otros Estados, siempre que ello fuera necesario para adquirir el derecho, y sin perjuicio de que posteriormente la cuantía de la pensión fuera prorrateada, puesto que cada uno de los Estados a los que hubiera estado sujeto el trabajador procederán a practicar la liquidación oportuna atendiendo a los años cotizados en cada uno de ellos. Las diferentes instituciones competentes examinarán los derechos del interesado a medida que éste cumpla las condiciones impuestas en las legislaciones que ellas aplican.

Es posible que el trabajador se beneficie de las prestaciones adquiridas al amparo de una legislación nacional y demore la liquidación de otras que le pudieran corresponder al amparo de otro ordenamiento en otro Estado con el fin de mejorar su derecho a la prestación, al aumentar los años del seguro – art.50.1-. Ello no impediría que los periodos cumplidos al amparo de la legislación considerada se tengan en cuenta para la concesión de una prestación en otro Estado. Así pues, **la liquidación no tiene que ser coincidente por parte de las instituciones** de los diferentes Estados en los que hubiera cotizado, en tanto que se podrán efectuar a medida que se vayan cumpliendo las condiciones exigidas por las legislaciones a las que haya estado sometido el trabajador -art.50.2 y 3 del Reglamento-.

<p>En lo que se refiere a la concesión de las prestaciones en un régimen especial, la totalización queda restringida a los periodos de cotización</p>

cumplidos por el trabajador bajo un régimen semejante –art.51-. Ahora bien, si sumando estos periodos no se consigue adquirir derecho a la prestación prevista para un régimen especial; los años cotizados en este régimen se podrán tener en cuenta para la concesión de prestaciones del régimen general o en su defecto, del régimen aplicable a los obreros o a los empleados, según proceda, a condición de que el interesado haya estado afiliado a uno u otro de éstos.

El **cálculo de estas prestaciones** está previsto en el art. 52 a 56 del Reglamento teniendo en consideración si el solicitante recurre o no a la totalización:

1.Cuando el trabajador **no tenga que recurrir a la totalización** de los periodos, éste recibirá de la institución competente una pensión que se calculará en base a los periodos allí cotizados –prestación nacional art. 52.1.a). Ahora bien, si el interesado, que reúne los requisitos exigidos por una sola legislación sin necesidad de recurrir a los periodos de seguro cumplidos con arreglo a otras leyes, consiguiese una prestación más elevada por tener en cuenta los periodos de tiempo cubiertos en otros Estados, podrá computarlos. La prestación concedida con arreglo a varias legislaciones serán automáticamente objeto de un nuevo cálculo que veremos en el siguiente apartado.

Ej. Si un nacional español ha cotizado en España durante 20 años pero antes lo había hecho en Francia por un periodo de 6 años, podría solicitar la prestación de jubilación en nuestro país cuando alcanzara los 65 años sin necesidad de totalizar, en tanto que en España el periodo mínimo exigido para tener derecho a la prestación de jubilación es de 15 años, sin embargo, podrá tener en cuenta el periodo cotizado en Francia porque así conseguirá una prestación más elevada.

2.Cuando sólo se tenga derecho a la prestación de un Estado miembro tras **recurrir a la totalización de los periodos de seguro**, el interesado percibirá con cargo a la institución competente de este Estado una fracción de pensión según el modelo de cálculo proporcional. A estos efectos se deberá:

Primero, calcular el importe teórico de la prestación que se debiera, si todos los periodos se hubieran cumplido bajo su propia legislación –art.52.1.b)-. **Segundo**, atendiendo a ese importe, el Estado deberá fijar la cuantía efectiva a prorrata de la duración de los periodos cumplidos, teniendo en cuenta la legislación que ella aplique, en relación con la duración total de los periodos de seguro cumplidos bajo las legislaciones de los Estados miembros en cuestión – art.52.1.b) ii-.

Cuando la legislación aplicada prevea una duración máxima de periodos para beneficiarse de una prestación completa y debido a la totalización de dichos periodos se extiendan más allá de la máxima prevista legalmente, la institución competente tendrá en cuenta ésta –la máxima legal- y no la duración total de dichos periodos –art.56.1.a),

Ej. Si un nacional holandés ha prestado servicios en Luxemburgo durante 15 años, en Holanda durante 10 años y acaba trabajando en España donde ha prestado servicios durante otros 11 años, cuando solicite la prestación de jubilación en nuestro país sólo se le tendrá en cuenta a efectos del cálculo el periodo máximo establecido por la LGSS, que para la prestación de jubilación es de 35 años, por tanto a este trabajador que al totalizar reúne 36 años sólo se le tendrán en cuenta en nuestro país, a efectos de cálculo, 35 años cotizados.

Las citadas formas de cálculo –directa y proporcional- se pueden aplicar por separado en cada Estado miembro en el que se tenga un derecho, pudiendo recibir el interesado **una ó varias pensiones autónomas y/o una o varias pensiones prorrateadas**; eso sí, su suma no puede rebasar el importe teórico más elevado. Ello significa que **la suma de todas las prestaciones autónomas y prorrateadas de las que se pueda beneficiar el trabajador migrante no podrá ser superior al importe teórico más elevado que se hubiera podido alcanzar si todos los periodos de seguro se hubieran cubierto bajo la legislación de cada uno de los Estados miembros de que se trate.**

Respecto a la forma de calcular el importe teórico máximo se pronuncia el T.J.C.E. en sentencia de 24 septiembre 1998, asunto Besem (274/81). El Instituto Nacional de Previsión Italiano concedió a los Sres. Stinco y Panfilo sendas pensiones prorrateadas, calculadas con arreglo al apartado 2 del artículo 46 del Reglamento n. 1408/71, sobre la base de las pensiones teóricas que los demandantes hubieran percibido de haber trabajado en Italia durante toda su vida profesional, teniendo en consideración que también habían prestado servicios en Francia y Reino Unido. La cuantía de dichas pensiones teóricas era de un nivel tal que, en el supuesto de que los demandantes hubieran tenido derecho efectivamente a unas pensiones nacionales de dicha cuantía, se les hubiera concedido el complemento previsto por la ley italiana para alcanzar la pensión mínima, el cual no ha sido tomada en cuenta a efectos del cálculo de la cuantía teórica.

Al hilo de este tema se pronuncia el TJCE declarando que la letra a) del apartado 2 del art. 46 del Reglamento n. 1408/71 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 está obligada a tomar en consideración un complemento destinado a alcanzar la pensión mínima prevista por la legislación italiana

Del mismo modo que existe una **cuantía máxima** fijada también se establece en el Reglamento una **cuantía mínima**. El art. 58 del Reglamento establece que el trabajador tiene derecho a un complemento en el Estado en cuyo territorio resida y en virtud de cuya legislación se le deba una prestación, cuando la suma de las prestaciones debidas por los diferentes Estados no alcance el mínimo previsto en la legislación del Estado de residencia. Dicho complemento será igual a la diferencia existente entre la suma de las prestaciones debidas en virtud del Reglamento y la cuantía de la pensión mínima fijada en esa legislación. El trabajador no puede percibir una prestación inferior a la mínima fijada por la legislación del Estado de residencia para un periodo de seguro igual al total de los periodos tenidos en cuenta para la liquidación.

El art. 57 contiene una **excepción del cálculo a prorrata** al establecer que el Estado no está obligado a conceder prestaciones cuando se den alguna de las siguientes condiciones:

a) Cuando la duración total del periodo de seguro cubierto en un Estado sea inferior a 1 año. El país en el que no se alcance este periodo mínimo no tiene obligación de pagar ninguna parte de la prestación, sin perjuicio de que se tenga en cuenta dicho periodo inferior a un año a efectos de determinar si tiene derecho a la prestación de vejez.

b) El art. 57.3 del Reglamento ofrece al trabajador la garantía de que en caso de que la aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 diera lugar a que todas las instituciones de los Estados interesados quedasen exentas del cumplimiento de sus obligaciones las prestaciones se concederán exclusivamente en virtud de la legislación del último de los Estados en el que se hayan cumplido las condiciones, como si todos los periodos de seguro y de residencia cumplidos y tenidos en cuenta conforme a lo dispuesto en el art. 51.1 y 2 se hubieran cubierto bajo su legislación. Así se evita la desprotección que supondría para el trabajador la aplicación únicamente del art.57.1, pues daría lugar a que todas las instituciones de los Estados en los que hubiera trabajado menos de un año quedasen exentas de cumplir sus obligaciones. Esta disposición impide **el incumplimiento del art. 51 del Tratado** que trata de evitar que un trabajador migrante pueda perder, por el hecho de ejercer su derecho a la libre circulación, derechos adquiridos en virtud tan sólo del Derecho nacional.

La **determinación de la “base reguladora”** de las pensiones por invalidez y vejez es uno de los temas más complicados que se plantea al interpretar y aplicar el Reglamento, al ya nos hemos referido anteriormente por lo que aquí nos limitamos a recordar que:

El cálculo de la base reguladora se realizará a partir de las bases de cotización reales del interesado durante los años inmediatamente anteriores al pago de su última cotización en el Estado miembro en el que se halle. Esta norma se incorporó al Reglamento a partir de la adhesión de España a la Unión Europea y afecta exclusivamente a nuestro país. El cálculo de la pensión de

vejez en nuestro país debe efectuarse únicamente sobre la base de cotización media correspondiente a los periodos cotizados por el interesado en España.

Ej. Para el cálculo de la pensión en España de un sujeto que ha prestado servicios en otros Estados deberá fijarse, en primer lugar, el importe de la pensión teórica, que se obtendrá aplicando la legislación española, si bien teniendo en cuenta todos los periodos de seguro y de residencia cumplidos de acuerdo con las diversas legislaciones de los Estados a que haya estado sometido el trabajador por cuenta ajena. Realizadas esas operaciones, la institución responsable ha de determinar el importe efectivo de la prestación a su cargo, prorrateando la cuantía teórica entre la duración de los períodos de seguro cumplidos antes de la fecha del hecho causante, de acuerdo con la legislación que ésta aplica, en relación con la duración total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante, de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados afectados. En consecuencia, una vez que se haya fijado la base reguladora de la pensión teórica, el siguiente paso consiste en la determinación de la fracción de esa pensión que debe asumir la Seguridad Social «pro rata temporis».

Supuestos prácticos:

1. Luis Pérez está cobrando una prestación de invalidez a cargo del Estado belga porque tiene cotizados los años suficientes para acceder a esta prestación -5 años-. Tras un año cobrando esta prestación se informa de que en España, país en el que actualmente reside y en el que trabajó durante diez años antes de irse a Bélgica, para solicitar la jubilación se requieren, como mínimo, quince años cotizados, además de tener 65 años de edad y, por tanto, solicita al Instituto Nacional de la Seguridad Social el abono de esta prestación. Juan entiende que reúne todos los requisitos porque a los diez años trabajados en España deben

sumársele los cinco años cotizados en Bélgica. ¿Es acertada la reflexión de Juan? Razone su respuesta.

2. Luis, nacional español, es un inmigrante retornado de Alemania tras haber prestado servicios allí durante 20 años. Una vez que llega a España comienza a prestar servicios en nuestro país hasta alcanzar la edad de jubilación –65 años-. En España trabaja 15 años. ¿Cuál es la Ley que se le aplicará para calcularle la pensión de jubilación? ¿Qué principio reglamentario se aplica?.
3. Luis tras dicho periodo de trabajo en España se marcha a Francia a vivir con su hija y una vez allí no sabe si tiene que desplazarse a España para solicitar la prestación por jubilación o podría hacerlo en Francia aunque allí no ha trabajado nunca. Explique cuáles son sus derechos.
4. Tras vivir con su hija un periodo en Francia, Luis no sabe si podría trasladar su residencia a EEUU para convivir con su hijo y seguir cobrando la prestación por jubilación.
5. Un trabajador español ha desarrollado su vida laboral básicamente en Holanda, con períodos intercalados de cotización en España y Alemania. ¿Cuál es la fuente del Derecho en la que deben de buscarse las pautas para calcular la pensión de jubilación de todos estos trabajadores?. ¿Cómo debe calcularse esta pensión?. ¿Con arreglo a qué bases de cotización?. ¿Quién debe pagar la misma?.
6. Un señor de nacionalidad alemana trabaja en España desde hace 7 años pero anteriormente había prestado servicios en su país –Alemania- 7 años y medio y en Reino Unido –6 meses-. Alcanzada la edad de jubilación –65 años- quiere solicitar la prestación de jubilación. ¿En qué país podría solicitarla?. ¿Qué Estados tienen obligación de pagarle?

7. Juan –nacional español- sólo ha trabajado 9 meses en Francia, en diferentes épocas de vendimia y en España ha trabajado 171 meses. Cuando alcanza la edad de jubilación –65 años- solicita la prestación en España y el Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS-se la deniega por no tener cubierto el periodo mínimo. ¿Tiene razón el INSS?.¿Tiene Francia obligación de pagarle algo a Juan en la medida que España se lo niega?

8. Antonio –ciudadano de nacionalidad española- ha trabajado 15 años en Alemania –periodo mínimo necesario para acceder a la jubilación- y 2 años en España hasta alcanzar los 65 años. ¿Puede solicitar una prestación en cada país?.

9. Pedro trabajó 3 años en Francia, 13 años en Alemania y 10 años en España. Actualmente tiene 65 años y por tanto solicita la jubilación en España. ¿Tiene España obligación de pagarla?. ¿Qué ocurriría si en Alemania la edad de jubilación estuviera en 66 años?.

11. EL SUBSIDIO POR DEFUNCIÓN

El art. 1 y) del Reglamento define este subsidio como la **cantidad que se paga de una sola vez en caso de fallecimiento. No se trata de una prestación periódica.** El art. 43 de esta misma normativa reconoce para esta contingencia el **principio de totalización** de los periodos y el art. 42.1 garantiza el cobro de este subsidio aunque la persona **fallezca en el territorio de un Estado distinto del competente.** Éste último Estado está obligado a pagar aunque el beneficiario resida en el territorio de un Estado distinto del competente.

En caso de acumulación de los derechos a subsidio de defunción a tenor de la legislación de varios Estados habrá de tenerse en cuenta que el Reglamento sólo permite el cobro de éste de uno de los Estados atendiendo a:

1.-Si el fallecimiento ocurre en el territorio del Estado competente, únicamente se conserva el derecho al subsidio adquirido a tenor de la legislación de éste, extinguiéndose el derecho al subsidio a tenor de la legislación de cualquier otro.

2.-Si el fallecimiento ocurre en un Estado distinto del competente, pero el derecho al subsidio se adquiere a tenor de las legislaciones de dos o más Estados, sólo se conserva el derecho a tenor de la legislación de aquel país en el que el fallecido estuvo asegurado en último lugar.

Supuestos prácticos:

1. Una ciudadana de nacionalidad griega ha prestado sus servicios siempre en su país y vive habitualmente en él, pese a que con cierta frecuencia se desplace a visitar a su hija a Reino Unido. En una de sus estancias en Reino Unido, ésta sufre un infarto y fallece. ¿Tiene su hija derecho al subsidio de defunción que el ordenamiento inglés tiene establecido?

2. Un señor de nacionalidad francesa ha trabajado siempre en su país pero tras su jubilación estableció su residencia en la costa levantina española. Tras su muerte en España sus hijos solicitan el subsidio por defunción en España, ¿está obligado nuestro país a abonarlo?

3. Un señor de nacionalidad alemana ha estado asegurado el mismo periodo de tiempo en Francia que en España, aunque el último país en el que trabajó fue Alemania. Cuando éste fallece, sus descendientes no saben dónde deben solicitar el subsidio por defunción. Explíqueles dónde deben hacerlo y las razones.

12. PRESTACIONES FAMILIARES

El art.1 letra z) del Reglamento establece que con los términos **“prestaciones familiares”** se designa a todas las **prestaciones en especie o económicas destinadas a hacer frente a las cargas familiares**, con exclusión de los anticipos de pensiones alimenticias y los subsidios especiales de natalidad previstos en el Anexo I –subsidios de natalidad belgas y luxemburgueses, subsidios prenatales luxemburgueses y el subsidio que Francia concede por el hijo hasta la edad de tres meses-.

Dada la amplia definición reglamentaria de la expresión **“prestaciones familiares”** habrá de considerarse que en ella no sólo se incluyen las cuantías que periódicamente garantizan los Estados a las familias sino también las ventajas fiscales o sociales existentes en éstos siempre que persigan el mismo fin. No en vano, el propio Reglamento en el Considerando 34 declara que estas prestaciones tienen un alcance muy amplio, en tanto que desde la norma reglamentaria se tratan de abarcar tanto las situaciones que se podrían calificar de clásicas, como podrían ser las prestaciones por hijo a cargo y por orfandad, así como otras más específicas o propias de los Estados. En la definición de este concepto deberán acogerse los subsidios familiares previstos para los titulares de una pensión o de una renta, así como los incrementos o complementos de esas pensiones establecidos a favor de los hijos de los titulares de las citadas rentas.

El Reglamento 1408/71 diferenciaba prestaciones familiares de subsidios familiares con el fin de dejar fuera del campo de aplicación del Reglamento las ventajas fiscales o beneficios sociales que los Estados garantizan a las familias pero, al art. 7.2 del Reglamento 1612/68 que desarrolla el art. 48 del Tratado de Roma ya estableció que los trabajadores se beneficiarán en el territorio de otros Estados miembros de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.

A partir de este precepto el TJCE en Sentencia de 26 de febrero de 1992, Asunto Bernini (3/1990), consideró que un miembro de la familia de un trabajador puede alegar directamente el citado art. 7.2., permitiendo beneficiarse a los migrantes comunitarios no sólo de los subsidios familiares

sino también de otras ventajas fiscales o sociales que pudieran estar establecidas en los diferentes Estados¹⁸.

Por lo que respecta a los **principios del derecho comunitario aplicables a efectos de determinar el derecho a estas prestaciones** debe señalarse que el Reglamento admite la **totalización** de los periodos cotizados en otros Estados cuando la adquisición del derecho a las prestaciones esté subordinada al cumplimiento de un periodo de seguro, **sin que ello justifique el prorrateo de la prestación**. Se trata de prestaciones que corren a cargo de un solo país, aunque se cumplan los requisitos para obtenerla en varios Estados, dados los criterios de prioridad establecidos en el art.68.

Dicho precepto se refiere a la **acumulación de prestaciones de igual naturaleza cuando se trata de dos prestaciones familiares**, para establecer que si dos familiares tienen derecho a prestaciones de este tipo por un mismo miembro de la familia en virtud de la legislación del país de residencia de dicho miembro deberán aplicarse las normas establecidas en ese país.

Si la **prestación fuera debida por más de un Estado miembro pero por conceptos diferentes**, tendrá obligación de abonarla un Estado u otro según establezcan los criterios de prioridad reglamentarios fijados en función de la razón por la que se adquiera el derecho: en primer lugar, si el derecho a la prestación se adquiere por el desarrollo de una actividad por cuenta ajena o propia, el Estado en el que se desarrolle dicha actividad será el obligado al pago, en segundo lugar, si los derechos han sido adquiridos con motivo del cobro de una pensión éste será el Estado obligado, y por último, si los derechos han sido adquiridos por razón de la residencia, el Estado en el que resida será el obligado.

Si la **prestación fuera debida por más de un Estado miembro pero por el mismo concepto**, el orden de prioridad se establecerá atendiendo a los siguientes criterios subsidiarios:

1. Si el **derecho a la prestación se ha adquirido con motivo de una actividad por cuenta ajena o propia**: el lugar de residencia

de los hijos, a condición de que exista tal actividad, y de forma subsidiaria, si procede, el importe superior de las prestaciones previstas por las legislaciones en conflicto. Es decir, si esta actividad se desarrollara en varios Estados se le reconocerá el importe superior de las prestaciones previstas por las legislaciones en conflicto. En este último caso, el coste de las prestaciones se compartirá con arreglo a criterios establecidos en el Reglamento de aplicación.

2. Si el **derecho se ha adquirido con motivo del cobro de pensiones**: el lugar de residencia de los hijos, a condición de que exista pensión pagadera con arreglo a dicha legislación, y si la pensión se cobrara en varios Estados se atenderá al más largo de los períodos de seguro o de residencia previstos por las legislaciones en conflicto.
3. En el caso de **derechos adquiridos por razón de la residencia**: el lugar de residencia de los hijos.

El familiar tendrá derecho a la prestación prioritaria, suspendiéndose el derecho al resto de las prestaciones hasta el importe que perciba de la primera, de forma que deberá abonar un complemento si la cuantía abonada por este Estado superara dicho importe, salvo que la prestación que perciban los hijos se funde exclusivamente en la residencia –art.68.2-.

En cuanto a su posible **exportación de estas prestaciones** el Reglamento no las incluye entre las exportables de forma expresa. Sin embargo, ello no significa que no lo sean porque no debe hablarse tanto de exportabilidad, dado que el trabajador o desempleado se encuentran en el territorio del Estado competente, como de equiparación de residencia de los miembros de la familia¹⁹. En consecuencia, el trabajador migrante vaya o no acompañado de su familia en sus desplazamientos tendrá derecho a las prestaciones o subsidios familiares que en el país donde esté asegurado tengan garantizado el resto de los trabajadores nacionales.

En definitiva, la prestación por familiar a cargo la concede la institución competente del Estado a cuya ley está sujeto el trabajador asalariado y conforme a dicha Ley, pese a que la persona física a la que se deba pagar estas prestaciones resida o se encuentre en el territorio de ese Estado o de otro Estado miembro. Si la **cuantía** depende de la cuantía de la pensión o de la duración de los periodos de seguro ésta habrá de calcularse en función de la cuantía teórica –art.46 apartado 2 del Reglamento-.

Ej. Si un señor se encuentra en Alemania trabajando, puede obtener en este país el subsidio para sus hijos aunque vivan en otros Estados de la UE, como para los hijos que estén en Liechtenstein, Suiza, Noruega e Islandia.

Si un ciudadano comunitario trabaja en uno de los Estados afectados por el Reglamento, en general, él obtiene para sus hijos que viven en otro Estado diferente, un subsidio familiar (subsidio por hijo) según las leyes del país en el que está trabajando. Si el titular de la renta o pensión la recibe al amparo de la legislación de un sólo Estado miembro las prestaciones por hijo a cargo corren a cargo de ese Estado –art.68-.

En estos supuestos el TJCE en Pleno en su sentencia 27 febrero 1997, asunto Bastos Moriana (C-59/95) se plantea la siguiente cuestión ¿debe interpretarse la letra b) del aptdo. 2 del art. 77 en relación con el aptdo. 1 del art. 79 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 en el sentido de que los subsidios familiares por hijos a cargo de titulares de pensiones que hayan obtenido el derecho a pensión en un Estado miembro no sólo en virtud de la legislación de dicho Estado, sino en virtud de las disposiciones coordinadoras del Derecho social europeo, deben ser pagados como prestación complementaria por la diferencia entre el importe de las prestaciones previstas en dicho Estado miembro y las prestaciones que se abonan o que están previstas en el Estado de residencia, por parte del Estado miembro en el cual no residen los mencionados pensionistas?

En dicha sentencia se afirma «El inciso i) de la letra b) del aptdo. 2 del art. 77 y el inciso i) de la letra b) del aptdo. 2 del art. 78 del Reglamento (CEE) nº 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 y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) nº 2001/83, deben interpretarse en el

sentido de que la institución competente de un Estado miembro no está obligada a conceder a los titulares de pensiones o de rentas, o a los huérfanos, que residan en otro Estado miembro prestaciones familiares complementarias en caso de que el importe de las prestaciones familiares pagadas por el Estado miembro de residencia sea inferior al de las prestaciones que prevé la legislación del primer Estado miembro, cuando el derecho a la pensión, a la renta o a la pensión de orfandad no se haya adquirido exclusivamente en razón de los períodos de seguro cubiertos en dicho Estado».

En cuanto al Estado obligado al abono de la prestación el TJCE en sentencia de 7 mayo 1998, asunto Gómez Rodríguez, (C-113/96) estima que “el inciso i) de la letra b) del apartado 2 del art. 78 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que los huérfanos no tengan ya derecho a pensión de orfandad en su Estado miembro de residencia, por haber alcanzado la mayoría de edad, la institución competente de otro Estado miembro, cuya legislación contempla la continuación del abono de dicha pensión por razón de estudios, no está obligada a concederles la pensión siempre y cuando el huérfano no haya causado su derecho exclusivamente sobre la base de los períodos de seguro cubiertos en dicho Estado.

Ej. Si un ciudadano español con dos hijos a su cargo, que ha estado asegurado como trabajador por cuenta ajena durante 56 meses en Alemania y 80 meses en España, fallece en este último Estado sin haber percibido pensión obligará a la entidad gestora española a conceder a los hijos las correspondientes pensiones de orfandad hasta que éstos alcancen la edad máxima establecida para el percibo de esta prestación. Una vez alcanzada dicha edad se extinguirá el derecho a la pensión de orfandad en España, pero aunque en el Estado alemán dicha edad sea superior no podrán solicitarla en la institución competente alemana porque una vez finalizado el pago de las pensiones españolas, el apartado 2 del art. 78 del Reglamento no daba derecho a la pensión de orfandad prevista por la ley alemana puesto que, al no haber cumplido el trabajador fallecido el necesario período de carencia necesario en el derecho alemán de 60 meses, no se cumplen los requisitos exigidos para ello.

Supuestos prácticos:

1. Un ciudadano alemán presta sus servicios actualmente en Austria aunque su familia –mujer y dos hijos menores- continúan viviendo en el Alemania. En el Estado austriaco existe lo que se denomina “prestación de crianza”, la cual es solicitada por éste. ¿Tiene el Gobierno austriaco obligación de pagarla?
2. Un ciudadano de nacionalidad española, tras pasar un periodo de desempleo en nuestro país, decide buscar trabajo en Francia, dejando a su familia en España. ¿Tendría derecho a cobrar la prestación en favor de familiares establecida en nuestro país?
3. Atendiendo al enunciado del supuesto anterior, ¿qué sucedería si la cuantía de la prestación establecida en nuestro país en favor de familiares fuera inferior a la establecida en el sistema francés?. ¿A qué prestación podrían acceder los familiares en el supuesto anterior?
4. Un ciudadano suizo que actualmente está prestando sus servicios en Alemania solicita en su país la prestación por hijos a cargo, pero además la ha solicitado en Alemania –país donde trabaja-. ¿Tienen derecho a las dos prestaciones? Explica los principios aplicables.
5. Si para obtener la prestación por familiares a cargo tuviera el trabajador que reunir un determinado periodo de cotización previa y éste sólo lo reuniera sumando los periodos de seguro cumplidos en España y en Portugal. ¿Cuál de los dos países citados estaría obligado a su pago si en el momento de la solicitud el trabajador se halla prestando servicios en Portugal?. ¿Debe prorratearse la cuantía?
6. El huérfano de un trabajador español que ha prestado sus servicios en Alemania solicita la pensión de orfandad en España que es el país

donde reside y también la pide en el estado alemán. ¿Tiene derecho a las dos prestaciones?

7. Francisco Vega de nacionalidad española cotizó en Italia 42 mensualidades y en Alemania 141 meses. Vivía en Alemania con su esposa y cinco hijos. Al fallecer éste el Seguro Alemán de Pensiones concedió las pensiones de supervivencia, viudedad y orfandad, pero al año siguiente de la muerte, la madre y los cinco huérfanos trasladan su domicilio a Italia. El Seguro Alemán de pensiones continuó abonando la pensión de viudedad pero dejó de abonar las cinco pensiones de orfandad por considerar que estas prestaciones debían ser abonadas por el estado italiano. ¿Cuál es el principio aplicable al supuesto?. ¿Qué Estado tiene obligación de pagar?.

8. Un ciudadano de nacionalidad italiana fallece por accidente de trabajo en nuestro país, donde se hallaba prestando servicios desde hace un año. Su esposa e hija se encuentran en Italia, país donde solicitan la prestación de viudedad y orfandad. ¿Es correcta la decisión de la familia teniendo en cuenta que en Italia había trabajado 10 años?.

9. Si la prestación italiana por viudedad y orfandad fueran más elevadas en Italia que en España, ¿qué efectos tendría sobre la cuantía que la familia cobrara?

13. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Esta prestación tiene en la mayoría de los Estados, en general, **un carácter territorial muy acentuado** y ello provoca que la libre circulación de trabajadores no esté plenamente garantizada en situación de desempleo. Las reglas contenidas en los arts. 61 a 65 del Reglamento no se caracterizan sólo por su **singularidad en la determinación del Estado competente, en el principio de totalización y el de exportación**, sino porque en algunos casos veremos como sus reglas superan el objetivo de la coordinación típico del Reglamento comunitario para imponerse a las legislaciones nacionales.

El **Estado competente** es aquel en el que el trabajador en desempleo haya cubierto en último lugar un periodo de seguro –art.61.2-, salvando los supuestos del art. 65.5.a) referidos a los trabajadores fronterizos y a los no fronterizos que residen durante su último empleo en un Estado miembro distinto del competente.

Para los **trabajadores fronterizos** la ley aplicable y, por tanto, la norma de acuerdo a la cual se determinarán sus prestaciones es la del Estado miembro en el que residan –art.65.5-.

Los trabajadores no fronterizos en caso de desempleo total **residentes en un Estado distinto del que trabajan –art.65-**, entre los que se incluyen los trabajadores de temporada, quedarán a disposición de los servicios de empleo del país donde residieron –art.65.5.b)-, no obstante, podrán optar así mismo por ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado donde ha transcurrido su último periodo de actividad –art.65.3-.

También se presentan ciertas **peculiaridades en el principio de totalización**. Éstas se deben a que existen cada vez más ordenamientos estatales en los que algunos tiempos de trabajo no cotizan para el desempleo, de forma que cuando el trabajador pierde un empleo de estas características carece de esta protección. Por este motivo, el Reglamento advierte que no computarán a efectos de la totalización dichos periodos de seguro –art.61-.

Otras singularidades de esta prestación se encuentran en el **principio de exportación y conservación de la prestación**. El trabajador desempleado tiene la posibilidad de **trasladarse a buscar empleo a otro Estado** sustrayéndose durante un periodo de tiempo a las obligaciones que imponen las legislaciones nacionales de ponerse a disposición de los servicios de empleo sin perder por ello el derecho a las prestaciones por desempleo – art.64-. Esta disposición supone que el Reglamento no sólo coordina las legislaciones nacionales sino que, más bien, establece un régimen autónomo de excepción a las reglas del Derecho interno de cualquiera de los Estados obligados a cumplir la normativa comunitaria, exigiendo una interpretación uniforme en todos los Estados, cualquiera que sea el régimen previsto en el ordenamiento laboral estatal para la conservación y pérdida del derecho a las prestaciones.

El plazo **máximo que puede residir en otro Estado buscando un empleo un trabajador migrante cobrando la prestación a cargo de otro es de tres meses, ampliable a seis**. El art. 64 del Reglamento enumera las **condiciones que se requieren para que un desempleado conserve su derecho** a la prestación por desempleo cuando se traslade de un Estado a otro buscando trabajo por un tiempo máximo de tres meses, deberá **inscribirse como demandante de empleo** y ponerse a **disposición de los servicios de empleo del Estado competente durante al menos cuatro semanas** y posteriormente debe **registrarse en los servicios de empleo de cada uno de los Estados a los que se traslade y someterse al control que allí exista**.

A tenor de la sentencia del TJCE de 21 febrero 2002, asunto Rydegard (C-215/89) no es necesario exigir que el período de cuatro semanas sea ininterrumpido para cumplir dicho requisito. Basta, por el contrario, que, después del comienzo del desempleo, el solicitante de empleo haya permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado competente durante un período total de, como mínimo, cuatro semanas. Por consiguiente, el art. 69, ap. 1, letra a), del Reglamento n. 1408/71 debía interpretarse en el sentido de que, para poder conservar el derecho a las prestaciones por desempleo previsto en él, un solicitante de empleo debe haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado competente durante un período total de, al menos, cuatro semanas contadas a partir del comienzo del desempleo, siendo irrelevante que dicho período haya sido interrumpido.

Si el trabajador regresa al Estado competente o pagador antes de finalizar el periodo de tres meses continuará teniendo derecho a las prestaciones conforme a la legislación de ese Estado; pero perderá el derecho si no regresa a él antes de expirar ese periodo, salvo que los servicios competentes decidan prolongar el plazo –art.64.1.c)-.

Si regresa fuera de plazo se producirá la “pérdida de todo derecho” – art.64.2- lo cual nos lleva a plantearnos si esta disposición entraña la privación del derecho a las prestaciones de desempleo en el Estado competente porque si es así, como parece ser, habría que decir que el Reglamento comunitario introduce una causa de extinción del derecho a la prestación no prevista legalmente en el art. 213 de nuestra Ley General de Seguridad Social. De nuevo observamos que el Reglamento no sólo coordina las legislaciones nacionales sino que también establece un régimen autónomo de excepción a las reglas de Derecho interno.

El **cálculo de las prestaciones** debidas se hace en función de la remuneración perdida. La institución competente tiene en cuenta únicamente el salario percibido por el interesado durante el último empleo que haya tenido en el territorio de dicho Estado–art.62-.

Ahora bien, si se trata de un **trabajador fronterizo** en el sentido del art.1. f) del Reglamento en situación de desempleo total, la institución del Estado de residencia cuya legislación prevea que el cálculo de la prestación se basa en la cuantía del salario anterior, debe calcular su prestación teniendo en cuenta el salario que haya percibido el trabajador en el último empleo que haya ejercido en el Estado miembro en el que estuvo ocupado inmediatamente antes de producirse la situación de desempleo –art.62.3-.

<p>El TJCE en la sentencia de 24 de enero de 1980, asunto Fellingner (67/1979) declaró que “en el caso de un trabajador fronterizo la institución competente debe calcular esa prestación teniendo en cuenta el salario percibido por el trabajador en el último empleo que haya ejercitado en un</p>

Estado miembro donde hubiera estado ocupado inmediatamente antes de producirse la citación de desempleo.

Por lo que respecta a **la prestación de desempleo total de los trabajadores que durante su último empleo residían en un Estado distinto del Estado competente** y continúen residiendo en dicho Estado miembro o regresen a él deberán ponerse a disposición del Estado de residencia -art.65.2- no obstante, pueden optar asimismo por registrarse como demandantes de empleo en el Estado en el que hubieran prestado servicios por última vez

Los litigios promovidos hasta ahora con relación a esta contingencia han girado en torno al **subsidio de desempleo para mayores de 52 años** de los emigrantes retornados. Ésta es una prestación que se financia con cargo exclusivo al Estado y cuya concesión se halla vinculada a una previa cotización por desempleo, de manera que no es una pura y simple prestación asistencial, aunque su regulación la lleve a cabo el artículo 215 de la Ley General de la Seguridad Social, acogido bajo el Capítulo III del Título III, que lleva por rúbrica «Nivel asistencial». Ello pese a que inicialmente se la considerara una prestación de asistencia social excluida del ámbito objetivo de la norma comunitaria, con posterioridad, el propio TJCE en sentencia de 20 de febrero de 1997, asunto Martínez Losada y acumulados (C 101 a 103/95) y en Sentencia de 25 de febrero de 1999, asunto Ferrero Alvite (C-320/95) se manifiesta a favor de su inclusión en el ámbito material del Reglamento.

Con anterioridad a estas sentencias se denegaban en nuestro país este subsidio a aquellos trabajadores migrantes que no acreditaban cotizaciones al sistema español antes de haber emigrado.

Los requisitos a los que supedita el ordenamiento español su reconocimiento como son: haber cotizado al desempleo durante 6 años y tener un derecho expectante a una pensión de jubilación contributiva, es decir, cumplir todos los requisitos legales, salvo la edad, para tener acceso a la misma, no han sido claramente interpretados a la luz del Reglamento. Ello en tanto que no estaba claro si la norma comunitaria permitía que el INEM exigiese que el derecho expectante fuera obligatoriamente a una pensión de jubilación contributiva española, o por el contrario obligaba a dicho organismo a aceptar también al nacional que tuviera derecho a una prestación de jubilación con cargo a otro Estado miembro.

Las citadas sentencias se manifestaron de la siguiente forma:

- a) Que esta prestación debía considerarse como de desempleo a efectos de la aplicación del ordenamiento comunitario;
- b) Que el artículo 48 del Reglamento no resulta aplicable a las prestaciones de desempleo, y por tanto no puede supeditarse la aplicación del principio de totalización al requisito de acreditar al menos un año de cotización en España.

- c) Que dado que el subsidio de desempleo para mayores de 52 años es una prestación de desempleo y no de jubilación, debe entenderse que el requisito impuesto por la legislación española para la concesión de este subsidio exige, no que el interesado tenga derecho a una pensión de jubilación, sino la cobertura de un período de quince años de cotización a un régimen de pensión de jubilación;
- d) Que ni los artículos 48 y 51 del Tratado CE ni el Reglamento 1408/71 se oponen a que una legislación nacional exija para la concesión de un subsidio por desempleo para mayores de 52 años, que el interesado haya cotizado durante un período de quince años a un régimen de pensión de jubilación en uno o varios Estados miembros. Por consiguiente, la condición necesaria para el nacimiento del derecho al subsidio asistencial para mayores de 52 años no es precisamente la preexistencia de un futuro derecho al percibo de prestaciones por jubilación, sino que el interesado haya cotizado durante un período de quince años a un régimen de pensión de jubilación en uno o varios Estados miembros; por ello, no se requiere ningún período previo de cotización a la Seguridad Social española para acceder al subsidio²⁰.

Ej. El Sr. Ferreiro Alvite cotizó durante 1.303 semanas al Régimen de Seguridad Social del Reino Unido, como trabajador por cuenta ajena, pero nunca cotizó a la Seguridad Social Española. Durante 6 meses percibió el subsidio de desempleo para trabajador migrante retornado a España. Durante dicho período, la entidad gestora competente cotizó en su nombre por los conceptos de asistencia sanitaria y protección a la familia. En abril de 1994 el Sr. Ferreiro solicita el pago del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, que es desestimado por no tener cubierto el período mínimo de cotización para tener derecho a la pensión de jubilación en el sistema español de Seguridad Social. Presentada reclamación previa, es también, desestimada. Pero el TJCE ha declarado que el período de carencia que el interesado debe haber cubierto para poder percibir un subsidio por desempleo, como el establecido para los desempleados mayores de 52 años por la Ley General de Seguridad Social es el determinado por la legislación de este Estado miembro siempre y cuando dicho período también se considere cubierto mediante cotizaciones abonadas, en todo o en parte, a los regímenes de Seguridad Social de otro u otros Estados miembros.

Supuestos prácticos:

1. Cuál es el Estado obligado generalmente al pago del desempleo de un trabajador migrante.
2. Un nacional español presta sus servicios en el País Vasco francés por lo que cada semana vuelve a su domicilio en San Sebastián. Si éste se quedara en el desempleo, ¿qué Estado estaría obligado a pagarle la prestación por desempleo?
3. Silvana de nacionalidad italiana ha trabajado en Italia durante 3 años y ha decidido venir a trabajar a España. A los seis meses de su estancia en nuestro país la empresa decide no renovar su contrato. No sabe si tiene derecho a alguna prestación ni quien tiene obligación de pagarla. Explíqueme cuáles son sus derechos.
4. Juan de nacionalidad española cobra la prestación por desempleo en España y lleva inscrito en el INEM desde hace 3 semanas. Ante las dificultades que tiene para encontrar trabajo en su sector decide marcharse a Italia, pero no sabe si mantiene el derecho a la prestación por desempleo que está percibiendo actualmente.
5. Luis de nacionalidad española se ha trasladado a Francia para buscar un empleo tras 2 meses en el desempleo en nuestro país. ¿Seguirá percibiendo dicha prestación en esta ciudad o tiene primero que cumplir algún tipo de requisitos?. ¿Durante cuánto tiempo podrá disfrutar de la prestación por desempleo en este país?.
6. En el caso anterior ¿Está obligado el trabajador a someterse a los controles que establezca el Estado francés?

7. En el cálculo de la cuantía de la prestación por desempleo ¿Qué salarios se tendrán en cuenta?
8. Juan Gómez de nacionalidad española está cobrando el desempleo en España –aún le quedan 9 meses de prestación.- pero ha decidido irse a buscar trabajo a Francia indefinidamente aprovechando que tiene un hermano allí. ¿Está obligada España a continuar abonándole la prestación por desempleo en Francia?. ¿Por qué?. ¿Durante cuánto tiempo?.
9. Un ciudadano de nacionalidad francesa está cobrando el desempleo en Francia –aún le quedan 9 meses de prestación- pero ha decidido irse durante 3 meses a buscar trabajo a Bélgica aprovechando que tiene un hermano allí. ¿Está obligada Francia a continuar abonándole la prestación por desempleo en Bélgica?. ¿Por qué?. ¿Durante cuánto tiempo?.
10. François Renou de nacionalidad francesa trabajó en Bélgica durante ocho años pero actualmente lo está haciendo en España. En nuestro país sólo ha prestado servicios durante 6 meses y le han despedido, como él sabe que en España se necesita haber cotizado al menos un año para percibir el desempleo, decide solicitarlo directamente en Bélgica, donde si ha trabajado el tiempo suficiente para tener derecho a la prestación. ¿Es adecuado su razonamiento?. Razone jurídicamente su respuesta. ¿Dónde debe solicitar la prestación, quién debe abonarla, en base a qué principios comunitarios?.

14. LA PRESTACIÓN DE PREJUBILACIÓN

Esta prestación se incluye por primera vez en el Reglamento comunitario 883/2004, sus antecesores no lo habían hecho, fundamentalmente porque se trata de una prestación que no está extendida por todos los Estados miembros, es bastante novedosa para algunos ordenamientos estatales.

Se denominan “prestaciones de prejubilación” a todas aquellas prestaciones en metálico, distintas de las prestaciones de desempleo y de las prestaciones anticipadas de vejez, concedidas a personas de una edad determinada que han cesado en sus actividades profesionales hasta la edad en que puedan acogerse a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada.

La no inclusión de esta prestación en la norma impedía a los ciudadanos preceptores de esta prestación beneficiarse de ella cuando establecieran su residencia en otro Estado miembro o disfrutar de las prestaciones en especie – atención sanitaria u hospitalaria- que esta misma conlleva.

El breve Capítulo VII –art.66- se ocupa de su regulación refiriéndose únicamente a la obligación de los Estados de no aplicar el principio de totalización cuando “la legislación aplicable supedita la concesión de prestaciones de prejubilación al requisito de haber cubierto periodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia”, ello en tanto que los regímenes legales de prejubilación sólo existen en un reducido número de Estados miembros. Ello implicaría que el resto de los principios de Seguridad Social existentes si deben ser respetados por los diferentes Estados miembros cuando se trate de esta prestación, aunque la inaplicación del principio de totalización impedirá que entren en juego otros como el de prorrateo.

15. LAS PRESTACIONES ESPECIALES EN METÁLICO NO CONTRIBUTIVAS

Se denominan “prestaciones especiales no contributivas” a aquellas que reúnen los siguientes requisitos:

Trabajadores comunitarios y Seguridad Social

1. Que proporcionen cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar a los riesgos por enfermedad, maternidad o paternidad, invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de defunción, de desempleo, de prejubilación y de tipo familiares, con el fin de garantizarles a las personas unos ingresos mínimos de subsistencia –art.70.2.a) i)- y protección específica que reciben las personas con discapacidad y
2. Que la financiación proceda exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, siempre que la concesión y cálculo de la prestación no dependa de ninguna contribución del beneficiario y
3. Que figuren en el Anexo X.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

¹ El Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971 ha sido modificado en numerosas ocasiones para reflejar no ya sólo la evolución experimentada a nivel comunitario, incluidas las sentencias del Tribunal de Justicia, sino también los cambios que se han producido en las legislaciones nacionales. Este tipo de factores ha contribuido a que las normas de coordinación comunitarias resulten complejas y sumamente extensas. Por ello, para lograr el objetivo de la libre circulación de personas, se ha hecho imprescindible sustituirlas, a la vez que se lleva a cabo su modernización y simplificación (Cdo. 3º del Reglamento 883/20004).

² T. SALA FRANCO, “La libre circulación de los trabajadores asalariados y la protección del emigrante”, *Actualidad Laboral*, nº 31-32, 1989, p.409.

³ El art.8 de la Directiva permite que el Estado miembro de acogida pueda imponer a los ciudadanos de la Unión la obligación de registrarse ante las autoridades competentes.

⁴ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “La coordinación de regímenes de Seguridad Social. El Reglamento CEE 1408/71. Simplificación y extensión a nacionales de terceros Estados”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº ,

⁵ J. LÓPEZ LÓPEZ, *Seguridad Social Comunitaria y jurisprudencia Española*, Civitas, Madrid,1996,p.48.

⁶ En este sentido C. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, “La Seguridad Social comunitaria en la última década (1987-1997). Coordinación. Harmonización. Convergencia de objetivos. Concertación. Panorama general”, *Noticias de la unión Europea*, nº 157, 1998, p. 7.

⁷ S. VAN RAEPENBUSCH, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo*, MTSS, 1992, p. 295.

⁸ Explicando las diferentes posibilidades: A. DESDENTADO BONETE, *Problemática española de la seguridad social europea*, Comares, 1999.

⁹ En cuanto a las notas a favor y en contra de cada una de estas opciones véase: D. CARRASCOSA BERMEJO, “La doctrina del Tribunal Supremo y la jurisprudencia comunitaria sobre el Reglamento 1408/1971”, *Noticias de la Unión Europea*, n 222, 2003, p.113 y ss.

¹⁰ Para ampliar la tesis mantenida en esta sentencia véase: D. CARRASCOSA BERMEJO, “La determinación de la base reguladora de la pensión teórica y la sentencia del Tribunal de Justicia Comunitario sobre el Asunto Grajera Rodríguez”, *Revista de Derecho Social*, nº 5, 1999.

¹¹ En sentido amplio sobre este principio véase: M. VIVES CABALLERO, “Normas de coordinación comunitaria en materia de acumulación de prestaciones. Examen de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia Europeo”, en AA.VV. *Problemática española de la Seguridad Social Europea*, Comares, Granada, 1999, p. 29 y ss.

¹² En este sentido véase D. CARRASCOSA BERMEJO, *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 2004, p. 52.

¹³ En torno a la dificultad de diferenciar unas prestaciones de otras véase: M. RODRÍGUEZ PIÑERO, “Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1998, p.11 y ss.

¹⁴ C. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, “La Seguridad Social comunitaria en la última década (1987-1997). Coordinación. armonización. Convergencia de objetivos. Concertación. Panorama general”, *Noticias de la unión Europea*, nº 157, 1998, p. 10

¹⁵ M. RODRÍGUEZ PIÑERO, “Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social”, op. cit., p.14

¹⁶ A este respecto C. SÁNCHEZ –RODAS NAVARRO afirma que las prestaciones no contributivas españolas de Seguridad Social no reúnen los requisitos para calificarlas de “prestaciones especiales no contributivas” y por tanto sería exportables, además considera que el debate no puede considerarse cerrado en tanto en cuanto el TJCE no se pronuncie al respecto; no en vano en su Sentencia de 8 de marzo de 2001, (Asunto Jauch 215/99) estimó que la “asignación de asistencia”, incluida en el Anexo II bis) por el gobierno austriaco, no reunía los requisitos para ser calificada como prestación especial no contributiva, en “El cumplimiento de las normas de coordinación por parte de España”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 222, 2003, p.83.

¹⁷ En torno a la necesidad o no de su exportación se pronuncia B. GONZALO GONZÁLEZ, “Excepciones al principio de igualdad en los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social”, op. cit., p.22.

¹⁸ Respecto a este tema C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO analiza la jurisprudencia comunitaria existente con el fin de comprobar si acepta la inclusión en el concepto de “ventaja social” de los subsidios familiares, llegando a la conclusión de que así es, en “Prestaciones familiares en la normativa y jurisprudencia comunitaria. la perspectiva de los migrantes españoles y de los miembros de sus familias”, en AA.VV. Problemática española de la Seguridad Social Europea, Comares, Granada, 1999, p. 134-136.

¹⁹ M.L. NEBOT LOZANO, “La nueva regulación de las prestaciones familiares en el Reglamento 1408/71. Los asuntos Pinna y Yáñez Campoy”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 157, p.80.

²⁰ Sobre este tema véase: D. CARRASCOSA BERMEJO, “La doctrina del Tribunal Supremo y la jurisprudencia comunitaria sobre el Reglamento 1408/1971”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 222, 2003 y M. IGLESIAS CABERO, “Protección de los trabajadores migrantes en la Unión Europea. Particular referencia a la jubilación y al desempleo”, *Revista del MTAS*, nº 44, 2003.