

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

POR MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ*

SUMARIO: I. Introducción.—II. Panorama de la regulación exclusiva de los Estados miembros.—III. Delimitación del ámbito de aplicación: 1. *Los sujetos incluidos en el campo de aplicación del Reglamento. La noción de «trabajador» y sus variaciones.* 2. *Otros sujetos incluidos. Supuestos especiales.* 3. *Las exclusiones del ámbito subjetivo de aplicación del Reglamento.*—IV. Los criterios materiales de delimitación del ámbito de aplicación.—V. Las reglas sobre vigencia temporal del Reglamento.**

I. INTRODUCCIÓN

La normativa sobre Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito de la Comunidad Europea (en adelante, CE) es, como ya se ha tenido ocasión de ver en intervenciones anteriores, un resultado directo del reconocimiento, en el artículo 48 del Tratado de Roma, de la libertad de circulación, como uno de los fundamentos en que se basaba la Comunidad creada en aquellos instrumentos fundacionales. Y así lo manifiesta explícitamente el propio TR, cuyo artículo 51 —modificado en reformas posteriores— establece que:

«El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, adoptará, en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores», cerrándose el precepto con la referencia a los tipos de medidas que «en especial» posibiliten esa garantía de la libertad de circulación (1).

Este origen secundario, instrumental respecto del derecho cuyo ejercicio efectivo se trataba de garantizar, ha marcado, como veremos, el desarrollo ulterior de la normativa en esta materia, hasta el punto de que, hoy por hoy,

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva.

** Este trabajo se cierra en el mes de julio de 1993.

(1) Una serie de medidas, por cierto, típicas de los Tratados ordinarios en materia de SS y migración: «La acumulación de todos los periodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas;

b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los terrenos de los Estados miembros.»

podemos decir que nos hallamos ante la parte menos perfeccionada del bloque normativo más estrechamente vinculado a la libertad de circulación. Varias son las razones que justifican este atraso.

En primer lugar, como se ha indicado con acierto, la técnica normativa empleada que, en lo esencial, consistió en la evolución ampliadora de Tratados de Seguridad Social suscritos entre los diversos Estados miembros, y su concentración en un único instrumento, el Convenio Europeo de Seguridad Social suscritos entre los diversos Estados miembros, y su concentración en un único instrumento, el Convenio Europeo de Seguridad Social, de 9 de diciembre de 1957, que, por impulso del artículo 69 del Tratado CECA, tratase de establecer una arquitectura mínimamente ordenada en la pluralidad de acuerdos bilaterales que existieran o pudieran existir entre los Estados miembros y los que en el futuro se adhiriesen (2).

La tarea de elaboración del Convenio —se ha dicho— aunque relativamente frustrada porque no llegó a entrar en vigor al constituirse simultáneamente la CEE, y al alterarse la perspectiva y las competencias comunitarias en la materia, no fue «inútil, ya que casi en sus mismos términos se recogerá el Convenio y su acuerdo anexo en los Reglamentos números 3 y 4» de las CCEE (3). El que las primeras normas comunitarias en la materia partiesen de una norma que, a su vez, recogía la estructura clásica de un Convenio de Seguridad Social fue, de entrada, inevitable, con las salvedades propias del complejo entramado internacional en que se insertaba. La experiencia al efecto dejaba poco margen de elección en la época. Ahora bien, el mantenimiento, la conservación de esta estructura básica en las normas posteriores (4), unido a la evolución de la propia Comunidad, terminaría por crear dificultades adicionales de interpretación, que han ido provocando continuas reformas de aquellas normas (5), sin que, como veremos, esté claro todavía el camino a seguir.

En consecuencia, el Derecho de la SS no experimenta otras distorsiones que las que se derivan de la expresión de los principios de conservación de

(2) Sobre los antecedentes inmediatos de las normas sobre SS de los trabajadores migrantes, vid. una amplia exposición en RODRÍGUEZ PIÑERO, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Madrid, 1982, págs. 61 y ss.

(3) RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., pág. 63.

(4) Las normas básicas sobre SS de los trabajadores migrantes a las que vamos a dedicar atención en este trabajo se encuentran recogidas en el Reglamento del Consejo número 1408/71, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de SS a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, codificando recientemente, por Reglamento 1248/92 (DOCE, L, 10 diciembre 1992). A esta norma se referirá en adelante como «el Reglamento». Cualquier mención a otro Reglamento será hecha, en su caso, atendiendo a su fecha y código, así como a su denominación.

(5) VAN RAEPENBUSCH, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en Derecho Europeo*, trad. esp. Madrid, 1992, págs. 171 y ss.

derechos que los reglamentos aseguran, para facilitar la libre circulación de trabajadores. Ello ya supone una excepción notable a su funcionamiento habitual, si se tiene en cuenta que se trata de un tipo de Derecho fuertemente territorializado (6), pero, con todo, salvada esta peculiaridad, las garantías de protección de cada Estado se mantienen dentro de sus mínimos, sin que la aplicación de la normativa comunitaria traiga consigo una exigencia de elevar los niveles de protección asegurados.

De lo dicho anteriormente se desprende otra característica del Derecho comunitario de la SS, que explica su peculiar y conflictivo desarrollo: en el fondo de las normas de los Reglamentos se encuentran reglas de reparto de competencias entre los Estados y la propia Comunidad, cuyo anclaje último se encuentra en el Tratado de Roma, y que permanecen a pesar de las modificaciones que éste ha ido experimentando. Estas alteraciones (7), en teoría, autorizarían a pensar que es posible cierta mezcla, cierta confusión de las fronteras originales de distribución de competencias, y, por tanto, cierta intervención

(6) Sobre estos caracteres del Derecho de la SS («consecuente(s) con su definitiva configuración como servicio público»), vid. GONZALO GONZÁLEZ, «El reglamento 1408/71. Principios de ordenación», *Noticias CEE*, enero 1988, págs. 11 y ss.

(7) Como es sabido, el Tratado constitutivo de la Comunidad, inspirado en un ideario economicista que todavía no se ha superado —detenerse en sus manifestaciones sería reiterar demasiado, ideas perfectamente conocidas— no presentaba originariamente espacios amplios para la regulación en materia de derechos sociales, salvo en que tuviera relación directa con el logro de los objetivos del Tratado, tal como se definieran en el artículo 2 TR. Dentro de este estrecho panorama, la normativa de SS ocupaba un importante papel, pero ese papel era —ya se ha dicho— instrumental para la libertad de circulación.

En una línea semejante, el precepto central a la hora de enunciar las áreas posibles de intervención de la CE en política social (artículo 118 TR), enunciaba, entre esas materias de atención comunitaria, la «Seguridad Social», pero, conviene resaltarlo, en el marco general del precepto, la intervención de las instituciones comunitarias —de la Comisión, en concreto— estaba orientada a promover la «colaboración entre los Estados miembros», a través de acciones que, en ningún caso, implicaban la elaboración de normas o actos vinculantes para los Estados. En el desarrollo posterior de este mismo capítulo, el artículo 121 TR volvía a dedicar atención a la materia de SS, si bien la potestad normativa que se reconocía implícitamente al Consejo o a la Comisión se vinculaba expresamente a la SS contemplada desde el ángulo de la libertad de circulación.

Las reformas operadas con la introducción del artículo 100 A por el Acta Única Europea, y su alteración por el Tratado de la Unión Europea, en sustancia, pueden introducir significativas transformaciones en este estado de cosas. Por una parte, la SS, vinculada a los tutela de los «derechos e intereses de los trabajadores», puede considerarse una materia implícitamente aludida como posible campo de acción normativa comunitaria en el sentido material del término —un campo autónomo, además, no vinculado necesariamente con las exigencias de la libertad de circulación—, pero ello no impide que el reconocimiento haya tenido lugar lleno de cautelas —ni siquiera se le menciona expresamente—.

comunitaria más incisiva desde el punto de vista material. Pero los cambios introducidos, en el marco general en que se han producido, no es previsible que alteren por ahora el tratamiento clásico del Derecho de la SS. En las manifestaciones de normativa comunitaria al respecto que se han ido produciendo, la orientación es conservadora, y la rígida división de competencias Comunidad-Estados permanece.

Por eso, aún ahora, podemos acogernos a ella para delimitar los campos en que opera cada una de las posibles fuentes de regulación, la nacional y la internacional, en el área que nos ocupa.

Con arreglo a este esquema, resultan especialmente aptos para la intervención de la norma comunitaria los ámbitos materiales siguientes:

a) Superponiéndose a la potestad normativa del Estado, y condicionándola, la norma comunitaria impone que las instancias legislativas del Estado en materia de SS se abstengan de introducir discriminaciones entre los ciudadanos de la CE, fundadas, directa o indirectamente, en la nacionalidad, a la hora de fijar las condiciones para tener acceso al disfrute de la protección social prevista en cada Estado para los propios ciudadanos.

Esta es una prohibición absoluta que concreta la consecuencia esencial del reconocimiento de la libertad de circulación. Por eso, es más fácil situarla en la órbita del artículo 48 que en la del 51 T.R., en la medida en que marca un cauce de obligado seguimiento a la legislación de cada Estado, sin que importe la materia sobre la que el Estado en cuestión ejercite sus potestades normativas; tanto da que se trate de SS como de condiciones de trabajo o cualesquiera otras ventajas sociales reconocidas a sus propios trabajadores. La generalidad de la prohibición, pues, es la que la desvincula de las normas específicas sobre SS de trabajadores migrantes cuyo anclaje último se encuentra expresamente en el artículo 51 T.R.

Ello no obstante, esta regla tiene una trascendencia especial en materia de SS, sobre todo porque, como se ha dicho antes, un derecho de prestación como lo es éste, tradicionalmente, se ha conformado sobre los patrones sociales de un determinado Estado, y se ha orientado a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos del Estado en el que se ha establecido. La sola exigencia

Y, sobre todo, esta impresión inicial se acentúa si se toma en consideración el texto del protocolo de política social del TUE, apartado 2.3, en el que la normativa comunitaria sobre SS queda expresamente sometida a la regla de la unanimidad, en un terreno, además, en el que el principio de subsidiariedad deja un espacio comprometido para justificar la propia intervención comunitaria, a la vez que no es imaginable que pueda operar con facilidad esa especie de red de seguridad ante el fracaso de la normación comunitaria a que ha quedado reducido el recurso a la negociación o a la consulta entre los interlocutores sociales en el plano europeo. Sobre las dificultades de armonización (en el plano europeo como en el de otras organizaciones internacionales), PIETERS, «La révision du Code Européen de Sécurité Sociale», *Il Diritto del Lavoro*, 1990, págs. 273 y ss.

de que sean admitidos ciudadanos de otros Estados en igualdad de condiciones con los propios es ya una excepción de notable importancia a la lógica «nacionalista» —si se admite la expresión— del Derecho de la SS, que merece que se subraye adecuadamente.

De la misma naturaleza general —y no específica de SS— participa la prohibición de discriminar por razón de sexo en lo relativo, también, a protección social, tal como se diseñó en la Directiva 86/378, que lejanamente se conecta con el artículo 119 T.R., y de forma mucho más próxima, con la jurisprudencia comunitaria interpretativa del artículo 119 T.R. y sus principales consecuencias. Su alcance parcial y hasta cierto punto aislado en el tratamiento de las condiciones sociales en el ámbito de la CE justifica que se pueda dejar por ahora esta cuestión en su sólo enunciado, sin dedicarle otra atención que no sea subrayar su semejanza con la técnica normativa utilizada en general al prohibir la discriminación por razón de nacionalidad.

b) En el ámbito de la Comunidad, entendido en su sentido más estricto, como resultante de la combinación de una pluralidad de Estados, concretando y desarrollando las reglas mediante las cuales se cumplan los objetivos que el artículo 51 T.R. marca a los trabajadores que se desplazan en el interior de la Comunidad.

Cuando se abordan estas cuestiones por la norma comunitaria, se consagran derechos que nacen en instancias ajenas al Estado, pero recaen sobre una materia que —hasta tanto no se impulsen procesos de armonización al amparo de las posibilidades abiertas por la AUE y el TUE (8)— el Estado puede regular a su antojo. Esto es, la norma comunitaria se superpone sobre un ámbito material en el que, salvo circunstancias excepcionales, los Estados retienen su preferencia reguladora, excluyente de la intervención comunitaria en virtud de la regla de subsidiariedad, acentuada tras el TUE.

El carácter absolutamente vertical de estas normas es particularmente acentuado, puesto que con ellas se imponen reglas de conducta de los Estados para la aplicación de sus respectivos ordenamientos, sin que en línea de principio se desprendan de aquellos derechos autónomos o divergentes de la lógica que inspira el sistema de cada Estado. Se trata con estas normas, por tanto, de com-

(8) Ello no impide que hayan sido ya relativamente numerosos los intentos de promover al menos cierta convergencia de objetivos de los Estados en el ámbito de las Comunidades, utilizando los mecanismos a que se hace referencia en el artículo 118 TR. Sobre esta cuestión, vid. GONZALO GONZÁLEZ, «La Seguridad Social europea en el horizonte del año 1993», *Noticias CEE*, mayo 1991, págs. 67 y ss.; VAN REPENBUSCH, «Les limites de la coordination communautaire des législations nationales en matière de sécurité sociales su regard du principe d'égalité de traitement après l'arrêt Pinna», *Cahiers de Droit Européen*, n. 5-6, 1986, págs. 475 y ss.; PETERSEN, JH, «Harmonization of Social Security in the European Community revisited», *Journal of Common Market Studies*, n.º 5, 1991, págs. 506 y ss.; OLIVELLI, «Ordinamento Comunitario e normativa italiana in materia di Sicurezza Sociale», *Il Diritto del Lavoro*, 1991, n.º 3, págs. 3 y ss.

binar lo aparentemente incombible: reglas nacionales de SS, con toda su carga de apego a la residencia continuada en su territorio como presupuesto de su aplicación, con reglas internacionales cuya aplicación presupone que se ignoren precisamente estos elementos, o al menos, que se atenúe su alcance reductor de derechos. Existe, entonces, una distorsión interna en la aplicación de la normativa comunitaria de SS que es difícil de salvar, y que se manifiesta constantemente, pese a la reforma sucesiva y al perfeccionamiento técnico.

Y esa distorsión, como puede comprenderse, se acentúa a medida que se ponen en contacto esta serie de reglas, de estructura normativa arcaica, con el principio de libertad de circulación, más orientado cada vez hacia su tratamiento como un derecho del ciudadano y no sólo del ciudadano que trabaja (artículo 8 A T.R.). En estas circunstancias, el efecto es que cada progreso en sentido extensivo del alcance de los principios de SS de los trabajadores migrantes, se traduce, casi por necesidad, en el nacimiento de derechos al amparo sólo y exclusivo de la normativa comunitaria, y en la consiguiente invasión por las instituciones europeas de los ámbitos estatales de determinación de las condiciones en que se tiene acceso a ciertas prestaciones y de los sujetos que pueden pretenderlo (9).

Es, precisamente, en el momento de determinar el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria donde con mayor claridad se evidencian estas colisiones potenciales de competencias. Y en que se refleja también con mayor claridad la dificultad de combinar principios nacidos en la perspectiva de un «espacio sin fronteras interiores» —por emplear la expresión del AUE— con sistemas normativos estatales vocacionalmente cerrados, todo a través de un conjunto de reglas internacionales que se han visto superadas porque lo están sus precedentes inmediatos, los Tratados de cooperación en materia de SS.

II. PANORAMA DE LA REGULACIÓN EXCLUSIVA DE LOS ESTADOS

Pues bien, vista la esencial conexión de las normas sobre ámbito de aplicación de los Reglamentos de SS de trabajadores migrantes con un peculiar reparto de competencias entre los Estados y la propia Comunidad, no creo que esté de más realizar una síntesis forzosamente panorámica de aquellas cuestiones que ahora incumbe regular en exclusiva a los Estados, entendidas como parte de un circuito en principio autónomo, pero con fuertes posibilidades de entrada en contacto con el integrado por las normas comunitarias.

(9) Por ello se dice que «La regulación comunitaria, creadora de derechos, contiene de todos modos una cierta dosis... de garantía de la protección social de los trabajadores y de los miembros de su familia que se desplazan en el interior de la Comunidad» (VAN RAEPENBUSCH «Les limites de la coordination communautaire des législations nationales su regard du principe d'égalité de traitement après l'arrêt Pinna», *Cahiers de Droit Européen*, 1986, pág. 477).

En principio, los Estados no ven recortadas sus facultades reguladoras, tendentes a diseñar su propio sistema de SS de una forma coherente con el marco económico y social que les es propio —todo ello, a salvo de las prohibiciones de discriminación a que se ha hecho referencia con anterioridad— y habrá que convenir que esta competencia esencial es enormemente amplia, ante la decidida opción por coordinar en vez de armonizar que se tomó en el seno de la CE desde 1958. Pues bien, afirmar esto no significa —ya se ha apuntado antes— que la norma comunitaria y la estatal se muevan de manera estanca, sin que una interactúe con la otra (10).

Desde la perspectiva del impacto del Derecho de los Estados sobre la regla comunitaria, y a la inversa, esta interacción es particularmente clara en varios terrenos que, a su vez, predeterminan el ámbito de aplicación de la regla comunitaria.

En primer lugar, debe reseñarse que esta técnica reguladora obliga a utilizar la regla nacional como criterio interpretativo de la propia regla comunitaria, con lo que se obtiene un resultado potenciador del efecto de reducción de derechos de los sujetos afectados por la libre circulación que no ha dejado de provocar dificultades interpretativas al TJCE.

Manipulando su propio sistema, los Estados podrán acrecentar o aminorar los derechos reconocidos a los ciudadanos, propios y de otros países; y aun recortar explícitamente los derechos de los no residentes, mediante la introducción de cláusulas que exijan la permanencia en su territorio como condicionantes del derecho a ciertas prestaciones. Precisamente, el desarrollo de sistemas de protección no contributivos ha potenciado extraordinariamente la eficacia de estos sistemas reductores de los derechos de los no nacionales, sin que existan criterios eficaces para neutralizarlos desde el ámbito comunitario.

Esta libertad panorámica no permite, sin embargo, que los propios Estados excepcionen el juego de sus reglas internas mediante la suscripción de acuerdos internacionales, una facultad que, de conservarse intacta, podría tener importantes consecuencias aplicativas. Dichas facultades de contratación internacional admiten al menos dos formas de limitación.

a) Respecto de la *potencial conservación de los Tratados de SS suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento comunitario* de que se trate. Esta facultad, reiterada en los sucesivos Reglamentos, y explicable por el origen mismo de estas normas, está llena de cautelas, que se manifiestan mediante una formulación negativa.

El principio básico es la sustitución de las normas de los Tratados internacionales que hayan suscrito los Estados entre sí por las normas del Reglamento aplicable (artículo 6). Y esta sustitución es, en principio, absoluta, sin atender

(10) Y, aún así, existen numerosas excepciones que salvan la aplicación de ciertas legislaciones nacionales, en el propio texto del Reglamento (VAN RAEPENBUSCH, *Les limites...*, cit, págs. 477 y ss.).

al contenido eventual del Tratado afectado. La regla general, lógica en la tónica que inspira el Reglamento—homogeneizar las normas sobre conversión y adquisición de derechos en el ámbito comunitario— ha experimentado una evolución interpretativa poco pacífica, causada por la proyección de una especie de «principio de norma más favorable» al máximo la libertad de circulación. Así es posible hallar afirmaciones absolutas de la sustitución en resoluciones más alejadas en el tiempo (11), y sus contrarias en jurisprudencia más reciente (12).

Como quiera que sea, el esfuerzo de homogeneidad que se transparenta en esta regla tampoco es absoluto. Permite algunas excepciones—ya afecten a un Tratado completo, ya sólo a algunos de sus preceptos— y por tanto la vigencia de reglas convencionales anteriores, fundada en razones muy diversas. Unas veces, la diversa técnica normativa utilizada en los Tratados cuya vigencia se salvaguarda, y el carácter de guía y orientación que en esta materia se le reconoce a algunas organizaciones internacionales (sería el caso de los Tratados de SS elaborados en el seno de la OIT, artículo 7.1 a Regto.). Otras, la protección especializada que requieren ciertos trabajadores «itinerantes» por la propia naturaleza de su trabajo (13). Y otras por la eventual afectación de terceros Estados, ya sean miembros de organizaciones internacionales distintas de la CE (14), ya sean Estados singulares potencialmente obligados por el juego de los Tratados multilaterales suscritos con uno o varios Estados miembros de la CE (artículo 6 b), y, aún así, siempre que las reglas comunitarias no sean más favorables respecto de los sujetos que en principio deberían ser sus destinatarios. De este modo, se manifiesta el especial juego de la mayor favorabilidad en el plano internacional, que, sin dejar fuera la responsabilidad del Estado tercero, justificaría la aplicación parcial de lo más favorable del Tratado vigente (artículo 46.4 Regto.) para los Estados comunitarios implicados.

Las descritas son excepciones generales a la regla de la sustitución, que sigue siendo la dominante, pero es posible hallar también—ya se dijo— excepciones particulares, centradas en la vigencia parcial de algunos preceptos de Tratados, sometida a la previa declaración de cada estado. La correspondiente tabla de vigencias se encuentra hoy recogida en el Anexo III del Reglamento. Para el caso de España, ello supone la pervivencia de contratos preceptos de Tratados suscritos con Italia, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal (15).

(11) Asunto WALDER, 7 junio 1973 (82/72).

(12) Asunto RONFELDT, 7 febrero 1991

(13) Art. 7.2, en relación con los bateleros del Rhin y los trabajadores en transportes internacionales.

(14) Sería el caso de los estados miembros del Consejo de Europa, a los que afecta la permanencia del acuerdo provisional europeo sobre SS, de 11 de diciembre de 1953.

(15) Respecto de estos Tratados que continúan parcialmente en vigor, la salvaguardia expresa por parte de los Estados no podrá servir como método para eludir la aplicación del Reglamento, si éste es más favorable en las materias concernidas. Así

b) Pese a la anterior regla general, los Estados miembros conservan la posibilidad de acordar entre sí Tratados en materia de SS (artículo 8), pero ya se trata de una competencia claramente instrumentada a facilitar la aplicación de la norma comunitaria, dentro de cuyas coordenadas debe moverse.

Y ello porque, en principio, el contenido de los acuerdos futuros debe ser necesariamente compatible con el Reglamento y los principios que los inspiran. Esta compatibilidad no es sólo material; el citado artículo 8 admite en este punto de forma implícita un cierto tipo de control de oportunidad de esta actividad de contratación de los Estados, midiéndose dicha oportunidad por su «necesidad» para la mejor aplicación de las reglas comunitarias.

De este modo, los acuerdos entre Estados como instrumento de aplicación de la regla comunitaria se convierten también en excepcionales por lo que hace referencia a su impacto potencial sobre la aplicación de aquella. Cada Convenio entre Estados miembros sólo afecta a los firmantes, y esta relatividad de acuerdo, que podría ser una obviedad, es especialmente necesario recordarla si se toma en consideración la complejidad de supuestos de hecho—los de aplicación del Reglamento— en los que pueden aparecer intercalados Estados firmantes y no firmantes de dichos pactos. El predominio y la propia lógica de la norma reglamentaria obliga a concluir que los sujetos afectados podrán exigir el reconocimiento de los derechos derivados de los pactos puntuales sólo a los Estados firmantes, pero cualesquiera ventajas que los mencionados pactos otorguen son absolutamente neutrales en el momento de hacer nacer obligaciones con cargo a los Estados ajenos al pacto. Ningún país no firmante, en suma, se ha de ver obligado a asumir por esta vía indirecta compromisos que no ha adquirido en el marco comunitario, principio que desplaza cualquier distorsión aplicativa no asumida voluntariamente (16).

Queda por hacer referencia a otro campo en el que la intervención estatal puede incidir en el nivel de aplicación de la regla común: los casos en los que es la propia norma comunitaria la que remite a la estatal su integración en supuestos concretos. A diferencia de la fórmula de cooperación necesaria de la regla estatal en la interpretación de la norma comunitaria de que se ha hablado con anterioridad, en este caso se trata de intervenciones del Estado en terrenos que potencialmente son comunitarios, y precisamente por ello la intervención del Estado sólo se justifica en cuanto el Reglamento la autoriza. La norma estatal no

28 mayo 1974 (187/73, cuya jurisprudencia es aún más trascendente porque se refiere a un Tratado internacional cuya vigencia se reconoce expresamente en el propio artículo 7.1 b) del Reglamento—el Convenio provisional europeo de SS de 11 de diciembre de 1953—). Sobre el contenido de los referidos Tratados que se mantiene en vigor, vid. GONZÁLEZ SANCHO LÓPEZ, «Normas de Seguridad Social contenidas en el Tratado de adhesión de España a la CEE», *Noticias CEE*, 1988, páginas 37 y ss; en la misma revista y año, DÍAZ RODRÍGUEZ, «Significado y valoración de las normas bilaterales concertadas previamente con otros Estados miembros y recogidas en el Tratado de adhesión», páginas 49 y ss.

(16) ORTSKRANKENKASSE HAMBURG, 16 noviembre 1972 (16/72).

opera como regla proveniente de una entidad competente para regular en esta materia, sino como una instancia normativa auxiliar respecto de aquella que tiene y conserva la competencia para regular, pudiendo eliminar la remisión en cualquier momento. Los casos de esta índole no son frecuentes, pero existen en mayor medida de lo que se cree, y en cuanto potencialmente pueden ser elementos de ruptura de la homogeneidad merecen ser destacados (17).

III. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN

En el complejo marco que se acaba de describir, la competencia comunitaria, ya se ha dicho, viene especialmente concretada mediante la delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento, en cuanto marca el área en el que las reglas de éste intervienen para hacer efectivos los derechos enunciados en el artículo 51 T.R., superponiéndose a la libertad reguladora de los Estados. A estos efectos, el Título I —y señaladamente los artículos 1 a 4— resulta determinante, y, aunque no falten reglas de atribución de competencias en numerosos otros preceptos dispersos por el Reglamento, en él se concentrará la atención en las líneas que siguen.

1. Los sujetos incluidos en el campo de aplicación del Reglamento. La noción de «trabajador» y sus variaciones.

El campo de aplicación personal del Reglamento, aunque sigue de cerca las exigencias de la libertad de circulación —pues es esencial la vinculación de

(17) Sería el caso, por ejemplo, del artículo 17 del Reglamento (vid. al respecto la jurisprudencia sentada en el caso BRUSSI, 17 mayo 1985 (101/83)). La diferencia con los supuestos complejos de interpretación conjunta de norma estatal y norma comunitaria es realmente compleja en algunos supuestos. Para comprobarlo, basta remitirse a la abundante jurisprudencia dictada en aplicación del artículo 12 del reglamento, necesariamente proyectado sobre reglas de origen nacional y comunitaria. Puede verse también la facultad de sustitución de la regla comunitaria concedida por el artículo 70.3 a los Estados miembros en materia de reembolso de prestaciones por desempleo en los casos de desplazamiento a país distinto de aquél al que pertenece la institución responsable, en las condiciones previstas en el artículo 69.1 del Reglamento; reglas semejantes se encuentran, para las respectivas prestaciones, en los artículos 63.3 (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales); 36.3 (prestaciones en especie por enfermedad y maternidad); 75.3 (prestaciones familiares). El propio Anexo III, en cuanto recoge las disposiciones de Convenios de la SS que siguen vigentes, constituye un autorización a los Estados a diverger de la regla común, exceptuándola, en los términos ya descritos; algo semejante sucede en el Anexo VI, en relación con el artículo 89 del Reglamento, en cuanto somete las reglas comunitarias a las particularidades propias de los ordenamientos de los diversos Estados en aquellas materias en las que sería prácticamente imposible la coordinación en abstracto (y la amplitud del Anexo da cuen-

sus reglas con ese fundamento de la CE—, se determina atendiendo a diversos criterios, alternativos, que hace que, en parte, libertad de circulación y normas sobre SS no sean coextensas, adquiriendo estas últimas una autonomía que, como veremos, tiende a crecer progresivamente. Como se acaba de apuntar, se trata de criterios diversos, independientes entre sí, y como tales deben ser enunciados.

a) El primero, y más clásico de los criterios de inclusión en el ámbito de aplicación personal del Reglamento está calcado sobre los presupuestos de la libertad de circulación. En consecuencia, quedarán incluidos los trabajadores por cuenta ajena o propia que ejerzan la libertad de circulación y estén o hayan estado sometidos a la normativa de SS de uno o varios Estados miembros. Ambos criterios, cumulativamente considerados.

Centrada de esta forma la definición de trabajador como sujeto incluido en el ámbito de aplicación del reglamento, cabe señalar que se trata de una noción que ha experimentado importantes ampliaciones.

Una, obligada por la propia conformación de las libertades fundamentales en la CE, y, sobre todo, a la libertad de prestación de servicios y de establecimiento: la inclusión en el ámbito de la norma de los trabajadores por cuenta propia —junto al modelo clásico de los trabajadores por cuenta ajena—, que han de conectarse con la evolución de los regímenes de SS, y su tendencia a prescindir de la laboralización inicial. La evolución descrita, lógica en la tendencia a la interpretación más favorable a la efectividad de dichas libertades fundamentales, tendría su asiento expreso en la norma reglamentaria a principio de los años 80 (reglamento 1390/81).

Otra, consecuencia de la necesaria adaptación de las reglas comunitarias a la noción «trabajador», incluso por cuenta ajena, que se ha ido elaborando en el plano comunitario por obra de la jurisprudencia del TJCE. En efecto, cada vez que se enfrenta a un caso cuya resolución requiere como elemento imprescindible determinar si el demandante era o no trabajador por cuenta ajena, la corriente material que prevalece en la doctrina del TJ toma impulso y se ponen en marcha los complejos mecanismos que tienden a delimitar una noción de trabajador que se encuentre libre de trabas formales, constituidas por los márgenes fijados en cada ordenamiento nacional.

Desde luego, como no podía ser menos, el punto de partida es que la noción de trabajador tiene una dimensión comunitaria, cuando se trata de interpretar las reglas jurídicas que les afectan en el Derecho originario tanto como en el derivado. Y esta afirmación es realmente clásica; se remonta a las primeras resoluciones del TJ —normalmente, vinculadas a la aplicación de las reglas

ta de la extensión de estas facultades de interiorización de la norma del Estado en la comunitaria, no como complemento interpretativo, sino como complemento de aquélla).

sobre Seguridad Social de los trabajadores migrantes (18)–. Entonces ya se decía (asunto Unger) que trabajadores eran «todos aquéllos que en tanto que tales y, cualquiera que sea su denominación, se encuentran cubiertos por los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social», con independencia, igualmente, de que se hubieran cumplido o no las exigencias que en el Derecho nacional se establecían para iniciar la relación de protección –siempre que ésta hubiera procedido– (asunto Mouthaan) (19).

b) La enunciación abstracta de lo que sea trabajador debe completarse atendiendo a dos clases de elementos: el primero de ellos, necesario desde la perspectiva de la libertad de circulación, es el requisito de nacionalidad; el segundo, la propia estructura del Reglamento, y la forzada combinación de lo dispuesto en el citado artículo 2, y la interpretación dada del concepto de trabajador en el artículo 1.a) –con lo que el propio Reglamento sintetiza una evolución muy compleja, proporcionando una noción de «trabajador a efectos de la aplicación de sus normas» en la que se encuentra su origen una interesante jurisprudencia que ha llegado a afectar también al ámbito subjetivo de la libertad de circulación–. A estos elementos se dedicarán las líneas que siguen.

b.1) Haciendo referencia, en primer lugar, a la nacionalidad del trabajador, ha de subrayarse que se trata de nacionales de los Estados miembros de la CE (20), refugiados o apátridas, entendidos los términos en el sentido en que se definen, respectivamente, en el Estatuto y en el Convenio específicos (21). Al respecto, llama la atención la referencia exclusiva a estas normas internacionales, con independencia del hecho de su ratificación, por la propia comunidad o por los Estados que integren o puedan integrar la Comunidad (22).

(18) Así, vid. asuntos UNGER, 19 marzo 1964 (75/63); MOUTHAN, 15 febrero 1976 (39/76); o DONÁ, 14 julio 1976 (13/76), entre otros.

(19) Sobre la noción de trabajador desde la perspectiva de la libertad de circulación vid. DURÁN LÓPEZ, *La libertad de circulación de trabajadores en la CEE*, Madrid, 1988.

(20) La nacionalidad de uno de los Estados miembros de la CE, por otra parte, es una condición que debe reunirse en el momento en que se ha ejercitado la libertad de circulación y se han devengado los correspondientes derechos de SS que se vinculan a ella, aunque se haya podido perder con el tiempo, y no ostentarla en el momento en que se soliciten las prestaciones al amparo de lo dispuesto en el correspondiente Reglamento. Así parece desprenderse de la interpretación dada por el TJCE a supuestos de esta naturaleza, sobre todo en relación con los ciudadanos de un país comunitario que ostentaban esta condición por serlo de colonias que adquirían con posterioridad independencia. Sobre este tema, vid. las observaciones que se harán con posterioridad.

(21) El Convenio relativo al Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, y el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954, artículo 1, en ambos casos.

(22) No puede considerarse excepción a esta regla la aplicación de reglas aparentemente similares a las contenidas en el reglamento a trabajadores provenientes de terceros países con los que la CE haya suscrito acuerdos de cooperación. La razón

Evidentemente, no se trata de extender a Estados que no hayan suscrito los referidos acuerdos la totalidad de las obligaciones que se contengan en el interior de las normas sobre refugiados y apátridas elaboradas en el ámbito internacional; tan sólo se utilizan sus definiciones, para integrar el contenido del ámbito subjetivo del Reglamento. A través de este mecanismo, de una parte, se produce una forma de extensión indirecta de las obligaciones internacionales de los Estados (23) –incluso de los firmantes, puesto que las obligaciones que éstos asumen se entienden referidas a todo el territorio de la Comunidad, incluyendo sus eventuales desplazamientos, en igualdad de tratamiento con los nacionales comunitarios, y no sólo con los nacionales del propio Estado–; de otra, se le da cierto tinte conectado con el ámbito de los derechos humanos al contenido de la norma.

En este sentido, debe subrayarse que la mención de los refugiados y los apátridas que se hace en el artículo 2 del Reglamento lo es en los mismos términos que se refiere a los nacionales comunitarios; de ahí que, respecto de aquéllos, no se limite a garantizar la igualdad de trato con los nacionales dentro de un determinado Estado. Se llega más lejos, y al decaer la referencia concreta al Estado de acogida, se produce una rara extensión parcial de las consecuen-

–obvia– es que, aunque morfológicamente dichas reglas sean muy semejantes, la razón última de su aplicación a estos trabajadores no es otra que el Tratado de cooperación suscrito entre la CE y el país de origen, siendo el Reglamento en cuestión una mera norma auxiliar para fijar conceptos por vía de remisión, y no el verdadero refuerzo de tutela que realmente supone para los ciudadanos comunitarios, aunque sí se produzca cierta aproximación en la interpretación ampliadora del TJ (vid. sentencia dictada en el caso BAHIA KZEBIR, 31 enero 1991 (C 18/90), para un supuesto de solicitud, por la hija de un trabajador marroquí afincado en Bélgica, de una prestación por desempleo para jóvenes en busca de primer empleo. Para el TJ, en este supuesto, la noción de SS a que abarca este Tratado es homogénea con la que se deriva del Reglamento 1408/72, y si el artículo 4 del referido reglamento menciona el desempleo entre las ramas de seguro en él integradas, también resultará SS a efecto de aplicársela a la hija de un ciudadano de un país tercero). Si bien la Comunidad como institución no ha suscrito dichos acuerdos (sí lo han hecho los Estados miembros), es posible detectar en la actividad de la CE una tendencia a recibir conceptos elaborados en aquellas sedes, que excede del ámbito de la SS, hasta tal punto que «permite concluir que el asilo en el ámbito comunitario se reduce a la protección territorial brindada a aquellas personas que responden a las condiciones exigidas por la Convención de Ginebra para obtener el estatuto de refugiado» (ESCOBAR HERNÁNDEZ, «El convenio de aplicación del acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria», *Revista de Instituciones Europeas*, número 1, 1993, páginas 59 y ss.

(23) Sobre la acción exterior de la Comunidad y la calificación de los Tratados que puede suscribir (artículo 234 TR) como fuentes del Derecho comunitario, vid. ISAAC *Manual de Derecho Comunitario General*, trad. esp., Barcelona, 1991, págs. 36 y ss., y 173 y ss.; KAPTEYN-VERLOREN VAN THEMSAT, *Introduction to the Law of the European Communities*, Kluwer, 1990, págs. 771 y ss.

cias de la libertad de circulación, como ella, vinculada a todo el territorio de la CE, e independiente del elemento previo de la ciudadanía de un país integrado en la Comunidad.

b.2) Como antes se apuntó, la norma reglamentaria desarrolla, en este apartado, una importante tarea clarificadora, recogiendo la experiencia aplicativa de sus precedentes inmediatos, y perfilando una serie de nociones que, al combinarse con lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento, proporciona un conjunto de criterios interpretativos de primera magnitud para delimitar su ámbito de aplicación. El principal de ellos es el que hace referencia a lo que ha de entenderse por «trabajador» a efectos del Reglamento.

La definición de «trabajador» que se proporciona en el artículo 1.a) del Reglamento debe ser tomada con precaución, sobre todo si se tiene en cuenta que, como Reglamento de SS que es en esencia, atiende a la figura definida, por encima de cualquier otro rasgo que pueda caracterizarse, como sujeto protegido por un sistema de SS (24). Para ello, lógicamente, debe tener en cuenta la diversidad de orientación de los sistemas europeos de SS, y la realidad del crecimiento progresivo de la noción de trabajador a efectos de la libertad de circulación.

El resultado de este doble punto de referencia es una definición mixta, en la que el elemento formal —la inclusión en un sistema de protección social— se combina con la búsqueda, a toda costa, de indicios de laboralidad (25), que obstaculicen la plena equiparación entre «trabajador» a efectos de la aplicación de sus normas, y «sujeto protegido», sobre todo en aquellos sistemas en los que prevalece, total o predominantemente, el principio de universalidad de cobertura.

Con esta finalidad, los criterios básicos en torno a los que gira la noción de «trabajador» que elabora el Reglamento son dos, sumamente diversificados a partir de un tronco común, del que ambos parten.

El tronco común —no explícito en el artículo 1— es esa noción amplia de trabajador de que se ha hablado, y su conexión con la realización de una activi-

dad económicamente productiva. A partir de este elemento, se hace necesario insertar la definición en el ámbito de los rasgos típicos de los modelos de SS dominantes en Europa. Y, para ello, se recurre a los elementos complementarios de que se ha hablado:

— En los supuestos en que el sistema de SS implantado en un determinado país tenga los caracteres dominantes de un modelo contributivo, más o menos atenuado, seleccionándose la población protegida en atención a su participación en actividades económicamente productivas, la mera inclusión potencial (26) en un régimen de SS es suficiente, y así se desprende con toda claridad de los apartados i), iv) del inciso a) del artículo 1.

— En los supuestos, en cambio, en que el modelo dominante de SS descansa sobre el principio de universalidad, la inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento no se produce por la mera inserción en un sistema que, por fuerza, cubre a la totalidad de la población; es preciso algo más, y ese algo más consiste en la búsqueda de indicios de «laboralidad», en la fórmula de inserción de un determinado sujeto en el sistema de SS de que se trate (incisos ii) e iii) del apartado a) del artículo 1).

Esos indicios pueden venir proporcionados por «las formas de gestión o de financiación» del régimen concreto de SS de que se trate, ordenadas de tal suerte que «permitan identificarla (a la persona interesada) como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia». O bien, si en el sistema de SS de que se trata no existen subdivisiones internas que permitan resaltar esta condición de «trabajador por cuenta ajena o propia» de la persona de que se trate, por un conjunto de elementos puramente formales: la inserción de un sujeto en una de las categorías a las que hace expresa referencia el Anexo I del propio Reglamento.

De este modo, es la norma estatal la que integra la labor definitoria de la norma comunitaria, en un ámbito en el que ésta se encuentra imposibilitada de descender a mayores detalles. Y, por lo general, la propia norma nacional suele atender, igualmente, a indicios de laboralidad del sujeto, atendiendo a su sumisión a normas específicamente aplicables a trabajadores, por cuenta propia o ajena; a restos de protección clásicos, conservados pese al predominio del principio de universalidad.

Esta contribución interpretativa de la norma nacional tiene, por su lado, bastantes peculiaridades: en primer lugar, desde la perspectiva de los Estados, es absolutamente vinculante, de tal suerte que la mera inclusión de un criterio en el referido Anexo impide posteriormente que el Estado pretenda reducir su contenido, por la vía de la interpretación teológica o sistemática de los criterios que el propio Estado diera en su momento (27). Sin embargo, desde la perspec-

(24) Esta equiparación trabajador-asegurado es ya pacífica en la doctrina, vid. RODRÍGUEZ-PINERO, *La Seguridad Social...*, cit., pág. 85; LYON CAEN, *Droit Social International et européen*, París, 1980, pág. 267.

(25) En esta línea se mueve, por ejemplo, la jurisprudencia dictada en el caso RECQ, 19 enero 1978 (84/77), en un caso verdaderamente límite (trabajadora *au pair* en Gran Bretaña, que estuvo integrada en el ámbito del Servicio Nacional de Salud, y que pretende quedar protegida por las prestaciones de asistencia sanitaria en Francia), sostuvo, como base de su solución, que «cualquiera que haya sido el estatuto profesional de un ciudadano de un Estado miembro que ha residido en Gran Bretaña en condiciones en que ha estado sometido a un régimen de SS que beneficia a todos los residentes, le será aplicable el Reglamento 1408/71 sólo si es posible identificarle como trabajador asalariado». Dada la estructura de las cuestiones perjudiciales, correspondería a la jurisdicción británica determinar si tal sujeto era trabajador o no. Comoquiera que sea, el principio rector de la jurisprudencia del TJ es, parece, suficientemente claro en este sentido indiciario.

(26) Aunque no se hayan cumplido las formalidades necesarias para la afiliación en dicho sistema, caso MOUTHAN, 15 diciembre 1976 (39/76).

(27) Aunque no referida a la inclusión de determinados sujetos en el ámbito de aplicación personal del Reglamento, para un supuesto en que se emplea la mera declaración del Gobierno francés de que una determinada prestación es de SS como uno

tiva de los sujetos protegidos, la trascendencia de la inclusión o exclusión efectuada por los Estados en dicho Anexo es menor; se trata de evitar que el Estado manipule a su antojo el ámbito de aplicación personal del Reglamento, en línea con la noción «comunitaria» de trabajador que, pese a todo, se trata de seguir manteniendo. Por ello, las categorías enunciadas en el Anexo I se entienden como ejemplificativas; meros indicios, y como tales deben ser tomados, a la hora de interpretar la normativa sobre SS comunitaria, de tal suerte que es posible que se produzcan inclusiones no previstas por los Estados, si en ellas concurren los elementos a los que se refiere el artículo 1 del Reglamento, que sigue siendo la norma dominante (28).

En dicho artículo 1.a.ii (lo mismo que en el apartado iii), pues, se efectúa una remisión estrictamente condicionada a la norma nacional, que ayuda a la interpretación, pero no cierra las posibilidades de inclusión en el ámbito personal de aplicación del reglamento (29).

de los criterios determinantes para la aplicación del reglamento, caso TOIA, 12 julio 1979 (239/78).

- (28) Ejemplos de jurisprudencia del TJ en este sentido pueden hallarse en el caso BRACK, 29 septiembre 1976 (17/76), para el supuesto de un trabajador autónomo afiliado a una rama aseguradora de la SS inglesa, aunque no fuese trabajador por cuenta ajena, y no se citase a los autónomos en el referido Anexo I del Reglamento 1408/72 (tégase en cuenta que la sentencia es anterior a la reforma por la cual se integraron los trabajadores por cuenta propia en el ámbito de aplicación del Reglamento; también en relación con la legislación británica, caso WALSH, 22 mayo 1980 (142/79), para un supuesto en que el trabajador había cesado de prestar servicios, y cabían dudas de si en el sistema nacional este tipo de supuestos estaba incluido en el ámbito de la legislación de SS; la respuesta del TJ es que sería contrario al espíritu del Reglamento reducir su débito hasta excluir los casos en que «según la legislación aplicable, el seguro continúa cubriendo los riesgos del asegurado, incluso cuando éste no está obligado a pagar cotizaciones».
- (29) Porque también para interpretar el Anexo I han de utilizarse valoraciones referidas a la finalidad de la norma, que es facilitar la circulación de personas, y a la propia tendencia del ordenamiento de los Estados miembros de ampliar el círculo de sujetos protegidos por las normas de SS (esta interpretación teleológica doble —atendiendo a la finalidad de la norma comunitaria y a «la tendencia general del Derecho del Trabajo de los Estados miembros»— del artículo 1 del Reglamento, y de los anexos que lo complementan, y es antigua en la jurisprudencia del TJ), vid. casos DE CICCIO, 19 diciembre 1968 (19/68); UNGER, 19 marzo 1964 (75/63); SINGER, 9 diciembre 1965 (44/65); BRACK, 29 septiembre 1976 (17/76); KITS VAN HEININGEN, 3 mayo 1990 (C-2/89). En todas ellas, resulta determinante la referencia teleológica para entender la extensión del ámbito de aplicación a los autónomos (caso Brack), antes de la reforma del Reglamento; a trabajadores en paro (Unger); para la interpretación amplia de la noción de «asimilados» a trabajadores (de Ciccio); para reconocer el derecho a prestaciones sanitarias a trabajadores que se habían desplazado a otro país por razones ajenas al trabajo (caso Singer), o para considerar incluido en el campo de aplicación del Reglamento a un

Junto a estos elementos anteriores, y para completar el análisis de este precepto marco, conviene destacar que la inserción del eventual sujeto protegido en un determinado sistema asegurador, como condicionante de la aplicación de las normas del Reglamento, se amplía sustancialmente, incluyéndose los seguros voluntarios. Todos ellos, supuestos en los que, rompiendo los esquemas de obligatoriedad típicos de la SS, se prolonga la carrera de seguro a través de esquemas contractuales, siempre que éstos se encuentren previstos en el diseño general del sistema de SS considerado (30), y se refieran a prestaciones que, a su vez, se incluyan en el ámbito material de aplicación del Reglamento.

b.3.— Una vez delimitada la noción de trabajador, el otro requisito —cumulativo— que contribuía a perfilar el ámbito subjetivo de aplicación en el artículo 2 del Reglamento era la condición de que el sujeto o sujetos beneficiarios «estén o hayan estado sometidos a la legislación de un Estado miembro». Tratándose de una norma de SS que tiene su origen en el desplazamiento entre países comunitarios, tal parece que esta advertencia es superflua.

Sin embargo, tras ella se esconde una importante referencia a la reserva de la competencia de los Estados para establecer las condiciones de las que derivará la inclusión de un determinado sujeto en un sistema de SS, y, correlativamente, la relevancia de esta admisión en un sistema dado para que puedan ser aplicadas las propias normas del Reglamento. Para que éste se aplique, pues, no basta con trabajar por cuenta ajena o propia en el ámbito de otro país comunitario, es preciso, además, que el trabajo se haya realizado en condiciones tales que hayan permitido la cobertura del trabajador por las normas de SS del país en que prestó sus servicios (31). Sólo si se produce este segundo hecho, el

- (30) Sobre la noción de seguros voluntarios, a efectos de interpretar el artículo 2 del Reglamento, resultan especialmente interesantes los casos LIEGEOIS, 16 marzo 1977 (93/76), se entienden por tal «todos los tipos de seguro que comporten un elemento de voluntariedad, sin que importe que se trate o no de la continuación de una relación de aseguramiento anteriormente establecida» (en el caso, el abono de cuotas para regularizar en Bélgica los períodos de estudios, asimilándoles a los de trabajo); LABORERO-SABATO, 9 juli 1987 (82-103/86), en condiciones bastante peculiares (se trataba de trabajadores que habían prestado servicios en el Congo, por entonces colonia belga, y suscribieron un seguro voluntario para prestaciones de larga duración, afectado a trabajadores que prestaron servicios en territorios de ultramar), se afirma por el TJ que «un régimen de seguro voluntario que indudablemente se encuentra dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento (definido en el artículo 4.1) ...no puede escapar a la aplicación del Reglamento por el mero hecho de su carácter autónomo con respecto a un régimen general, ni por la naturaleza específica de los requisitos que se exigen a los trabajadores que participen en él». Recordando que en este punto, los Estados conservan una competencia reguladora semejante a la que les incumbe en materia estricta de SS, caso HARTMANN, 18 mayo 1989 (368/87).
- (31) Esto es, que exista un vínculo entre un trabajador y un sistema determinado de SS, con independencia del lugar en que se prestaron los servicios. Para un supuesto en que el seguro voluntario se había concertado fuera del país (Bélgica), se sostiene

trabajo realizado será relevante a efectos del Reglamento de SS. Todo ello teniendo en cuenta que, salvo la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, cada Estado es libre de establecer las condiciones de admisión en el propio sistema de SS como lo desee (32); el Reglamento de SS no obliga a los Estados a homologar lo que no es homologable, desde la perspectiva de su ordenamiento, por el sólo hecho de que un determinado trabajo haya sido realizado por un trabajador no nacional. Y, lo que es válido en general para un sistema de SS, es válido también para regímenes concretos de éste (33), o para concretas prestaciones (34).

de un Estado miembro, es esencial «no el criterio del lugar donde se ha desempeñado la actividad profesional, sino el criterio del vínculo que une al trabajador con un régimen de SS de un Estado miembro en el cual haya cubierto sus periodos de seguro, sea cual sea el lugar donde haya desempeñado su actividad profesional» (LABORERO-SABATO, 9 julio 1987 (82-103/86).

- (32) Así se reconoce expresamente desde antiguo, por ejemplo, en la sentencia dictada en el asunto de CICCIO, 19 diciembre 1968 (19/68), sobre la declaración de un determinado sujeto como «asimilado» a los trabajadores por cuenta ajena; el principio se enuncia con toda claridad en el asunto KENWY, 28 junio 1978 (1/78): «pertenece a la legislación de los Estados miembros determinar las condiciones de acceso, conservación, pérdida o suspensión del derecho a prestaciones de SS desde el momento en que estas condiciones se aplican sin discriminación a los ciudadanos del Estado miembro afectado y a los ciudadanos de otros Estados miembros» (para un caso en que se reclamaba el cómputo como «periodo de seguro» de tiempo en que el trabajador estuvo en prisión en otro Estado miembro, lo que sólo sería admisible si en este último Estado se producía dicha asimilación legalmente); asimismo, asunto COONAN, 24 abril 1980 (110/79), que concluye «(es admisible que) en ciertas condiciones, se imponga la condición de que el interesado haya estado afiliado anteriormente a un régimen de SS nacional... el Reglamento 1408 no obliga a los Estados miembros a asimilar periodos de seguro cumplidos en un Estado distinto a los que hubieran sido anteriormente cumplidos en territorio nacional» (siendo el límite lógico la prohibición de discriminación, aún indirecta, de los trabajadores no nacionales); para seguros voluntarios de vejez, asunto RIJKE, 24 septiembre 1987 (43/86); para sistemas aseguratorios complementarios, destinados a integrar la carrera de seguro interrumpida por la II GM, asunto VIGIER, 27 enero 1981 (70/80); en parecidos términos, caso SCHMITT, 28 febrero 1989 (29/88), entre otros.
- (33) De todos modos, a través de este mecanismo se introduce un criterio interpretativo esencial para la aplicación concreta de las reglas aplicables a cada prestación, o para la aplicación de las reglas sobre totalización de periodos de seguro, distinguiendo de este modo la totalización —fenómeno nacido al amparo de las normas comunitarias— de lo que haya de entenderse por periodos de seguro, de empleo o residencia a computar, cuya calificación depende de la legislación interna (vid. casos NASELLI, 14 marzo 1978 (83/77); SCHAAP, 14 marzo 1978 (98/77); KAUFMANN, 15 mayo 1974 (154/73); GRECO, 13 octubre 1977 (33/77); BOERBOM-KERSJES, 14 marzo 1978 (105/77); FRANGIAMORE, 15 marzo 1978 (126/77); STREHL, 3 febrero 1977 (62/76), entre otros).
- (34) Lo que puede dar origen a una interpretación contextualizada y profundamente insegura, de este principio, según los casos y según las prestaciones que se recla-

Lo anterior no obstante, y como probable manifestación del intento del TJ de paliar las consecuencias de esta doctrina sobre la efectividad de los derechos a los que hace referencia el artículo 51 T.R., la interpretación que se da de lo que es «legislación» a la que un sujeto puede estar sometido para que operen las normas del Reglamento de SS es, en cambio, extremadamente amplia: comprende «todo tipo de medidas legislativas, reglamentarias y administrativas adoptadas por los Estados miembros, y debe ser entendida como referida al conjunto de disposiciones nacionales aplicables en la materia» (35), cambiándose en su interpretación las reglas nacionales y las comunitarias que incidan sobre las mismas (36), y, en todo caso, integrando no sólo a las normas en sentido estricto, sino también a toda práctica administrativa que sea aplicable a los trabajadores nacionales (37).

b.4.— Un último elemento debe ser mencionado en relación con esta delimitación de la noción de trabajador: la condición de trabajador en activo es preciso mantenerla en el momento en que se reúnen los requisitos que eventualmente puedan conceder derechos a prestaciones en el futuro. No es un elemento esencial para solicitarlas al amparo del Reglamento el que, en ese momento concreto de devengo del derecho, hace abstracción de la realización de una actividad productiva. Por ello, el artículo 2 del Reglamento hace especial hincapié en la referencia a trabajadores que «estén o hayan estado sometidos» a la legislación de un estado miembro.

En parte, esta solución viene requerida por la propia naturaleza de los sistemas de SS, en cuanto otorgan prestaciones de larga duración cuya percepción, como tales, pueden ser suficientes para generar el derecho a percibir prestaciones de otra naturaleza. Pero no sólo es trascendente por este dato; también lo es y sobre todo porque, para potenciar la conservación de los derechos del trabajador afectado, la aplicación del Reglamento se independiza de la condición de trabajador, en un momento en que los requisitos típicos de la territorialidad del derecho de SS le podrían ser opuestos con mayor facilidad.

Una vez adquirida la condición de trabajador migrante, los derechos que se desprenden de ella le sobreviven, de alguna manera, y esta regla —como se ha dicho, inevitable, dada la dinámica de algunas prestaciones de SS— permite considerar la calificación de trabajador a estos efectos más como una condición personal, que como un status jurídico, en atención al cual se abre camino la aplicación de la norma comunitaria (38).

men. Sobre este problema —del que el propio TJ se hace eco— puede verse el caso DI BELLO, 17 junio 1970 (3/70).

- (35) Asunto BOZZONE, 31 marzo 1977 (87/76).
 (36) Asunto WALSH, 22 mayo 1980 (143/79).
 (37) Asunto SPITS, 6 junio 1990 (C 342/88); LOHMANN, 8 marzo 1979 (129/78), o DAALMEIJER, 21 febrero 1991 (C 245/88), entre otros.
 (38) En esta línea, casos BUIARI-HAUI, 14 noviembre (C-108/89); JANSSEN, 20 octubre 1971 (23/71); PIEBIK (II), 31 mayo 1979 (182/78); HIBARDIN, 8 abril 1976 (112/75), o MERLUZZI, 22 marzo 1972 (80/71), entre otros.

b.5.— Por último, conviene hacer referencia a la extensión explícita que se hace en el Reglamento (por la vía del importante artículo 1) de supuestos de trabajadores que, por razón del tiempo en que prestan sus servicios, por el lugar en que presten sus servicios, pueden experimentar variaciones de importancia en la normativa que les ha de resultar de aplicación. Sería el caso de los trabajadores estacionales, fronterizos o trasladados temporalmente fuera del territorio en que la empresa tenga su sede y en el que ordinariamente prestan sus servicios (39). Como se ha dicho, dada la amplitud que adquiere la noción de trabajador en el ámbito de la libertad de circulación, no cabe duda alguna de la inclusión de estos sujetos también en el ámbito de normas que se encuentran estrechamente ligadas a ella, como lo son las de SS. Las especialidades que se pueden plantear —que existen, y tienen significativa importancia— se predicen de la aplicación de ciertas normas reglamentarias, que quedan condicionadas por el cambio de residencia o de la necesidad de establecer reglas especiales para el cómputo de los períodos de seguro, de empleo o de residencia. No cuestionada la aplicación de estas normas, por tanto, aquí sólo deben mencionarse estos supuestos, remitiendo su tratamiento a otras intervenciones posteriores.

2.— Otros sujetos incluidos. Supuestos especiales.

El artículo 2 del Reglamento prevé, como criterio por el que puede integrarse una determinada categoría de sujetos en el ámbito de aplicación personal del Reglamento su vinculación familiar con el trabajador fallecido, tenga o no la condición de «trabajador migrante» desde la perspectiva de la libertad de circulación. El artículo 2 del Reglamento se refiere, así, a los «supervivientes de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de estos trabajadores... cuando sus supervivientes sean nacionales de uno de los estados miembros, o apátridas o refugiados, que residan en el territorio de uno de los Estados miembros».

El fundamento de la inclusión de estos sujetos en el campo de aplicación personal del Reglamento deriva de la concurrencia en este caso de dos elementos: uno, la vinculación familiar con un trabajador fallecido, fuese cual fuese su nacionalidad. Basta con que haya estado sometido a la legislación de SS de uno o varios Estados miembros —distintos del suyo, claro es, o perdería toda razón de ser la mención separada de estos sujetos en una sede tan concreta como el artículo 2 del Reglamento— aunque por su nacionalidad, o por cualquiera otra circunstancia, no hubiera podido ser titular de los beneficios de la libertad de circulación. El segundo, la nacionalidad de los supervivientes del trabajador

(39) Sobre los orígenes de la inclusión de estos conceptos (en cuanto que instituyen la regla de unidad de tratamiento de todas las categorías de trabajadores bajo las normas del Reglamento). RODRÍGUEZ-PIÑERO, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, págs. 99 y ss.

fallecido. Éstos han de ser nacionales de los Estados comunitarios, refugiados o apátridas, en el sentido al que antes se ha hecho referencia.

Como puede comprenderse, este círculo de sujetos incluidos en el campo de aplicación personal del Reglamento no lo están como resultado del juego de la libertad de circulación. La sola lectura del artículo 48 TR y del artículo 1 del Reglamento 1612/68 lo evidencia, ya que desde la perspectiva de la libertad de circulación, los familiares del trabajador ostentarían sus derechos de un modo derivado, en cuanto que están vinculados con aquél. Por ello, sería relevante a estos efectos la nacionalidad del trabajador, y no la de sus familiares (40).

Junto al vínculo familiar con el trabajador —en homenaje al campo de aplicación tradicional de las normas sobre SS— es la propia condición de nacionales de un país comunitario, refugiados o apátridas de los supervivientes la que les abre el camino a la aplicación de las normas del Reglamento. Sin embargo, el artículo 2 presenta en este punto graves dificultades de comprensión.

El paralelismo entre la vinculación con el trabajador y su familia y de sus supervivientes conduciría al TJ (41) y a doctrina muy cualificada (42) a equipararlas efectivamente, calificándoles a todos ellos el propio TJ como sujetos incluidos «de categoría inferior» a la del trabajador, éste sí, de «primera categoría» (son palabras de la sentencia dictada en el caso *Kermaschek*).

(40) Como se desprende de la jurisprudencia —especialmente radical— dictada por el TJ en el caso *MORSON-JHANJHAN* (casos 35 y 36/82), que rechaza la mera vinculación familiar de un trabajador, ciudadano comunitario que no ha ejercitado la libertad de circulación, para permitir el reagrupamiento de la familia, siendo los recurrentes nacionales de terceros Estados.

(41) Para un caso de solicitud de prestaciones de desempleo por la esposa de un trabajador apátrida, sostiene el TJ, en el asunto *KERMASCHEK*, 23 noviembre 1976 (49/76), que «mientras que las personas que pertenecen a la primera categoría (los trabajadores y demás sujetos definidos en el artículo 2) pueden reclamar los derechos a prestaciones reguladas por el Reglamento en tanto que derechos propios, los pertenecientes a la segunda categoría (los familiares de aquéllos) no pueden pretender más que derechos derivados, adquiridos en calidad de miembro de la familia o de superviviente del trabajador, es decir, de una persona perteneciente a la primera categoría» (supuesto este último de dudoso acierto, si se tiene en cuenta que en el artículo 2 del Reglamento no hay jerarquía en los sujetos incluidos, sino sólo inclusión, a diferencia de los miembros de la familia de los trabajadores, que ni siquiera son mencionados); para una renta complementaria de vejez (en un caso, además, especialmente complejo, por tratarse de un apátrida que no tenía reconocida esta condición y que estaba casado con una nacional de un país comunitario), caso *ZAQUI*, 17 diciembre 1987 (147/870; sobre la misma noción, para rentas mínimas de vejez solicitadas por la madre de un trabajador (con resultado negativo desde la perspectiva del reglamento de SS, también en la jurisprudencia del TJ), caso *FRASCOGNA*, 6 junio 1985 (187/84), o *LEBÓN*, 18 junio 1987 (316/85).

(42) *VAN RAEPENBUSCH*, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, págs. 396 y ss.

Sin embargo, la cuestión no está tan clara. De hecho, el artículo 2 del Reglamento impone exigencias de nacionalidad (que los supervivientes del trabajador tengan la nacionalidad de un país comunitario), y suprime otras (con independencia de la nacionalidad del trabajador) que impide vincular el derecho de los supervivientes a la libertad de circulación y a cualquiera de sus manifestaciones cuando el trabajador por ser nacional de un Estado tercero, no estaría amparado por este derecho.

De este modo, sería posible distinguir dos supuestos básicos: primero, el de la familia de un trabajador fallecido, nacional de un Estado miembro de la CE, que se encontraría plenamente dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, sin restricciones desde el punto de vista material, aunque sólo sea por la proyección de la libertad de circulación y las restricciones que sin duda sufriría por la falta de cobertura de la familia de un trabajador desplazado que se ha afincado en un país distinto del suyo de origen.

c) Junto a él, y con unos presupuestos radicalmente diversos, estaría el caso de los ciudadanos comunitarios, familiares de un trabajador fallecido; nacional de un país tercero, que no se ha beneficiado nunca de la libertad de circulación, y que, sin embargo, se ven reconocidos derechos de SS por la inclusión que expresa que se efectúa en el artículo 2 del Reglamento. En estos supuestos, es posible una importante limitación material de las normas aplicables (sólo las relacionadas con su condición de supervivientes del fallecido), pero al mismo tiempo, y pese a toda esta restricción, se ve que ha nacido un derecho a beneficiarse de los principios de conservación del derecho a prestaciones, y demás contenidos en el Reglamento, que tiene un origen completamente independiente de la libertad de circulación. Se trataría de una «inclusión parcial» en el ámbito de aplicación del Reglamento, de naturaleza extremadamente original, pues se vincula sólo a la ciudadanía de los supervivientes del trabajador.

Por ello, parece inadecuada la mezcla de ambos supuestos, fundados en principios diversos, aunque la intensidad de la tutela frente a las restricciones estatales sea paralela, dada la técnica asimiladora con los familiares del trabajador que el Reglamento utiliza para este segundo caso, un caso que sólo se le asemeja en su apariencia externa.

A título meramente derivado —como consecuencia de su vinculación con un trabajador que haya ejercitado la libertad de circulación—, los miembros de la familia del trabajador pueden considerarse incluidos en el ámbito del Reglamento, ostentando el derecho a percibir ciertas prestaciones no estrictamente «familiares» en sentido estricto. La jurisprudencia del TJ demuestra esta posibilidad de ampliación de la protección que los familiares del trabajador puedan reclamar, si bien, normalmente, se plantean estas dificultades en relación con prestaciones de tipo asistencial, de ahí que nos refiramos a ellas, en general, al analizar esta exclusión del ámbito material del Reglamento.

Como quiera que sea, importa destacar este carácter derivado del derecho que se ostenta, y su consecuencia esencial: la especial incidencia, respecto de estos sujetos, de las facultades legislativas que los Estados ostenten y las restricciones que puedan llegar a imponer, sobre todo, por razón de la residencia

de los familiares. Volveremos sobre este tema con posterioridad, si bien interesa ahora dejarlo reseñado, porque contribuye a poner de relieve un elemento que, a la larga, condiciona la intensidad de la protección dispensada por el Reglamento, e instaura una diversa gradación en la protección de SS en el ámbito europeo (43) y en la vinculabilidad de los Estados por las normas de coordinación instauradas en dicho ámbito.

3. Las exclusiones al ámbito subjetivo de aplicación del Reglamento.

El artículo 2 del Reglamento establece —formulándola en positivo, como inclusión— una regla cuya función real es excluir de su ámbito de aplicación a una serie de sujetos, cuya exclusión misma es bastante problemática, desde la lógica interna del propio Reglamento, y desde la lógica interna de la libertad de circulación. Se trata, en concreto, de la norma siguiente: «El presente Reglamento se aplicará a los funcionarios y al personal que según la legislación aplicable les sea asimilado, en la medida en que estén o hayan estado sometidos a la legislación de un Estado miembro a la cual es aplicable el presente Reglamento».

La fórmula, que reproduce la de sus inmediatos precedentes, podría parecer tautológica si no se tuviera en consideración que según el artículo 48.4 TR, quedan excluidos del ámbito de la libertad de circulación los «empleos en la Administración Pública». Dada la íntima conexión entre ambas reglas —las de los artículos 48 y 51 TR—, es obvio que sujetos que no pueden, por definición, beneficiarse de la libertad de circulación, tampoco podrán obtener beneficio alguno de sus consecuencias en materia de SS. Ahora bien, a la hora de interpretar este apartado del Reglamento, debe tenerse en cuenta, como un complemento especial importante, el artículo 4.4 del mismo, que establece que «el presente Reglamento no se aplicará ...a los regímenes especiales de los funcionarios o de personal asimilado».

De este modo, el fundamento de la exclusión es, en realidad, doble: quedan excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento los funcionarios que sean tales (es decir, que respondan a la definición comunitaria de los mismos) y que, además, se encuentren afiliados a un régimen especial de funcionarios. No opera esta misma regla cuando los funcionarios o personal asimilado se encuentren afiliados a regímenes que protegen asimismo a trabajadores por cuenta ajena o a toda la población. Como puede comprobarse, la regla es atípica respecto de las demás normas de exclusión —por ejemplo, hace referencia a tareas, y no a categorías de sujetos—, y además, presenta un ámbito desigual, en el que puede chocar la coherencia de la interpretación de las normas del Reglamento en relación con los funcionarios (44). Todo ello, sin perjuicio de que los así excluidos no pierdan los derechos que hayan podido adquirir a con-

(43) Así, con especial claridad, para un supuesto de prestaciones orfandad, el caso BALDI, 14 marzo 1989 (1/88).

(44) Puede haber supuestos de «funcionarios» en el sentido comunitario, excluidos de la libertad de circulación, que sí estén incluidos en el ámbito del Reglamento, y su-

secuencia del desempeño anterior de tareas que en principio sí quedarían incluidas en dicho ámbito. Es decir —lo mismo que sucedía, por ejemplo, con la pérdida sucesiva de la nacionalidad o de la condición de trabajador— la adquisición ulterior por un sujeto de la condición de funcionario, y su afiliación a uno de los regímenes excluidos por el artículo 4.4, no le impide alegar en su favor los derechos que haya podido devengar con arreglo al Reglamento en etapas anteriores en las que sí estuviera sujeto a él; se trata de una especie de prórroga expresa de dichos beneficios.

Puesto que en la economía del Reglamento la afiliación a un régimen especial de funcionarios como factor de exclusión parte de la obligada premisa de la inclusión expresa del «funcionario» como «trabajador» en sentido comunitario (es decir, el hecho formal de la afiliación es una excepción a la regla general de que los funcionarios son sujetos incluidos como tales en el ámbito de aplicación del Reglamento) adquiere una importancia nada desdeñable la atención a lo que debe entenderse por tal en la jurisprudencia del TJ, sobre todo si se tiene en cuenta el efecto dominante de la libertad de circulación sobre todas las normas que constituyen su desarrollo natural —y la SS de los trabajadores migrantes lo es, aunque haya adquirido una cierta autonomía funcional—. Por esta razón merece la pena que se haga una breve referencia a la noción de funcionario —una noción material, y no formal— elaborada por el TJCE en relación con el artículo 48.4 TR.

Con algún lejano precedente (45) en resoluciones del Parlamento Europeo

jetos que sean «trabajadores» en el sentido comunitario del término, que se encuentren excluidos de la aplicación del Reglamento, pese a que sean titulares de la libertad de circulación (en nuestro país, por ejemplo, el personal docente funcionario). Esta distorsión interna es difícil de justificar, como no sea mediante la referencia a la visión más arcaica del significado del artículo 48.4 TR (habida cuenta de la extensa gama de modalidades de aseguramiento admitidas en el artículo 1.a) no parece que sea argumento suficiente la peculiaridad histórica, mutualista, que ha caracterizado la estructura de la SS funcional y, desde luego, puede dar origen a divergencias importantes entre los Estados, si se tiene en cuenta que la libertad de configuración de los regímenes de SS existente puede servir de instrumento sumamente útil para recortar efectivamente la libertad de circulación. El que los sectores en que esta patología se puede producir sean minoritarios no es argumento suficiente para dejar de llamar la atención sobre esta peculiaridad.

- (45) Si bien su utilidad era relativa, dado que, como se ha observado con acierto, «podía ser invocada simultáneamente en apoyo de las dos tesis», la fundada en la interpretación literal y la que trataba de indagar en la finalidad perseguida por la exclusión mencionada (Druesne, «La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les emplois dans l'Administration publique», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1981, pág. 290). En efecto, sostenía el Parlamento que «el artículo 48.4 puede ser aplicado a todo empleo considerado por un Estado miembro como perteneciente a su Administración Pública, cualquiera que fuese el contenido de las tareas efectuadas en el marco de este empleo», para concluir que, sin embargo, «la finalidad del artículo 48.4 es esencialmente permitir a los Estados

(46), la noción de funcionario que opera hoy en la jurisprudencia del TJ es, básicamente, una noción que tiene exclusivamente su origen en el esfuerzo del TJ para lograr un equilibrio entre la reserva de soberanía de los Estados que está en la base del artículo 48.4 TR y la libertad de circulación que, como principio general, debe ser interpretado de forma extensiva, respecto de sus posibles excepciones.

Y, al acometer esta tarea, no puede dejarse al margen el marco jurisprudencial en que debía realizarla. La persistente doctrina del TJ que obliga a interpretar restrictivamente las excepciones a la libre circulación (47), en aras del principio de mayor favorabilidad a su eficacia.

Por estas razones, es por lo que desde el principio hubo cierto acuerdo en la jurisprudencia del TJ en la necesidad de referirse a los empleos excluidos del ámbito de la libertad de circulación, atendiendo no a la naturaleza del empleador, sino a la naturaleza de las tareas realizadas (48), es decir, buscar el origen de la exclusión en elementos finalistas, vinculados al tipo de trabajo que se desarrolla y su conexión con la salvaguardia de la soberanía estatal.

Cronológicamente, la primera resolución en la que el TJ se encuentra planteada esta cuestión es el caso *Sotgiu* (sentencia 12 febrero 1974) (49). Y enuncia un principio ya conocido, que se reiterará en la doctrina posterior: dado el carácter restrictivo que ha de darse a toda regla de excepción, y a la ausencia de distinciones al respecto en el artículo 48 TR, «no tiene interés saber si un traba-

(46) De 17 enero 1972 (DOCE-C, 10, de 5 febrero 1972).

(47) Por la misma esencialidad del derecho para el adecuado funcionamiento del mercado común, y por aplicación de un criterio interpretativo clásico, que exige la interpretación estricta y limitadora de la eficacia de las disposiciones restrictivas de derechos, vid. al respecto, sentencias dictadas en los casos *Comisión/Italia*, 16 junio 1987 (252/85); *Comisión/Grecia*, 15 marzo 1988 (147/86), o *Bleis*, 21 noviembre 1991 (4/91), entre otras muchas.

(48) Las principales resoluciones al respecto serían las dictadas en los siguientes asuntos: *SOTGIU*, 12 febrero 1974 (152/73); *REYNERS*, 21 junio 1974 (2/74); *LOHMANN*, 8 marzo 1979 (129/78); *Comisión/Bélgica (I)*, 17 diciembre 1980 (149/79); *Comisión/Bélgica (II)*, 26 mayo 1982 (149/79); *Comisión/Luxemburgo*, 9 junio 1982 (58/81); *MOSE*, 28 junio 1984 (180/83) *Comisión/Francia*, 3 junio 1986 (307/84); *LAWRIE-BLUM*, 3 julio 1986 (66/85); *Comisión/Italia*, 16 junio 1987 (225/85); *Comisión/Grecia*, 15 marzo 1988 (147/86); *ECHTERNACH Y OTROS*, 15 marzo 1989 (389 y 390/87); *ALLUÉ Y OTROS*, 30 mayo 1989 (33/88); *DAALMEIJER*, 21 febrero 1991 (C245/88); *BLEIS*, 21 noviembre 1991 (4/91).

(49) El demandante era un trabajador no nacional, al servicio de la Administración de Correo alemana —sin que conste en la resolución qué tipo de cargo desarrollaba, tal parece que no se trataba de un alto cargo—. Como quiera que sea se trataba de un trabajador al servicio de un ente público, y el Estado demandado alegó en el caso la excepción, el TJ elude abiertamente pronunciarse sobre ella puesto que, al encontrarse trabajando ya el demandante en la Administración, el mismo Estado había demostrado que era irrelevante para la defensa de sus «intereses» la reserva de nacionalidad.

jador se encuentra vinculado en calidad de obrero, empleado o funcionario, o incluso si su vínculo de empleo es de derecho público o privado» (50). En este momento, este principio, sin embargo, deja entrever algo importante: la opción del TJ se decanta por una interpretación funcional y no formalista del alcance de la exclusión (51). No se trata de eliminar del ámbito de la libertad de circulación a los «trabajadores» al servicio de un determinado empleador; se da un paso más y, al decantarse que la naturaleza del vínculo sea determinante para considerar «trabajador» a un sujeto a los efectos del artículo 48 TR, queda abierta la puerta para entender que quedan excluidas sólo determinadas tareas.

La cuestión, obviamente, residía en precisar cuáles eran esas tareas, y habría que esperar a un caso posterior para empezar a delimitarlas.

Esta ocasión pudo ser el caso *Reyners* (sentencia de 21 junio 1974), que, aunque relativo a la libertad de establecimiento, se enfrentaba con la exclusión semejante prevista en el artículo 55.1 TR, pero fue evidentemente desaprovechada (52).

Es en el caso *Comisión contra Bélgica (I)* donde se abandonan estas tácticas dilatorias, y se enfrenta directamente el problema. En el supuesto, se achacaba al Estado belga la comisión de una infracción del artículo 48 del TR en una serie de ofertas de empleo público, para la sociedad de ferrocarriles y para

(50) Sobre el tema, Vid., además de la monografía de vida SORIA Y MONEREO citada, Abellán «Excepciones a la libertad de establecimiento en la CEE», *Revista de Instituciones Europeas*, 1975, nº 2, págs. 371 y ss; HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ DEL VALLE. «El acceso a la función pública nacional por los nacionales de otros países comunitarios», *Gaceta Jurídica de la CEE*, Serie 8, nº 73, 1992, págs. 11 y ss; MILLÁN MORO, «Algunas limitaciones a la libre circulación de personas en el Tratado», *Gaceta Jurídica de la CEE*, Serie 8, nº 9, 1988, págs. 135 y ss.

(51) Véase esta distinción, ya manejada por VIDA SORIA Y MONEREO, en *La condición de nacionalidad...* cit., págs. 25 y ss, más desarrollada en el análisis de DRUESNE, «La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les emplois dans l'Administration Publique», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1981, págs. 289 y ss; ó HECQUARD-THERON, «La notion d'Etat en Droit Communautaire», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, nº 4, 1990, pág. 700.

(52) La cuestión versaba ahora en saber si la profesión de abogado era o no susceptible de ser incluida en la expresión del art. 48.4 TR, desde el momento en que, por la naturaleza de alguna de sus funciones, podía ser considerado como auxiliar de la actividad jurisdiccional, participando por ello de esa misma entidad, aunque fuese de forma ocasional y no permanente. Una vez descartado que la profesión de abogado en su integridad pueda ser excluida del ámbito de aplicación del art. 55.1 TR, y por lo que ahora importa, el TJ concentra su argumentación en los siguientes términos: la excepción «debe quedar restringida a aquellas actividades que por sí mismas comporten una participación directa y específica en el ejercicio de funciones públicas».

Nuevamente, la expresión «funciones públicas» queda sin precisar, aunque se haya dado un importante paso en la búsqueda de sus contornos, al excluir de ellas a las profesiones auxiliares, por importante y necesaria que sea su participación.

diversos municipios, entre ellos, el de Bruselas. Los puestos ofrecidos eran sumamente variados en su contenido y trascendencia práctica (53), pero para acceder a todos ellos se imponía el requisito de poseer la nacionalidad belga. La base de la postura estatal parecía clara: la interpretación literal del TR, y el hecho de que todos los empleos que se ofrecían se insertaban en el marco de la administración belga (54).

Sin embargo, la postura del TJ —contrariando significativamente su línea jurisprudencial anterior y posterior, en el sentido de potenciar la libertad de circulación mediante la interpretación restrictiva de las normas de exclusión— es bastante más generosa con el poder de reserva de puestos a nacionales que se reconoce a los Estados.

Y, al respecto, resultan esenciales estas palabras: «esta disposición coloca

(53) De obreros no cualificados, señalizadores y agentes de tráfico para la Sociedad de Ferrocarriles. Para los municipios, los puestos ofrecidos eran para enfermeras, puericultores, vigilantes nocturnos, fontaneros, carpinteros, electricistas, auxiliares de jardinería, arquitectos y controladores. En el caso tan sólo se le ofreció al TJ el listado de puestos, por eso se abstuvo de entrar a conocer del fondo del asunto, requiriendo al Estado demandado y a la Comisión para incrementar la información sobre las tareas a efectuar efectivamente por los trabajadores requeridos, originándose así la segunda resolución sobre este asunto 149/79, en 1982.

(54) Al respecto, la propuesta definitoria de la Comisión era notablemente restrictiva: las tareas que podían ser afectadas por la exclusión prevista en el art. 48.4 TR, debían comportar «el ejercicio efectivo de autoridad pública», lo que equivalía —en su opinión— a decir que los sujetos que las desarrollaban «debían ostentar un poder de decisión frente a los particulares», o bien tener capacidad para «poner en causa intereses nacionales, y especialmente los que afectan a la seguridad interior y exterior del Estado». La postura de la Comisión era perfectamente coherente con el origen político de la exclusión, sobre el que la doctrina ha hecho tan particular hincapié, y de este modo, ceña el área de los empleos excluidos, prácticamente, a los puestos cuyos titulares actuarán revestidos de *imperium*, o bien, materialmente, tuvieren encomendada la salvaguardia de la soberanía del Estado como nación. Un concepto político para una exclusión que también lo era, y que prácticamente, dejando fuera los cargos de fudole estrictamente política, harían referencia a los puestos de más alta dirección en la estructura administrativa. Precisamente es en este ámbito —el «alto funcionariado»— donde sitúan la línea de demarcación, para el juego de la regla del art. 48.4 TR VIDA SORIA Y MONEREO, en su monografía citada (págs. 27 y ss): «la excepción quedaría limitada... a aquellos agentes públicos (normalmente funcionarios públicos superiores, porque se puede razonablemente presumir que en la función pública superior se da acogida... a funcionarios administrativos investidos de autoridad, que detentan potestades decisorias y/o de mando) que ejercen —siquiera de modo ocasional— potestades públicas, participando directa o indirectamente en las decisiones públicas. Son particularmente esos agentes públicos los que ostentan prerrogativas e honoríficas del derecho común» (pág. 27). Un análisis jurisprudencial, en RUIZ NAVARRO PINAR, «El concepto de Administración Pública en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Boletín de Derecho de las CEE*, 1990, págs. 525 y ss.

fuera del campo de aplicación de los tres primeros párrafos de este mismo artículo a un conjunto de empleos que comportan una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de *los intereses generales* del Estado o de otras colectividades públicas. Tales empleos suponen, de parte de sus titulares, la existencia de una relación especial de solidaridad frente al Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de la nacionalidad». Otras tareas que el Estado o los diversos entes públicos puedan asumir —sobre todo, de índole económica, aunque no sólo; podríamos hablar de tareas de ejecución vinculadas a las funciones clásicas de la Administración— distintas de las, digamos, típicas de una noción de Administración Pública vinculada a la visión liberal del Estado y de sus funciones, quedarán dentro del campo de aplicación del TR. Por ello, es tan necesario conocer con detalle qué tipo de funciones se les ha encomendado a estos sujetos, antes de decidir sobre la procedencia de la exclusión.

Desde este momento, queda fijada una doctrina que las resoluciones posteriores se limitarán a citar y a aplicar a los supuestos concretos que se someten a la consideración del TJ. Y cabe adelantar la tendencia extraordinariamente generosa que se impone en la jurisprudencia del TJ en favor de las posibilidades estatales de considerar excluidos ciertos puestos de trabajo de la libertad de circulación. La propia sentencia dictada posteriormente en este mismo caso Comisión contra Bélgica (dos años más tarde), sin precisar mucho más las razones, consideró susceptibles de ser excluidos de la libertad de circulación a los siguientes empleos: «controlador jefe de oficina técnica», «controlador principal», «controlador de trabajos», «controlador de inventarios» y «vigilante nocturno», así como el de «arquitecto municipal». Demasiada variedad, demasiada acumulación de funciones de ejecución de tareas administrativas para entender que la línea marcada por el TJ siguiera estrictamente el punto de vista funcional que, en un principio, consideró el idóneo para deslindar los márgenes de la exclusión (55).

Poco más tarde (en 1987), y en el asunto Comisión contra Italia, el TJ, aún remitiendo a la sentencia tantas veces citada, precisa algo más sus términos, y añade un elemento más. Para que se active la exclusión, junto a los criterios vigentes desde 1980, se menciona, como posible causa de exclusión, no sólo la participación en el poder público, sino que el sujeto actúe «investido de prerrogativas de poder público», esto es, asumiendo poderes exorbitantes frente a los

(55) No creo que sea necesario detenerse mucho más en las definiciones; sólo completar la elaborada en esta resolución citada con las soluciones prácticas a las que llegan aquellas otras que tienen en ella su más directo referente. En el caso Comisión contra Francia, de 1986, el TJ considera discriminatorio que en los hospitales públicos de Francia se reserve la condición de funcionarios únicamente a los médicos de nacionalidad francesa, en tanto que los médicos nacionales de otros Estados, aún cuando puedan desarrollar su trabajo, tan sólo podrán ser contratados

particulares. No deja de ser digno de reseñar este matiz si se tiene en cuenta que, con él, el TJ de alguna manera parece asumir parte de los criterios que manejó la Comisión en el caso Comisión contra Bélgica en 1980 (el que el sujeto detente poderes exorbitantes). Sólo que ello no implica un cambio sustancial de doctrina; tan sólo precisa el alcance de la expresión «participación en el poder público» en la que descansa la definición entonces elaborada. De cualquier forma, en el caso, se consideró admisibles a los extranjeros a puestos de investigadores en centros públicos de investigación. Tan sólo quedarían excluidos los puestos «de asesoramiento y dirección» de la política científica.

La misma línea interpretativa se seguirá en el caso Lawrie-Blum, en 1987, respecto del trabajo de profesora en un instituto público, desdeñándose los argumentos del Gobierno alemán en torno a que el puesto de profesor implica ejercer prerrogativas de poderes públicos en la medida en que «organiza los cursos, califica a los alumnos y participa en la decisión sobre su acceso al grado superior». Estas funciones, evidentemente esenciales en la tarea administrativa de enseñanza, no bastan para desvirtuar el predominio de las funciones técnicas que justifica la admisión de extranjeros a dichos puestos (56).

Hasta la fecha, por tanto, el TJ ha ido conformando su noción de empleados al servicio de la Administración Pública en torno a dos elementos:

- El primero de ellos no hace mención al contenido estricto de las tareas a desarrollar, sino a las condiciones en que éstas se cumplen. Y consiste básicamente en que el sujeto en cuestión se halla revestido de poderes exorbitantes, no correlativos a otros de derecho común.

(56) En parecidos términos a la Sentencia Comisión/Italia, de 1987, se pronunció el TJ en su Sentencia dictada en el caso Comisión contra Grecia (1988), referida también a los puestos de enseñantes. De hecho, el TJ opone a los argumentos del Gobierno griego en torno a que la enseñanza es, en aquel país, una función del Estado, otros argumentos que puedan tener interés: en primer lugar, que en Grecia no es imposible que los particulares funden colegios privados —no es imposible, pues, la gestión privada del servicio público— y, en segundo lugar, que el Estado dispone de medios menos gravosos para salvaguardar los intereses generales que el recorte de la libertad de circulación. En este momento parece introducirse en esta generosa jurisprudencia algunos de los matices clásicos de la general sobre libertad de circulación.

Y sólo por ello es importante, puesto que de alguna manera se produce cierta inflexión en torno a la tarea del TJ, que se sustituye al Estado en la valoración de la necesidad de una reserva de nacionalidad para cumplir funciones que le han sido atribuidas al propio Estado en sus normas básicas. Se subraya, pues, que hay un núcleo esencial en la definición que no puede soslayarse por los Estados mediante la publicación de todo un sector, o mediante la asignación al Estado de una determinada función, ni siquiera en el plano constitucional, si no responde materialmente a la definición dada. La irrelevancia del estatuto jurídico a efectos de libertad de circulación se lleva, en este punto, a todo un sector de actividad. En la misma línea de admitir los empleos de profesores en centros públicos como tareas respecto de las que funciona la libertad de circulación, se sitúa el TJ en el asunto ALLUÉ (de 1989), o en el asunto BLEISS (de 1991).

Este primer criterio se aproxima a uno de los principios descriptores más clásicos de lo que sea la actuación administrativa —ésta es tal cuando actúa revestida de «imperium»—, y pone en marcha la excusión con independencia del tipo de tareas en que se desarrolle. Es, pues, un criterio «horizontal» de selección de los puestos excluidos, que cruza todos los niveles de la actuación administrativa en sentido estricto (57).

• El segundo criterio, a diferencia del anterior, atiende a la naturaleza de los servicios prestados y se concreta en la necesidad de que el o los puestos que se excluyen de la libertad de circulación contribuyan «a la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas».

Ahora nos hallamos ante un criterio de operatividad «vertical», en la medida en que se refiere a tareas, a sectores de actividad concretos, sin atender tanto a los poderes que se ostentan en el ejercicio de aquéllas, cuanto a la naturaleza de los intereses en juego (58).

Una doctrina tan consolidada ya ha permitido a las instituciones comunitarias acometer un esfuerzo de síntesis y de delimitación de la referida noción de empleos en la Administración Pública, lejanos los primeros intentos del Parlamento europeo. En este sentido, es especialmente digna de reseñarse la Comunicación de la Comisión 88/C 72/02 (59) sobre la libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración Pública de los Estados miembros (60).

(57) Obviamente, no puede operar en aquellos supuestos en que la Administración acuerda, para el cumplimiento de sus fines, recurrir a técnicas de Derecho privado. El recurso a estas técnicas tiene como consecuencia, básicamente, la pérdida de esos esenciales poderes, de tal forma que la exclusión se pone en marcha por la propia naturaleza de las cosas.

(58) Otros elementos de la doctrina del TJ merecen ser reseñados para complementar las líneas generales de esta doctrina:

a) el primero de ellos, la necesidad de imponer cierto respeto a los propios actos en la conducta del Estado, de tal suerte que, una vez admitido el trabajador al puesto de trabajo, no será posible con posterioridad alegar su condición de no nacional para cesar la relación o perjudicarlo en cualquier forma por su condición de no nacional (asunto SOTGIU).

b) El segundo, que, pese a la apariencia que pudiera deducirse de la jurisprudencia del asunto REYNERS, no es contrario al art. 48 TR excluir de la libertad de circulación aquellos puestos que participan de algunos rasgos como los mencionados más arriba, aunque esté prevista esta participación sólo de forma ocasional.

c) Es posible, además, que, incluso en los puestos o profesiones admitidas a extranjeros, se establezcan límites a la promoción, si conlleva necesariamente el acceso a puestos en los que se ejerciten algunas de las facultades potencialmente excluyentes para los no nacionales.

(59) DO-C 72, 18 marzo 1988.

(60) En efecto, entiende la Comisión —recordando la previa doctrina del TJ— que pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de la libertad de circulación: (el

En su parte positiva, el documento considera susceptibles de quedar abiertos a trabajadores no nacionales únicamente a los siguientes tipos de puestos de trabajo:

a) Los servicios operativos en sanidad, educación e investigación.

b) Los servicios que tengan su correlativo en el sector privado (con lo que, a la postre, se recoge la ya clásica doctrina que excluye de este ámbito a las actividades de la Administración sujetas a derecho privado).

Las ideas básicas del TJ, referidas a empleos en los que resulta imprescindible el vínculo de reciprocidad de derechos y deberes típicos de la nacionalidad, han quedado ciertamente deformadas. Un largo viaje para, casi, volver al principio.

Pues bien; contempladas desde la perspectiva de su aplicabilidad al personal al servicio de las Administraciones Públicas, se comprende hasta qué punto el artículo 2 del Reglamento puede entrar en colisión abierta con las normas del TR —y con la interpretación que ha dado de ellas el TR— relativas a la libertad de circulación. A través de la aplicación combinada de los artículos 2 y 4 del Reglamento, como ya se apuntó, se produce una desprotección fundada en criterios puramente formales de sujetos que son titulares expresos de la libertad de circulación. Y esta desprotección resulta, por lo menos, llamativa en un contexto jurisprudencial en el que la potenciación de la regla general —la libertad de circulación— frente a las excepciones o a los obstáculos que se le pongan es la tónica dominante. Sólo la vidriosidad del tema, cabe resumir, justificaría la pervivencia de esta exclusión, y su aplicación, normalmente sin matices, por el TJ, cuando se le han planteado casos de esta índole (61).

personal que asuma) las funciones específicas del Estado y de las colectividades que pueden serle asimiladas, como son las fuerzas armadas, la policía y las otras fuerzas de orden público; la magistratura, la administración fiscal y la diplomacia. Además se consideran incluidos en esta excepción los empleos en los Ministerios del Estado, de los gobiernos regionales y de otros organismos asimilados y de los Bancos centrales en la medida en que se trate del personal... que realiza las actividades organizadas en torno a un poder público del Estado o de otra persona moral de Derecho Público, actividades tales como la elaboración de los actos jurídicos, la ejecución de dichos actos, el control de su aplicación y la tutela de sus organismos dependientes».

(61) Además de las Sentencias ya comentadas, puede verse el caso LOHMANN, a marzo 1979 (129/78), muy especialmente las conclusiones del Abogado General en el sentido descrito en el texto; sin embargo, conviene destacar los matices que se introducen en el caso DAALMEIJER, 21 febrero 1991 (C245/88), relativo a un funcionario del Ministerio de Defensa holandés vio reducida su pensión por el tiempo que estuvo fuera de su país al estar ya jubilado. Sostiene el TJ que «el SR. Daalmeijer se halla comprendido dentro del ámbito de aplicación del reglamento 1408, puesto que su art. 2.3 dispone que se aplicará a los funcionarios y al personal que según la legislación aplicable, le sea asimilado en la medida en que estén o hayan estado sometidos a la legislación de un Estado miembro a la cual es aplicable el presente Reglamento», y tal es el caso de este sujeto, receptor de presta-

IV. LOS CRITERIOS MATERIALES DE DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO.

La sola referencia a un determinado sujeto o categoría de sujetos no es suficiente para concretar el ámbito de aplicación del Reglamento. En un marco en que los Estados conservan plenamente sus competencias de diseño de su propio sistema de SS, parece imponerse la necesidad de que, en la búsqueda de criterios de «laboralización» en sentido amplio de una norma que potencialmente podría desdeñarlos, el Reglamento se asiente también sobre criterios materiales. Y a estos efectos, parece el sistema más seguro centrarse sobre «riesgos» protegidos, que tradicionalmente han servido de aglutinante de los sistemas de protección social. Este dato —que se encuentra disperso a todo lo largo del Reglamento—, unido a la pura inercia histórica de unos precedentes que siguieron la sistemática de tratados internacionales que establecían mínimos de protección atendiendo a «ramas» de seguros —el caso del influyente Convenio 102 OIT— sería la base de la pervivencia de una fórmula normativa ciertamente extraña, habida cuenta del avance de los sistemas europeos de SS.

Con esta premisa, el Reglamento configura el ámbito de aplicación, desde el punto de vista material, mediante dos modos de aproximación:

- uno, la enunciación de las «ramas de SS» a las que se aplican sus normas.
- dos, la exclusión de cierto tipo de prestaciones que se enuncian en concreto, pese a su estrecha relación potencial con alguna de las «ramas» enunciadas en los primeros apartados del fundamental artículo 4.

A. Atendiendo al primer método de aproximación que se acaba de citar, el artículo 4.1 del Reglamento establece que será de aplicación a:

- a) Las prestaciones de enfermedad y maternidad.
- b) Las prestaciones de invalidez, comprendidas las destinadas a mantener o a mejorar la capacidad de ganancia.
- c) Las prestaciones de vejez.
- d) Las prestaciones de supervivencia.
- e) Las prestaciones de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

ciones de jubilación por el sistema general de seguro de vejez en Holanda. En las conclusiones del Abogado General se observa, sin embargo, una cautela que, aunque es observada por el TJ, no se sigue en la Sentencia expresamente: que esta solución es la única que permite apoyar —y no gravar excesivamente— a los países en los que los regímenes de SS aparecen universalizados. Cabría dudar de si la solución hubiera sido la misma en casos de sistemas de SS contributivos o específicamente diferenciados respecto de los funcionarios públicos, teniendo en cuenta el tenor literal del art. 4.4 del Reglamento, que excluye expresamente de su ámbito de aplicación material a los regímenes especiales de funcionarios públicos. Como hemos visto, no fue ese el caso antes de la codificación de 1992, que reitera la fórmula establecida en sus precedentes.

- f) Los subsidios de defunción.
- g) Las prestaciones de desempleo.
- h) Las prestaciones familiares.»

Todo un conjunto de enunciados complejo, en que se entremezclan riesgos junto a contingencias protegibles, comoquiera que se regulen estos supuestos en los ordenamientos de los países miembros de la CE: tanto si el modelo de SS dominante es contributivo como asistencial; tanto si la estructura del sistema de SS es unitaria o, por el contrario, se fracciona en regímenes. Una mención expresa, referida a las obligaciones del armador —cuyo origen es básicamente histórico— cierra este capítulo de inclusiones en el ámbito material de aplicación del Reglamento.

La sola lectura del enunciado del artículo 4.1, combinada con los principios dominantes en el tratamiento de la SS de los trabajadores migrantes, tal como se establecen en el artículo 51 TR, permite comprender la extrema dificultad que conlleva determinar el ámbito material de aplicación del Reglamento, una vez que se pone en contacto con la diversidad de modelos y estructuras de los sistemas europeos de SS. De ahí que, como ha puesto de relieve la doctrina, los principios tradicionales en un Tratado internacional de cooperación en materia de SS deban sufrir constantes adaptaciones.

La primera de ellas, provocada por la necesidad de respetar la normativa interna de SS, en aquellos aspectos sustantivos que no han sido cambiados ni pueden serlo por una norma de coordinación. Por esta causa, la valoración de los sistemas de SS ha de hacerse conjuntamente —se ha dicho que, en el modelo instaurado por los Reglamentos, el principio de reciprocidad opera de manera global— no sobre enunciados de prestaciones que pueden no tener su correlativo en los restantes países que puedan servir como punto de referencia. Así valorada, la reciprocidad; los principios en que se inspira el derecho de SS comunitario juegan respecto de la integración del trabajador en un determinado sistema de SS, «sometido» a una legislación de un Estado miembro, por emplear la expresión del artículo 2 del Reglamento, mucho más que sobre la aplicación a su caso concreto de las normas reguladoras de cierto tipo de prestación.

Enunciadas las «ramas» de seguro, y admitidas de forma tan amplia las modalidades organizativas en las que aquéllas se integran, el Reglamento se abstiene de establecer pautas materiales concretas, que contribuyan a definir las, siendo la norma interna la que en principio habría de asumir estas funciones, habida cuenta del reparto de competencias de que se hablara al principio.

No obstante esta remisión implícita, en el Reglamento existen muestras reiteradas del intento de sobreponer criterios comunitarios de interpretación a las normas del Estado. Definiciones generales, elaboradas probablemente en el desarrollo de un intento originario de coordinación, terminan por asumir una función material, de especificación del régimen jurídico de las prestaciones afectadas, y el TJ no ha sido ajeno a este esfuerzo de llevar la labor interpretativa más allá de su límite original.

Esta labor complementaria de la norma comunitaria respecto de la estatal

se evidencia sobre todo cuando se interpretan conjuntamente los artículos 4 y 1 [apartados t), u) y v)] —este último, en cuanto se refiere a la noción de «prestaciones»— y, a su vez, se toma en consideración la amplitud de modelos aseguratorios en que pueden integrarse las prestaciones acordadas para la protección frente a las contingencias enunciadas. Desde el punto de vista que ahora nos interesa, «prestaciones» son todas las «prestaciones, pensiones y rentas, comprendidos todos los elementos a cargo de fondos públicos, las mejoras por revalorización, o subsidios suplementarios», así como las prestaciones de pago único que puedan concederse en sustitución de las prestaciones de pago periódico.

La interpretación conjunta de los artículos 4 y 1 arroja una delimitación enormemente flexible del campo material de aplicación del Reglamento. En ella se integran todos los desplazamientos patrimoniales, o valorables económicamente, previstos para hacer frente a los riesgos o a las contingencias enunciadas en el artículo 4, ya provengan de entes públicos o privados (62); hayan nacido en modelos aseguratorios obligatorios facultativos establecidos dentro del sistema de SS, o autónomos respecto del mismo, si por su objeto coinciden con las «ramas» de seguro enunciadas en el artículo 4, ya se basen en principios asistenciales o contributivos.

A consecuencia de este fenómeno flexibilizador, puede decirse que el campo de aplicación material del Reglamento no se circunscribe a las ramas de seguro enunciadas en el artículo 4, sino, de una forma extremadamente genérica, los sistemas de protección social tomados en su conjunto (63), comoquiera que se organicen, e incluyéndose en esta apreciación las prestaciones que se vinculen directa o indirectamente con alguna de las circunstancias enunciadas en el artículo 4.

Al tomarse en consideración los sistemas de SS como conjuntos normativos, más que como elencos cerrados de prestaciones —por otra parte— todo el conjunto es valorado a la luz de los principios y normas del Reglamento. Así es posible incluir en ellos prestaciones no previstas expresamente como parte de la acción protectora de la SS, sometiéndose la calificación última de cada prestación no a la regla nacional o a las autoridades que la interpretan, sino a la

(62) En este segundo caso, siempre que la obligación del sujeto privado venga impuesta por una norma. La precisión es importante, como veremos con posterioridad.

(63) Esta característica, que ya había sido puesto de relieve por la doctrina, también lo fue por la jurisprudencia del TJ, así en el caso JANSEN, 5 mayo 1977 (104/76), e interpretando el Reglamento nº 3, se sostiene que «el campo de aplicación material del Reglamento está determinado por el art. 2, que comporta, en su párrafo 1, una enumeración de las diferentes ramas de SS a las que se aplica el reglamento... estas legislaciones son analizadas cada vez tomadas en su conjunto, como subraya el párrafo 2 del mismo artículo, que traduce la voluntad de aprehender los diferentes regímenes de SS en su totalidad».

comunitaria, con los que es previsible que existan importantes alteraciones operativas en la aplicación del Derecho nacional (64).

De este modo, el enunciado del artículo 4 deviene una lista de «objetivos de las prestaciones», más que de estructuras protectoras fijas y diferenciadas, con los límites conceptuales y aplicativos previstos en cada ordenamiento. La conexión directa con esas finalidades, y la inclusión en el ordenamiento protector de un determinado país comunitario, serían los elementos básicos que delimitarían un campo de aplicación material que excede, en principio, del mero enunciado del artículo 4.

Esta orientación se ha ido poniendo de relieve progresivamente, a medida que el TJ ha avanzado en su intento de elaborar una noción «comunitaria» de los conceptos clave para determinar el ámbito de aplicación del Reglamento. La jurisprudencia sobre libertad de circulación; su potencial extensivo, ha sido el eje típico sobre el que ha girado esta labor de ampliación de la protección prevista en el Reglamento (65), y de la competencia comunitaria para determinar —sirviéndose de la regla estatal, más que proyectando sobre ella las normas de coordinación— niveles de protección de los trabajadores migrantes (66) rela-

(64) Sobre todo porque el avance de los sistemas de SS rompe la coherencia interna de los listados de «ramas» de seguro, llegándose a casos verdaderamente límite en los que la calificación de una prestación como integrada en una u otra «rama» puede producir alteraciones trascendentes del régimen jurídico a que se encuentra sometida. La mayor favorabilidad como criterio interpretativo puede ser, al fin y al cabo, el elemento determinante en estos supuestos de impasse. Ya veremos cómo fue eso justamente lo sucedido en un primer momento a la hora de definir lo que fuera «asistencia social», pero esta misma orientación se ve en otros supuestos. Por ejemplo, caso BRONZINO, 22 febrero 1990 (C 277/89), para un caso de prestaciones por hijos desempleados menores de 21 años, y la aplicación de las cláusulas de residencia —bastante más intensas para el desempleo, incluso en el propio reglamento—.

(65) Un ejemplo típico —en cuanto incluso contribuye a revisar su propia jurisprudencia anterior— sería la argumentación dada por el TJ en el caso RÖNFELDT, 7 febrero 1991 (C 277/89), que declara aplicables las disposiciones más favorables sobre prestaciones de vejez de un Convenio internacional de SS sustituido por el Reglamento 1408 y no declarado expresamente en vigor en su Anexo I, básicamente, porque sería contrario a la libertad de circulación que un trabajador viese disminuidos sus derechos en la materia por la entrada en vigor de un Reglamento que, en principio, tenía por finalidad consolidarlos. Con esta sentencia, ya se ha dicho, se pone seriamente en cuestión la fórmula, ciertamente más restrictiva, consagrada en el caso WALDER, 7 junio 1973 (32/73).

(66) Esta tendencia se hace especialmente patente a la hora de establecer los conceptos de cada «rama» —y de las prestaciones derivadas de ella—, superando las definiciones formales operantes en los ordenamientos de cada Estado. Por ejemplo, en relación con las prestaciones en especie por asistencia sanitaria (interpretando el conflictivo art. 22 del reglamento 1408/71), los casos PIERIK, 16 marzo 1978 (117/77); PIERIK II, 31 mayo 1979 (182/78); en relación con las prestaciones sanitarias para prevención y curación de la tuberculosis como parte de la política

tivamente más amplios que los que se derivarían de la aplicación meramente automática de las propias reglas de coordinación del Reglamento.

B. Las exclusiones del campo material de aplicación del Reglamento se configuran de una manera ciertamente desordenada —a pesar del orden aparente que reina en el artículo 4 del reglamento—. De hecho, la idea básica que domina en este punto es la exclusión de técnicas de aseguramiento extravagantes, por su fundamento o su estructura, respecto de las que predominan en los sistemas de SS de los países miembros, con arreglo a conceptos clásicos de lo que sea SS. Esta es la razón de que las exclusiones alcancen:

a) En primer lugar, a las prestaciones dispensadas en virtud de sistemas de protección convencionales, cuya creación y gestión se abandona a los interesados, y que tienen por ello mismo un campo subjetivo de aplicación limitada (artículo 1 j), siendo esto último más una consecuencia que un elemento definitorio adicional. Los modelos de mejoras voluntarias o de SS complementaria quedan, pues, al margen de lo dispuesto en el Reglamento (67).

En estos supuestos interesa destacar que el factor de exclusión no es tanto la voluntariedad en la constitución de los sistemas aseguratorios —al fin y al cabo, los seguros facultativos están integrados directamente en el campo de aplicación del Reglamento—, sin el hecho de que la existencia o no de los seguros de que se trata dependa, en su conjunto, de la voluntad de los interesados. Existe un elemento de aleatoriedad en la existencia misma del sistema protector que resulta incompatible con la noción vigente de SS, cualquiera que sea el modelo dominante.

Se rechazan, pues, las fórmulas aseguratorias en las que la autonomía privada es el factor condicionante de su propia existencia, aunque la norma estatal regule con relativa intensidad su régimen jurídico y sus consecuencias protectoras una vez creados. Lo anterior, no obstante, puede producirse la inclusión —que deberá ser expresa por parte de cada Estado conforme a lo previsto en el

sanitaria general ORTSKRANKENKASSE HAMBURG, 16 noviembre 1972 (16/72); NIEDERSACHSEN, 16 noviembre 1972 (15/72); HEINZE, 16 noviembre 1972 (14/72); para supuestos de prestaciones de vejez, como AULICH, 26 mayo 1976 (103/75); ó JANSSEN, 5 mayo 1977 (104/76); respecto de las prestaciones por desempleo, asunto CAMPANA, 4 junio 1987 (375/85), incluyendo en ellas las ayudas para cursos de formación profesional de trabajadores desempleados o «en serio peligro de perder su empleo»; respecto de prestaciones familiares, asunto BRONZINO, 22 febrero 1990 (C 288/88), entre otras.

(67) En relación con la concreción efectuada por el Estado español en el Anexo I del Reglamento (y referida a regímenes complementarios) llega a hablarse en nuestra doctrina de la necesidad de proponer una redacción alternativa que haga inteligible la norma, en concreto, haciéndose referencia expresa a los regímenes de previsión establecidos para trabajadores autónomos que estén sujetos a colegiación obligatoria y no se hallen incluidos en el Régimen Especial de la SS de Trabajadores Autónomos (vid. GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, «Normas de SS contenidas en el Tratado de Adhesión de España a la CEE», *Noticias CEE*, 1988, págs. 35 y ss.

artículo 97 del Reglamento— si, a pesar de este nacimiento voluntario, el devenir posterior de los mencionados sistemas aseguratorios les integra en el sistema de SS general, como complementos directos del mismo.

Con esta exclusión, sin duda, se producen o se pueden producir importantes restricciones de la libertad de circulación, pero, probablemente, son inevitables. La incidencia sobre la autonomía de la voluntad y sus consecuencias queda reservada a la norma nacional, que se proyecta sobre modelos estables.

b) Participa de una justificación semejante la exclusión de los regímenes especiales de los trabajadores por cuenta propia «cuya creación se haya dejado a la iniciativa de los interesados o cuya aplicación se limite a una parte del territorio del Estado miembro afectado, hayan sido o no objeto de una decisión de los poderes públicos que los haga obligatorios o que extienda su campo de aplicación» (artículo 1 j). La exclusión es constitutiva; opera por obra de la propia norma comunitaria, por ello el anexo II, en el que se enuncian estos regímenes para cada Estado, tiene la misma virtualidad enunciativa que poseen otros listados semejantes, en los que los Estados cooperan a precisar la norma comunitaria, aunque no posean legitimación para integrarla (68).

c) En tercer lugar —y ésta es una exclusión que ha dado origen a una copiosa jurisprudencia—, quedarían excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento las prestaciones de asistencia social. En este supuesto —a diferencia de los anteriores—, el Reglamento se abstiene de concretar, aun de modo indirecto, el alcance de la exclusión. Se parte de un concepto técnico, que se da por sabido, y que por ello mismo tiende a superponerse sobre las reglas internas de los Estados.

Es sabido que, en general, la asistencia social tiende a integrar la insuficiencia de las prestaciones de un sistema de SS, atendiendo a técnicas distintas, a las circunstancias sociales y económicas de un determinado país, e incluso a opciones políticas de los Gobiernos. Así, mientras que la normativa de SS puede ajustarse a modelos internacionales, la de asistencia social puede llegar a tener una morfología extremadamente variada, en cada territorio. Este ajuste específico a las circunstancias de cada país; este carácter complementario y

(68) La letra D del anexo III contiene la declaración del Gobierno español referida a la exclusión de los regímenes de previsión libres, complementarios o suplementarios de los de SS, regulados en la ley de 6 de diciembre de 1941, así como las Mutualidades no incluíbles en el sistema de SS con arreglo a la DT 6ª.7 de la LGSS. La declaración, al amparo de este apartado del art. 4, de exclusión de estos regímenes protectores es meramente declarativa, pareciendo no tener otra finalidad que eludir la aplicación del art. 1.j.ii, más que de concretar el último inciso de este apartado. Ello aparte, es ésta una de las partes del Reglamento referidas a España que ha recibido críticas más agudas por parte de nuestra doctrina. No es extraño que se la califique como «ininteligible», y que se hagan auténticos esfuerzos para darle un contenido coherente con la finalidad perseguida por el referido anexo. Por todos, vid. FERRERAS ALONSO, «La aplicación de los reglamentos en relación con los regímenes de SS independientes», en *Noticias CEE*, enero 1988, págs. 67 y ss.

extraño a la lógica de la SS como técnica protectora—incluso si se integran dentro de un sistema unitario— permitiría, en teoría, escindir ambos bloques y garantizar la coordinación comunitaria sola y exclusivamente en torno a las normas de SS.

Sin embargo, las diferencias teóricas—siempre complejas— no son especialmente fáciles de detectar cuando se trata de coordinar las normas de una pluralidad de países, con modelos muy diversos de protección. Y, todavía más, la evolución de los propios sistemas de SS, integrando cada vez más prestaciones «asistenciales», o en todo caso no estrictamente reparadora de daños pre-determinados, que rompen la tónica clásica contributiva en que se han formulado los conceptos al uso de SS, ha contribuido no poco a oscurecer un panorama de por sí ya confuso en el terreno de la teoría. De otra parte, el objetivo del TJ de elaborar conceptos comunitarios en relación con aquellos aspectos de la normativa que pueden condicionar la aplicación de los beneficios derivados de la libertad de circulación, no ha podido dejar de chocar con esta evolución, viéndose superados los criterios empleados por una realidad cambiante. Por esta razón, la interpretación teleológica de las reglas de SS ha sido, nuevamente, el asidero para salir de auténticas situaciones de impasse interpretativo.

Todo este conjunto de elementos ha dado origen a una jurisprudencia tan compleja como contradictoria, a la que merece la pena aludir para puntualizar con más exactitud el alcance de la exclusión (69).

De hecho, en la evolución jurisprudencial, es posible hallar dos periodos bien diferenciados, a pesar de la multiplicidad de criterios que, en apariencia, se han ido combinando.

a) En el primero de ellos—cronológicamente el más antiguo— el esfuerzo del TJ se centra en concretar un concepto sustantivo de las prestaciones de asistencia social, como opuestas, técnicas diversas, de las de SS. Y en este esfuerzo se sentaron algunos criterios interpretativos de interés:

Siguiendo una tónica ya clásica, las definiciones que los Estados puedan hacer—incluso aplicando correctamente los criterios derivados de su propia normativa— sobre la naturaleza de una determinada prestación resultan irrelevantes. El concepto de asistencia social es o debe ser comunitario, de tal suerte que sólo los elementos aislados a partir de la normativa comunitaria son eficaces a estos efectos, quedando neutralizada la normativa interna en la medida en que no los observe (70). Si se toma en consideración la amplitud con la que se

(69) Con referencia a esta evolución jurisprudencial, vid. SEDIVY, «A propos de la distinction entre prestation de Sécurité Sociale et prestation d'assistance»; *Droit Social*, nº 12, 1980, págs. 565 y ss; PÉREZ DEL RÍO, «El concepto de prestaciones de asistencia social establecido por la Corte de las Comunidades Europeas y en la normativa española», *Temas Laborales*, nº 7, 1986, págs. 79 y ss.

(70) Así se concluiría, por ejemplo, en un supuesto de prestaciones económicas previstas en Italia para personas mayores de 65 años—en el que incluso terciaría la Corte Costituzionale, por otras razones, declarando su naturaleza de «asistencia social»— en el caso PISCITELLO, 5 mayo 1983 (139/82); o en el caso VIGIER, 27 enero

ha configurado la noción de prestaciones de SS, se podrá comprender la fuerza expansiva que ya desde el inicio tenía la regla general, y el carácter restrictivo con que se abordaba la interpretación de la excepción.

Esta regla general, sin embargo, se atenúa por el juego de una especie de obligación de respeto a los propios actos en el ámbito internacional, que impide que el Estado reconsidere en un caso concreto la calificación de SS que se ha dado a una determinada prestación en el listado previsto en el Reglamento. De esta suerte, la inclusión como prestación de SS en la declaración del Estado es considerada como indicio determinante, que hace inútil toda indagación ulterior, o cualquier intento de prueba en contrario por parte de la autoridad competente (71) acerca de la naturaleza real de la prestación que constituye el objeto del procedimiento.

El concepto comunitario de asistencia social gira en torno al objeto, a la finalidad de las prestaciones otorgadas, y a la consistencia del derecho del sujeto que pretende obtenerlas (72). De este modo, se dice, se integran en el ámbito de la asistencia social las prestaciones en las que se «considera la necesidad como criterio esencial de aplicación», sin cerrarse en torno a riesgos pre-determinados. Y, por otra parte, en cuanto a la naturaleza del derecho del sujeto a obtenerlas, caracteriza a la asistencia social la falta de exigencia de una previa contribución del sujeto, o de aseguramiento previo, como condicionante de la protección (73), así como «la apreciación individual» de la necesidad del sujeto, que no puede alegar un derecho estricto a su concesión (74).

1981 (70/80), para un supuesto en que era la norma interna la que calificaba las prestaciones controvertidas como de asistencia social, y ni siquiera se enunciaban como prestaciones de SS por el Estado en cuestión, al amparo de las facultades que le concedía el Reglamento; en parecidos términos se declararía irrelevante el que no figurase mencionada por el Estado entre las prestaciones de SS incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento una prestación asistencial por desempleo, para calificarla como prestación de SS, en el caso BEERENS, 29 noviembre 1977 (33/77), entre otros.

- (71) Por todas, y para el tema que nos ocupa, caso POSSI, 31 marzo 1977 (79/76).
 (72) Sobre el alcance de estos elementos definitorios, vid. RODRÍGUEZ-PINERO, *La SS de los trabajadores migrantes...*, pág. 129.
 (73) Criterio que puede faltar en la definición de SS, pero que es imprescindible que concurra en la definición de asistencia social.
 (74) Esta definición se hace constante en los primeros años 70. Como ejemplos, vid. los casos CALLEMEYN, 28 mayo 1974 (187/73); FOSSI, 31 marzo 1977 (79/76); ó SCRIVNER-COLE, 29 marzo 1985 (122/84), entre otros. La aplicación de este criterio, para resolver las cuestiones planteadas por los subsidios complementarios con cargo al Fondo de Solidaridad en Francia, a partir del caso BIASON, 9 octubre 1974 (24/74), ha sido calificado como «astucia», del TJ en sentido amplificador del ámbito del Reglamento, debido a la juridificación creciente de los sistemas europeos de SS, en los que se hace difícil mantener criterios de absoluta discrecionalidad para la concesión de prestaciones (POLLMANN, «Determination et dominance du Droit. Allocation supplémentaire française devant la Cour de

Sin embargo, de estos elementos así descritos, no es posible eludir los casos límites; abundan, por el contrario, y el esfuerzo definitorio se desvía de los aspectos sustantivos en los que se ha tratado de mover, para adentrarse en el terreno estrictamente formal. En los casos intermedios, es la conexión, directa o indirecta, con las prestaciones previstas en el sistema de SS, la que provocará la calificación como de SS de prestaciones que, en su estricta definición, presentan rasgos de asistencia social y de SS (75). De la misma forma que la exigencia de que el sujeto receptor esté afiliado en un sistema de SS para la percepción de estas prestaciones, puede considerarse como criterio determinante de la absorción de éstas en la noción de aquella, aún cuando se trate de prestaciones concebidas en el marco de una determinada política sanitaria —la lucha contra la tuberculosis (76)— de ámbito general.

La reiteración de esta jurisprudencia indiciaria, por su parte, acabaría provocando su entrada en el texto del Reglamento, en el apartado 2 bis del artículo 4, apartado a) (77), y justificando la expansión de las normas del Reglamento a toda prestación complementaria, incluso expresamente excluida, si se dirige a «asegurar únicamente la protección específica de los minusválidos».

Justice», *Cahiers de Droit Européen*, 1991, pág. 359; sobre la jurificación progresiva del régimen de las prestaciones, RODRÍGUEZ-PIÑERO, *La SS de los trabajadores migrantes...*, cit. pág. 11 y ss.

- (75) En relación con prestaciones para minusválidos que pueden integrar las rentas de los perceptores de pensiones de invalidez (aunque puedan ser percibidas por minusválidos no beneficiarios de prestaciones de SS en sentido estricto), caso CALLEMEYN, 28 mayo 1974 (187/73); para ayudas económicas para mayores de 65 años, caso PISCITELLO, 5 mayo 1983 (139/82); ZAOUI, 17 diciembre 1987 (147/87); FRILLI, 22 junio 1972 (1/72); COMISION-FRANCIA, 12 julio 1990 (C. 236/88).
- (76) Casos ORTSKTRANKENKASSE HAMBURG, 16 noviembre 1976 (16/72); NIEDERSACHSEN, 16 noviembre 1972 (15/72); 6 HEINZE, 16 noviembre 1972 (14/72), en todas ellas —referidas al mismo tipo de prestaciones— se sostiene que «un derecho a prestaciones que incumbe a los organismos del seguro de pensión en favor de los asegurados y de sus causahabientes, por el hecho de que hayan contraído tuberculosis, para asegurar su curación», debe ser considerada como de SS, porque la SS puede «incluir una finalidad de protección profiláctica que no puede ser asimilada a una simple medida de asistencia».
- (77) En que se consideran incluidas dentro del ámbito de aplicación del Reglamento las prestaciones especiales no contributivas «sujetas a una legislación o a un régimen distinto de los mencionados en el apartado 1 o que estén excluidos en virtud del apartado 4, cuando dichas prestaciones vayan destinadas: a) a cubrir, con carácter supletorio, complementario o accesorio, las posibilidades correspondientes a las razas contempladas en las letras a) a h) del apartado 1». El art. 10.bis, por su parte, condiciona esta asimilación al respecto de requisitos de residencia en los Estados que los tuvieran previstos, si bien, salvados éstos, impone la necesidad de tomar en cuenta para los restantes que se puedan establecer (períodos de empleo previos; reconocimiento del derecho a prestaciones de las que son complementarias o reconocimientos de la minusvalía que da derecho a prestaciones) los equivalentes

b) La tesis anterior, claramente insatisfactoria, a pesar de sus reflejos legales, daría origen a una revisión jurisprudencial tendente a depurar conceptos, que conduciría a la consagración estricta de la noción de asistencia social y al abandono de los elementos formales que habían ayudado a solventar los casos límite. Es comprensible el sentido último de esta variación, si se tiene en cuenta que en modo alguno supuso un recorte de los niveles de protección alcanzados bajo la vigencia de la normativa anterior.

Y una vez más, el derecho básico —la libertad de circulación— sería eje argumental de esta jurisprudencia; concretamente, el artículo 7 del Reglamento 1612/68, en cuanto consagra la igualdad de trato de los trabajadores migrantes con los nacionales en relación con las «ventajas sociales» acordadas en un determinado país a los nacionales, en cuanto son trabajadores y porque lo son. La sentencia Callemeyn ya anunciaba de alguna manera este cambio, que se hace explícito en el caso Castelli (78), y continúa hasta la fecha con alternancias de escasa entidad, permitiendo que prestaciones no vinculadas siquiera a alguna de las ramas del artículo 4 —que se califica como «catálogo exhaustivo»— puedan ser acordadas a los trabajadores migrantes y a sus familiares, y despreocupándose de todo esfuerzo por ubicarlas en la alternativa del artículo 4 del Reglamento (79), centrando el análisis fuera de los márgenes de la normativa de SS, de sus inclusiones o de sus exclusiones.

El giro jurisprudencial citado ha llevado a algún sector doctrinal a plantearse si, en esta evolución, existe realmente una aplicación conjunta de los reglamentos 1408/71 y 1612/68, o bien esta relación es alternativa, de tal suer-

umplidos bajo la legislación de otros Estados. La polémica de la residencia para este tipo de subsidios no se ha cerrado; tan sólo eliminan las posibles imputaciones de discriminación por la vía de generalizar la regla a todos los Estados.

- (78) 12 julio 1984 (26/83), que a su vez remite a los asuntos EVEN, 31 mayo 1979 (20/78); y REINA, 14 enero 1982 (65/81) para la definición de «ventaja social»: «todos los beneficios que, vinculados o no a un contrato de trabajo, están reconocidos a los trabajadores nacionales, en razón, principalmente, de su calidad objetiva de trabajadores o del simple hecho de su residencia en territorio nacional, y cuya extensión a los trabajadores ciudadanos de otros Estados miembros es apta para facilitar su movilidad dentro de la Comunidad»; en términos semejantes, el caso SCRIVNER-COLE, 29 marzo 1985 (122/84). El caso Castelli es especialmente importante, al considerar incluido en el campo de aplicación del Reglamento 1612/68 al llamado «minimex», renta mínima vital, acordada en Bélgica con carácter general, con independencia de la condición de pensionistas de sus perceptores; parecidamente, el caso HOECKX, 27 marzo 1985 (249/83). En esta línea de ampliación de los derechos derivados del Reglamento 1408 en atención a las finalidades propias de la libertad de circulación, son especialmente importantes las Sentencias dictadas en los casos INZIRILLO, 16 diciembre 1976 (63/76), para corregir la interpretación del significado de «hijo a cargo» cuando dependa económicamente del trabajador, aunque haya superado la mayoría de edad; o, en los últimos términos, el caso ESPOSOS F. 17 junio 1975 (7/75).
- (79) Vid. casos FRASCOGNA, 6 junio 1985 (157/84); FRASCOGNA II, 9 julio 1987 (256/86); o LEBON, 18 junio 1987 (316/85), entre otros.

te que el 1612 empieza a operar sólo donde termina el 1408. Quienes se plantean esta cuestión sostienen la aplicación conjunta de ambos, de tal forma que el reglamento 1612/68 produciría una ampliación indirecta de la tutela de los trabajadores migrantes, y sería una válvula de seguridad frente a las limitaciones intrínsecas a las reglas de coordinación del 1408 (80), sobre todo por lo que se referiría a los familiares del trabajador (cuyo nivel de protección, ya se ha dicho, tiene un nivel inferior de intensidad) (81).

La tesis en cuestión podrá ser discutible, pero en todo caso demuestra la insuficiencia de una norma que en su momento reconocía auténticos privilegios y que ha sido superada por la realidad de la evolución de los sistemas de SS, de ahí la necesidad de volver, para producir el necesario reajuste, al principio básico del que la norma derivó —la libertad de circulación—. Pero esa es una solución forzosamente provisional; es el resultado de insuficiencias de la norma interpretada más que una opción deseable de la jurisprudencia del TJ, de ahí que sólo pueda atenderse en (82) espera de una reforma en profundidad del Reglamento, que se ajuste a las nuevas realidades en los ordenamientos de SS.

d) Aunque enunciadas de forma separada, participan de la justificación descrita las reglas sobre exclusiones del campo de aplicación del Reglamento las restantes a que se hace referencia en su artículo 4. En concreto:

— las prestaciones especiales de carácter no contributivo mencionadas en la sección tercera del Anexo II, cuya aplicación se limite a una parte del territorio del Estado en que se reconozcan (83) (artículo 4.2 bis), dependiendo la exclusión de la declaración previa del Estado afectado,

— las prestaciones «en favor de las víctimas de la guerra o de sus consecuencias» (artículo 4.2 ter), en atención a su finalidad compleja, en la que prevalece cierto matiz retributivo de los daños sufridos por su nación, que descar-

(80) VAN RAEPENBUSCH, *La SS de los trabajadores migrantes...*, cit., págs. 368 y ss.

(81) Con este propósito explícito se aplica el Reglamento 1612 en el caso DEAK, 20 junio 1985 (94/84), para un hijo de un trabajador migrante que, al reunirse con su familia, solicita una prestación por desempleo a la que no tiene derecho por ser el suyo un derecho derivado, al que le resultan exigibles los requisitos de estancia previstos en el Estado de residencia. La aplicación del Reglamento 1612 como justificativa de la concesión de las prestaciones se explica por el efecto desincentivador que tendría para la libertad de circulación de trabajadores este perjuicio de los hijos con ocasión del reagrupamiento familiar.

(82) En el caso CASTELLI, cit., por ejemplo, el propio Abogado General se plantearía en sus conclusiones la conveniencia de acudir a la cobertura del Reglamento 1612, en la medida en que el derecho a las prestaciones solicitadas probablemente habría de ser denegado por la sola aplicación del reglamento 1408.

(83) Que abarca a supuestos específicos de la legislación de Alemania, el «suplemento social» previsto en la ley de ajuste de pensiones de 28 de junio de 1990, y las prestaciones en favor de minusválidos establecidas por la legislación de los respectivos Länder que las tengan previstas.

ta las finalidades clásicas de la SS tal como se describían en los apartados anteriores (84).

V.—LAS REGLAS SOBRE VIGENCIA TEMPORAL DEL REGLAMENTO.

Las reglas sobre aplicación en el tiempo de la normativa de SS de trabajadores migrantes resultan especialmente importantes si se tiene en cuenta, no ya sólo la naturaleza de ciertas prestaciones —cuyo devengo requiere, en los sistemas contributivos, largos periodos de tiempo— sino también y sobre todo, el profundo impacto que puede causar su aplicación sobre los sistemas nacionales de SS, alterando criterios de atribución de derechos sumamente clásicos para sustituirlos por otros que los niegan en su esencia. Su trascendencia, sin embargo, no ha provocado una complicación extrema a la hora de diseñar lo que pudiéramos llamar el «derecho transitorio» de la SS de los trabajadores migrantes (85).

(84) Esta orientación finalista es la que justifica la exclusión en la jurisprudencia del TJCE y, a la vez, es la que permite distinguir este tipo de prestaciones excluidas de otras, semejantes, en las que se trata de compensar los daños experimentados en la carrera de seguro como consecuencia de los conflictos europeos, en cuya finalidad tiene menos relevancia la relación directa de nacionalidad entre el receptor de las prestaciones y el Estado que las dispensa (así, como GILLARD, 6 julio 1978 (9/78); TIMELLI, 22 febrero 1979 (144/78), entre otros.

(85) Con la excepción, lógicamente, de las normas que suelen introducirse para la aplicación graduada de sus reglas a consecuencia de la adhesión de nuevos Estados a la CE (VAN RAEPENBUSCH, *La SS de los trabajadores migrantes...*, cit. págs. 423 y ss). En el caso español, sin embargo, las reglas transitorias son relativamente sencillas; la abundancia de Tratados Internacionales con los restantes países de la CE, destinatarios clásicos de la emigración española, así como la recesión cuantitativa de los fenómenos migratorios externos pueden ser elementos justificativos de la simplicidad de las reglas contenidas en el art. 60 del Acta de Adhesión (12 junio 1985), como excepción a la regla general del art. 2 de dicho Acta: «Desde el momento de la adhesión, las disposiciones de los Tratados originarios y los actos adoptados por las instituciones de las Comunidades antes de la adhesión obligarán a los nuevos Estados miembros y serán aplicables en dichos Estados en las condiciones previstas en dichos Tratados y en la presente Acta». El art. 60 del acta de adhesión modaliza esta aplicación inmediata, en extremos muy parcos: retardando (hasta el 31 de diciembre de 1988) la supresión de la efectividad de las cláusulas de residencia que pudieran ser requeridas por cada Estado en relación con ciudadanos no comunitarios para prestaciones familiares en favor de trabajadores en activo (art. 73.1 y 3), o desempleados (art. 74.1) (el art. 75.1 se ocupa del reembolso de prestaciones entre las instituciones implicadas, en casos de no residencia de los familiares con el trabajador, siendo instrumental de los otros dos). Las reglas específicas establecidas para Francia se declaran aplicables por analogía a los trabajadores españoles. Por vía de consecuencia, se suspende la

El principio general es, como ya se ha visto, el de aplicación inmediata de las normas reglamentarias sobre los derechos y expectativas de derechos nacidas bajo la vigencia de la norma anterior, cualquiera que fuese, si no se han agotado sus efectos en el momento fijado en el Reglamento para su formal entrada en vigor. Así se manifestó expresamente en los artículos 94 y 95 para los trabajadores por cuenta ajena o propia, y en el artículo 95 bis de su versión codificada para el Reglamento 1248/92. En consecuencia, es posible:

a) que la entrada en vigor del Reglamento deje intactas situaciones ya consolidadas con anterioridad,

b) que puedan nacer derechos derivados del Reglamento respecto de prestaciones que se reconocieron y se continúan percibiendo en el momento de su entrada en vigor, pero que podrían resultar afectadas favorablemente por la aplicación de las reglas de coordinación establecidas en aquél. La continuidad básica del derecho a la prestación de que se trate justifica la vigencia inmediata de la norma que lo regula, aunque el hecho causante se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de la norma,

c) que nazcan o se mejoren derechos vinculados a hechos causantes anteriores a la entrada en vigor del Reglamento, incluso si en su momento no dieron origen a prestaciones, siempre que la pérdida o la reducción del derecho se justificara por las cláusulas de residencia o nacionalidad a las que la legislación de un Estado miembro condicionaba el reconocimiento del derecho de que se tratase. En este supuesto, parece, es la permanencia de una discriminación del trabajador migrante —radicalmente incompatible con el artículo 48 TR— la que justifica esta proyección hacia atrás de la norma reglamentaria. Y aún así; en un supuesto en que la ignorancia del derecho se ha debido a la vulneración de la libertad de circulación, la retroacción de la norma es limitada: operará siempre que «los derechos anteriormente liquidados no hayan dado lugar a una liquidación a tanto alzado». Si así hubiera sido; habiéndose agotado los efectos del derecho, ya no existe discriminación que reparar en el momento en que se implanta la norma que la elimina,

d) que, a efectos de generar un derecho futuro a prestaciones, se tomen en consideración, conforme a lo dispuesto en el Reglamento, los periodos de seguro, empleo o residencia cumplidos en otro Estado miembro, siempre que —por aplicación de la regla general del artículo 1— dichos periodos fuesen valorados como tales por la legislación del Estado en que se cumplieron. El trasvase de legislaciones queda así asegurado incluso fuera de los márgenes temporales de aplicación del Reglamento, si la situación que lo provoca continúa a su entrada en vigor.

vigencia de los arts. 86 y 88 del reglamento 574/72, de desarrollo del 1408. Sobre el impacto potencial de la Sentencia PINNA, de 15 enero 1986 (4/84) en el Acta

La normativa sobre entrada en vigor del Reglamento, como puede comprobarse, se guía en buena parte por los principios típicos de la retroactividad de grado medio, pero da un paso más, en la medida en que no se limita a incidir sobre situaciones actuales conservando su estructura básica, y alterando tan sólo algunos elementos accidentales. Al contrario, la evolución en las normas de la SS de los trabajadores migrantes lleva a que éstas alteren en parte los principios que ordenan el régimen jurídico de las prestaciones, al actuar en los requisitos que permiten causar derecho a ellas, y que permiten conservar su percepción.

Sentados estos principios básicos (86), el Reglamento puntualiza, asimismo, dos extremos absolutamente necesarios en la delimitación de sus periodos de vigencia y de la pervivencia de los derechos que garantiza.

En primer lugar, que los derechos nacidos al amparo de sus normas pueden ser solicitados en un doble plazo de prescripción, atendiendo a la naturaleza del derecho de que se trate: los nacidos con ocasión inmediata de la entrada en vigor del Reglamento, en el plazo de dos años siguientes a aquella fecha; los que se devenguen en un momento posterior, en el plazo de caducidad o prescripción establecido en la legislación de cada Estado. Todo ello teniendo en cuenta, además, que una vez concedido el derecho será eficaz desde la fecha de la solicitud, salvo reglas más favorables establecidas en la legislación de cada Estado, única que puede, pues, conceder una eficacia temporal añadida al régimen jurídico concreto de cada prestación, por ser éste un elemento normalmente vinculado a ésta, y no a las reglas de coordinación del Reglamento.

De este modo, y pese aquel el enunciado general sea la irrelevancia hacia el pasado de los reglamentos, la realidad es bastante menos neutral, desde el momento en que sólo al amparo del Reglamento es posible sostener el derecho a percibir prestaciones denegadas en su día conforme a la legislación nacional —entonces perfectamente vigente y legítima—; o bien revisar su cuantía al amparo, no sólo de reglas de revalorización, sino de nuevas fórmulas de cómputo de su cuantía, o bien garantizar el reconocimiento de periodos de empleo, residencia o seguro que hubieran sido irrelevantes desde la perspectiva del Estado que había de reconocerlos, en virtud de la territorialidad normal del ordenamiento de SS.

Parece, pues, que el factor tomado en consideración; el verdadero elemento decisivo, no es la dinámica interna de la prestación, sino un elemento externo a ella: la permanencia de la condición de trabajador —en el sentido amplio

(86) Aún así se prevén reglas específicas para ciertas prestaciones (la silicosis, por ejemplo, apartado 8 del art. 94), o para ciertos territorios (apartados 9 y 10 del art. 94, para Francia y Alemania, por ejemplo), pero en todo caso se trata de modalizaciones particulares de estas reglas generales, que no aparecen alteradas en lo sustancial. Sobre la jurisprudencia del TJCE en aplicación de estos principios,

con que se ha ido configurando en la normativa comunitaria y en la jurisprudencia que la interpreta— o de asegurado en el momento de la entrada en vigor de la norma de que se trate. Esta condición atrae sobre el sujeto que la reúne la aplicación del reglamento, de sus técnicas de garantía de sus derechos actuales o futuros en materia de SS. Y, habrá de convenir, se trata de una técnica más propia de la libertad de circulación que de una norma de SS; de una norma de «coordinación» en materia de SS.

LA SEGURIDAD E HIGIENE EN LAS PYMES EN EL DERECHO COMUNITARIO

Por SOFÍA OLARTE ENCABO*

SUMARIO: I. Razones y objeto de estudio.—II. Algunas aproximaciones críticas a la noción de PYME.—III. La dimensión de la empresa ante el Derecho del Trabajo: un factor de diferenciación jurídica doctrinalmente obviado.—IV. Las acciones comunitarias en materia de PYMES.—V. La política comunitaria de seguridad e higiene en el trabajo: ¿Una política específica para las PYMES?

I. RAZONES Y OBJETO DE ESTUDIO

El objeto de este trabajo es tratar de identificar cuáles son las líneas de política del derecho que inspiran la normativa comunitaria en materia de Seguridad e Higiene en las pequeñas y medianas empresas —en adelante PYMES—.

El punto de partida de las reflexiones que, a continuación, se realizan lo constituye el artículo 118.A del Tratado de la Comunidad Europea (1), modificado por el Tratado de la Unión Europea (2), interesándonos aquí, el párrafo segundo del apartado 2, según el que:

«Tales directivas (las dirigidas a promover la mejora del medio de trabajo, a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores) (3) evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas».

Partiendo del análisis de este precepto y del de su desarrollo en el denominado Derecho Derivado, se plantea, a continuación, su problemática articulación con el Protocolo relativo a la Política Social (Protocolo 14 TUE) y el

* Doctora en Derecho. Universidad de Granada.

(1) El artículo 118.A del TCE fue introducido por el art. 21 del Acta Única Europea.

(2) La redacción del texto anterior, tal como fue introducido por el Acta Única Europea, del primer párrafo del apartado 2 contenía la fórmula del art. 149.2, según el que la adopción de directivas se realizaría «por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y en cooperación con el Parlamento Europeo». El TUE remite al art. 189 C del TCE (que a su vez ha sido introducido por el propio TUE), precepto cuyo procedimiento refuerza sensiblemente la participación y control del Parlamento