



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL  
SRA. ELEANOR SHARPSTON  
presentadas el 26 de marzo de 2019<sup>1</sup>

## Asuntos acumulados C-95/18 y C-96/18

**Sociale Verzekeringsbank**  
**con intervención de:**  
**F. van den Berg,**  
**H.D. Giesen (C-95/18),**  
**C.E. Franzen (C-96/18)**

[peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos)]

Procedimiento prejudicial — Seguridad social de los trabajadores migrantes — Reglamento (CEE) n.º 1408/71 — Artículo 13, apartado 2 — Actividades profesionales menores que no rebasan un cierto umbral en términos de horas o de ingresos en un Estado miembro distinto del Estado miembro de residencia — Legislación aplicable — Denegación de la concesión de prestaciones familiares y reducción de la pensión de vejez en el Estado miembro de residencia — Restricción a la libre circulación de los trabajadores — Artículo 17 — Acuerdo entre dos Estados miembros que prevé, en beneficio de determinadas categorías de personas o de determinadas personas, una excepción a lo dispuesto en el artículo 13»

1. Mediante las presentes peticiones de decisión prejudicial, el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos) solicita al Tribunal de Justicia que determine si, en las circunstancias particulares de los litigios principales, los Estados miembros ya no tienen solo la posibilidad,<sup>2</sup> sino, eventualmente, la obligación, pese al principio de unicidad de la legislación aplicable previsto en el artículo 13 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71,<sup>3</sup> como Estados miembros de residencia, de conceder prestaciones sociales a un trabajador migrante sujeto a la legislación del Estado miembro de empleo.

### I. Marco jurídico, litigios principales y cuestiones prejudiciales

2. Las presentes peticiones de decisión prejudicial se refieren a una situación bastante poco frecuente, en la medida en que, tras una primera sentencia del Tribunal de Justicia,<sup>4</sup> se insta a este a abordar de nuevo una de las cuestiones jurídicas planteadas en la primera sentencia.

<sup>1</sup> Lengua original: francés.

<sup>2</sup> Posibilidad reconocida desde la sentencia de 20 de mayo de 2008, *Bosmann* (C-352/06, en lo sucesivo, «sentencia *Bosmann*», EU:C:2008:290). Véase el punto 29 de las presentes conclusiones.

<sup>3</sup> Reglamento del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO 1971, L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98), en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006 (DO 2006, L 392, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento n.º 1408/71»).

<sup>4</sup> Sentencia de 23 de abril de 2015, *Franzen y otros* (C-382/13, en lo sucesivo, «sentencia *Franzen y otros*», EU:C:2015:261).

3. Por consiguiente, no es necesario volver a describir en estas conclusiones el marco jurídico, el procedimiento o los hechos de los litigios principales, puesto que fueron expuestos tanto en las conclusiones del Abogado General Szpunar<sup>5</sup> como en la sentencia del Tribunal de Justicia.<sup>6</sup>

4. En cambio, para describir con claridad los problemas que plantean las presentes remisiones prejudiciales, es preciso recordar la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia en la citada sentencia, describir la tramitación posterior de los procedimientos principales y exponer los motivos en los que se basan las presentes peticiones de decisión prejudicial.

5. En el asunto que dio lugar a la sentencia Franzen y otros, el Centrale Raad van Beroep (Tribunal Central de Apelación, Países Bajos) planteó al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales.

6. En respuesta a la primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que el residente de un Estado miembro que trabaja durante varios días al mes en virtud de un contrato de trabajo eventual en el territorio de otro Estado miembro está sometido a la legislación del Estado miembro de empleo tanto durante los días en los que ejerce una actividad por cuenta ajena como durante los días en los que no la ejerce.

7. En respuesta a la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia señaló que, en circunstancias como las de dicho asunto, el artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71 no se opone a que un trabajador migrante, sometido a la legislación del Estado miembro de empleo, perciba en virtud de una legislación nacional del Estado de residencia las prestaciones correspondientes al régimen de seguro de vejez y las prestaciones familiares de ese último Estado.

8. Por último, habida cuenta de la respuesta dada a la segunda cuestión prejudicial y al hecho de que el órgano jurisdiccional remitente pretendía, con arreglo a una norma denominada «de equidad» prevista en la legislación nacional pertinente,<sup>7</sup> no aplicar la disposición nacional que tenía como efecto excluir a los Sres. F. van der Berg y H.D. Giesen y a la Sra. C.E. Franzen<sup>8</sup> del régimen de seguridad social neerlandés en caso de respuesta negativa a la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia consideró que no procedía responder a la tercera cuestión prejudicial.

9. A continuación, el Centrale Raad van Beroep (Tribunal Central de Apelación) dictó, el 6 de junio de 2016, dos sentencias en las que consideró, a la luz de la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia, que no podían admitirse excepciones al principio de unicidad de la legislación aplicable en materia de seguridad social.<sup>9</sup> Por consiguiente, aplicó la norma de equidad y estimó las pretensiones de los interesados en el litigio principal.

5 Conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Franzen y otros (C-382/13, EU:C:2014:2190). El marco jurídico se expone en los puntos 3 a 24 de dichas conclusiones, mientras que los hechos del litigio principal y las cuestiones prejudiciales se relatan en sus puntos 25 a 42.

6 El marco normativo se describe en los apartados 3 a 22 de la sentencia Franzen y otros, mientras que los litigios principales y las cuestiones prejudiciales se incluyen en sus apartados 23 a 38.

7 A modo de recordatorio, la norma de equidad está prevista en los Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen (Decretos sobre ampliación y limitación de las categorías de personas afiliadas a los seguros sociales) de 3 de mayo de 1989 (Stb. 1989, n.º 164; en lo sucesivo, «BUB 1989») y de 24 de diciembre de 1998 (Stb. 1998, n.º 746; en lo sucesivo, «BUB 1999»). Estos decretos, aplicables a los interesados, habilitan al Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank (Consejo de Administración de la Tesorería de la Seguridad Social, Países Bajos; en lo sucesivo, «SVB») para conceder excepciones a las otras disposiciones del BUB 1989 en determinados casos, con objeto de remediar situaciones de injusticia grave que puedan derivar de la obligación de seguro o de la exclusión de la misma en virtud del citado Decreto, o para no aplicar las disposiciones del BUB 1999 o conceder excepciones a ellas en el supuesto de que su aplicación, dado el alcance de la ampliación y la limitación de la categoría de personas aseguradas, dé lugar a una grave injusticia derivada exclusivamente de la obligación de seguro o de la exclusión de la misma en virtud de ese último Decreto.

8 En lo sucesivo, conjuntamente, «interesados en el litigio principal».

9 Ha de recordarse que, en virtud de las cláusulas de exclusión previstas en los artículos 6 *bis*, inicio y letra b), de la Algemene Kinderbijslagwet (Ley del régimen general de prestaciones familiares) de 26 de abril de 1962 (Stb. 1962, n.º 160; en lo sucesivo, «AKW») y de la Algemene Ouderdomswet (Ley relativa al régimen general de pensiones de vejez) de 31 de mayo de 1956 (Stb. 1956, n.º 281; en lo sucesivo «AOW»), según los cuales no tendrá la condición de asegurada la persona sometida a la legislación de otro Estado con arreglo a un convenio o a una decisión de una organización nacional, los interesados en el litigio principal no se consideraban asegurados en los Países Bajos.

10. El SVB<sup>10</sup> interpuso dos recursos de casación ante el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos), órgano jurisdiccional remitente en el caso de autos, contra dichas sentencias, debido a que la norma de equidad no permite descartar la aplicación de los artículos 6 *bis*, inicio y letra b), de la AKW y la AOW.

11. El órgano jurisdiccional remitente considera que no está en condiciones, a la luz de la sentencia Franzen y otros, de responder, sin albergar dudas razonables, a la cuestión de si el Derecho de la Unión implica, en las circunstancias del caso de autos, que las disposiciones deban sin embargo inaplicarse.

12. En estas condiciones, el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

En el asunto van den Berg y Giesen (C-95/18):

- «1) a) ¿Deben interpretarse los artículos 45 TFUE y 48 TFUE en el sentido de que, en casos como los de autos, se oponen a una normativa nacional como el artículo 6 *bis*, inicio y letra b), de la AOW? Esta norma implica que un residente en los Países Bajos no está afiliado a los seguros sociales del Estado de residencia si dicho residente trabaja en otro Estado miembro y está sujeto a la legislación en materia de seguridad social del Estado de empleo en virtud del artículo 13 del Reglamento n.º 1408/71. Los presentes asuntos se caracterizan por el hecho de que los interesados, en virtud de la norma legal del Estado de empleo, no pueden disfrutar de una pensión de vejez como consecuencia del limitado alcance de sus actividades en dicho Estado.
- b) ¿Es relevante para la respuesta a la cuestión prejudicial el hecho de que, respecto a un residente en un Estado de residencia no competente en virtud del artículo 13 del Reglamento n.º 1408/71, no exista obligación alguna en relación con las cotizaciones a los seguros sociales del Estado de residencia? En efecto, respecto a los períodos en los que dicho residente trabaja en otro Estado miembro, está sujeto de forma exclusiva, en virtud del artículo 13 del Reglamento n.º 1408/71, al régimen de seguridad social del Estado de empleo y la legislación neerlandesa tampoco prevé la obligación de cotizar en tal caso.
- 2) ¿Es relevante para responder a la primera cuestión prejudicial el hecho de que los interesados hayan podido contratar un seguro voluntario en virtud de la AOW, o bien que hayan podido solicitar al SVB la conclusión de un acuerdo en el sentido del artículo 17 del Reglamento n.º 1408/71?
- 3) ¿Se opone el artículo 13 del Reglamento n.º 1408/71 respecto de una persona, como la cónyuge del Sr. Giesen, que, antes del 1 de enero de 1989, considerada únicamente la legislación nacional, estaba asegurada a efectos de la AOW en su Estado de residencia, los Países Bajos, a que se consolide el derecho a prestaciones de vejez en virtud del seguro, siempre que se trate de períodos en los que, en virtud de dicha disposición reglamentaria, debido a su actividad en otro Estado miembro, estaba sujeta a la legislación de este Estado de empleo? ¿O bien debe considerarse que el derecho a una prestación en virtud de la AOW es un derecho a prestaciones que no está supeditado en la legislación nacional a requisitos de empleo o de seguro en el sentido de la sentencia Bosmann, de modo que el razonamiento seguido en dicha sentencia puede extrapolarse a su caso?»

<sup>10</sup> Véase la nota 7 de las presentes conclusiones.

En el asunto Franzen (C-96/18):

- «1) ¿Deben interpretarse los artículos 45 TFUE y 48 TFUE en el sentido de que, en un caso como el de autos, se oponen a una normativa nacional como el artículo 6 *bis*, inicio y letra b), de la AKW? Esta norma implica que un residente en los Países Bajos no está afiliado a los seguros sociales del Estado de residencia si dicho residente trabaja en otro Estado miembro y está sujeto a la legislación en materia de seguridad social del Estado de empleo en virtud del artículo 13 del Reglamento n.º 1408/71. El presente asunto se caracteriza por el hecho de que la interesada, en virtud de la norma legal del Estado de empleo, no puede disfrutar de pensiones familiares como consecuencia del limitado alcance de sus actividades en dicho Estado.
- 2) ¿Es relevante para responder a la cuestión prejudicial anterior el hecho de que la interesada haya podido solicitar al SVB la conclusión de un acuerdo en el sentido del artículo 17 del Reglamento n.º 1408/71?»

13. Han presentado observaciones escritas el Sr. van den Berg, el SBV, los Gobiernos checo, neerlandés y sueco, y la Comisión Europea. Con la excepción del Gobierno checo, estas partes, así como la Sra. Franzen, comparecieron ante el Tribunal de Justicia en la vista celebrada el 23 de enero de 2019 y formularon observaciones orales.

## II. Análisis

### ***A. Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial en el asunto van den Berg y Giesen (C-95/18)***

14. El Sr. van den Berg sostiene que la petición de decisión prejudicial en el asunto van den Berg y Giesen (C-95/18) es inadmisibile. En este sentido, alega que, dado que no podía interponerse recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente, en el marco de los asuntos relativos al artículo 6 *bis* de la AOW, dicho órgano jurisdiccional no debió examinar el asunto sobre el fondo ni era competente para plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

15. En la medida en que, según reiterada jurisprudencia, no corresponde al Tribunal de Justicia verificar si la resolución de remisión ha sido adoptada de acuerdo con las normas de organización y procesales del Derecho nacional,<sup>11</sup> considero que esta alegación debe desestimarse y que la petición de decisión prejudicial en el asunto van den Berg y Giesen (C-95/18) es admisible.

### ***B. Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda en el asunto van den Berg y Giesen (C-95/18) y sobre las cuestiones prejudiciales en el asunto Franzen (C-96/18)***

16. Mediante las cuestiones prejudiciales primera y segunda en el asunto van den Berg y Giesen (C-95/18) y mediante las dos cuestiones prejudiciales en el asunto Franzen (C-96/18), que propongo examinar de manera conjunta, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, al Tribunal de Justicia si los artículos 45 TFUE y 48 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional de un Estado miembro en virtud de la cual un trabajador migrante que reside en dicho Estado miembro, sujeto a la legislación en materia de seguridad social del Estado miembro de empleo durante los períodos en cuestión con arreglo al artículo 13 del Reglamento n.º 1408/71, no está afiliado a los seguros sociales y, por consiguiente, no tiene derecho a una pensión de vejez ni a prestaciones familiares, aun cuando el Derecho aplicable del Estado miembro de empleo no le

<sup>11</sup> Véase la sentencia de 13 de junio de 2013, Promociones y Construcciones BJ 200 (C-125/12, EU:C:2013:392), apartado 14 y jurisprudencia citada.

confiera el derecho a una pensión de vejez o a prestaciones familiares por dichos períodos. Asimismo, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia si la posibilidad de contratar un seguro voluntario en virtud de la AOW o de solicitar la conclusión de un acuerdo en el sentido del artículo 17 del Reglamento n.º 1408/71 son relevantes a este respecto.

17. Para responder a estas cuestiones, deben realizarse varias consideraciones preliminares.

18. En primer lugar, en cuanto atañe a las circunstancias y a la situación de los interesados en el litigio principal, ha de recordarse, antes de nada, que, debido al carácter menor de sus actividades profesionales, que no rebasan un determinado límite de horas o de ingresos, dichos interesados únicamente estaban sujetos a la obligación de estar afiliados al Unfallversicherung (régimen legal alemán del seguro de accidentes de trabajo), el cual ciertamente confiere más protección al empleador que al trabajador por cuenta ajena, y no han tenido acceso a ningún otro régimen de seguridad social en dicho Estado miembro durante los períodos en cuestión. Además, de los debates mantenidos durante la vista se desprende que las autoridades neerlandesas alentaron a los interesados en el litigio principal para que aceptasen empleos en Alemania, pese a la falta de protección social asociada al carácter de estos, en lugar de permanecer desempleados en los Países Bajos. Durante la vista se declaró igualmente que, si los interesados en el asunto principal hubiesen permanecido en los Países Bajos sin desempeñar actividad profesional alguna en dicho país, habrían seguido afiliados al régimen de seguridad social de este Estado miembro y habrían disfrutado de prestaciones o cotizado al sistema de pensiones, mediante contribuciones a cargo del propio Estado. Por último, en lo que respecta a la Sra. Franzen, perdió totalmente el derecho a las prestaciones familiares concedidas por su hija, a la que crió ella sola, mientras las pensiones de vejez o el complemento de pareja de los Sres. van den Berg y Giesen se aminoraron, respectivamente, en un 10 % y un 16 %, lo que constituye, sin duda, una reducción sustantiva.<sup>12</sup>

19. En segundo lugar, en cuanto al contexto jurídico en el que se enmarcan las presentes peticiones de decisión prejudicial, el Gobierno neerlandés ha confirmado que las cláusulas de exclusión neerlandesas, según las cuales la persona sometida a la legislación de otro Estado miembro en virtud de un convenio o de una decisión de una organización internacional no tiene la consideración de asegurada, aplican el artículo 13 del Reglamento n.º 1408/71.

20. A este respecto, ha de recordarse que el mecanismo de coordinación de los regímenes de seguridad social previsto por dicho Reglamento tiene la finalidad, como se afirma en sus considerandos segundo y cuarto, de garantizar la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dentro de la Unión Europea, respetando las características propias de las legislaciones nacionales de seguridad social.<sup>13</sup> Por consiguiente, los principios fundamentales de dicho Reglamento permiten alcanzar el objetivo de protección de los trabajadores sin realizar no obstante una armonización en materia de seguridad social.<sup>14</sup>

21. En este contexto, con arreglo al principio de unicidad de la legislación aplicable que se recoge, en particular, en el artículo 13, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/71, el trabajador al que sea aplicable dicho Reglamento solo estará sometido a la legislación de un único Estado miembro.<sup>15</sup>

12 De los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que, en tal situación, la pensión se reduce en un 2 % por cada año en el que el trabajador no ha estado asegurado en los Países Bajos. En el caso de autos, la pensión del Sr. van den Berg se redujo en un primer momento un 14 %, por haber trabajado durante siete años en Alemania. Mediante decisión de 25 de noviembre de 2008, su reclamación contra la decisión de concederle una pensión de vejez reducida fue declarada parcialmente fundada y se fijó la reducción en un 10 %. En el caso del Sr. Giesen, el complemento de pareja del que disfrutaba por su esposa se redujo en un 16 %.

13 Véase la sentencia de 18 de julio de 2006, Nikula (C-50/05, EU:C:2006:493), apartado 20 y jurisprudencia citada.

14 Véase Kessler, F.: «Sécurité sociale: Coordination des régimes de base — Champ d'application — Principes généraux», *Répertoire de droit européen, Encyclopédie juridique Dalloz*, Dalloz, París, enero 2016, apartado 153.

15 Véase la sentencia Franzen y otros (apartados 41 y 42).

22. Además, el artículo 13, apartado 2, letra a), del citado Reglamento, según el cual la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro, prevé la aplicación de la *lex loci laboris*.

23. El principio de unicidad que fue introducido formalmente por el Reglamento n.º 1408/71<sup>16</sup> es una norma de conflicto de leyes que, al igual que las otras normas de conflicto del título II de dicho Reglamento, tiene por objeto evitar los conflictos de leyes que, de no incluirse tal norma, podrían obstaculizar la libre circulación.

24. En concreto, el principio de unicidad pretende, por un lado, evitar la aplicación de varias legislaciones nacionales durante un período de trabajo particular y las complicaciones que de ello pueden derivarse<sup>17</sup> y, por otro lado, «*impedir que las personas que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 1408/71 se vean privadas de protección en materia de seguridad social, a falta de legislación aplicable*».<sup>18</sup>

25. La coordinación que resulta del Reglamento n.º 1408/71 y, en particular, de su artículo 13 se basa asimismo en la idea de que, pese a las diferencias entre los sistemas de protección social, el trabajador migrante disfrutará, en virtud de cada una de dichas legislaciones, de una protección global relativamente equivalente, que se extenderá en mayor o menor medida a todos los riesgos previstos en este Reglamento.<sup>19</sup>

26. De la jurisprudencia se desprende que el alcance del principio de unicidad tampoco es tan rígido como parecían sugerir las primeras sentencias del Tribunal de Justicia, en particular, en cuanto al Estado miembro considerado «no competente», es decir, el Estado miembro cuya legislación no resulta aplicable.

27. Ciertamente, en un primer momento, el Tribunal de Justicia señaló que la determinación de la legislación de un Estado miembro como legislación aplicable a un trabajador tenía como efecto que solo se le podía aplicar dicha legislación, impidiendo así que un Estado miembro no competente le concediese prestaciones.<sup>20</sup> Por consiguiente, declaró asimismo que el artículo 13 del Reglamento n.º 1408/71 se oponía a que el Estado miembro no competente impusiera cotizaciones a la remuneración percibida por un trabajador por el desempeño de una actividad laboral en otro Estado miembro y sujeta, por este motivo, a la legislación social de dicho Estado.<sup>21</sup>

28. Sin embargo, posteriormente, el Tribunal de Justicia ha matizado en cierto modo esta línea jurisprudencial.

29. En este sentido, en la sentencia Bosmann, si bien consideró que el Derecho de la Unión no obliga al Estado miembro no competente en virtud del Reglamento n.º 1408/71 a conceder prestaciones, el Tribunal de Justicia añadió sin embargo que el artículo 13, apartado 2, letra a), de este Reglamento, no se opone a que un trabajador migrante, que está sujeto al régimen de seguridad social del Estado miembro de empleo, perciba, con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro de residencia,

16 El Reglamento n.º 3 del Consejo relativo a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes (DO 1958, P 30, p. 561) no instauraba dicho principio como tal. Sin embargo, en la sentencia de 9 de junio de 1964, Nonnenmacher (92/63, EU:C:1964:40), el Tribunal de Justicia consideró que la obligación de disponer la aplicación obligatoria de una legislación determinada constituía el elemento esencial del artículo 12 del citado Reglamento.

17 Véase la sentencia de 12 de junio de 1986, Ten Holder (302/84, EU:C:1986:242), apartado 19.

18 Sentencia de 3 de mayo de 1990, Kits van Heijningen (C-2/89, EU:C:1990:183), apartado 12. El subrayado es mío.

19 Esto explica que las normas de conflicto sean, en principio, indiferentes para la protección que ofrecen los regímenes nacionales de seguridad social y neutras a efectos de las legislaciones nacionales.

20 Véanse las sentencias de 12 de junio de 1986, Ten Holder (302/84, EU:C:1986:242), apartados 19 a 23, y de 10 de julio de 1986, Luijten (60/85, EU:C:1986:307), apartados 12 a 16.

21 Véase la sentencia de 5 de mayo de 1977, Perenboom (102/76, EU:C:1977:71), apartados 10 a 15.

prestaciones familiares en este último Estado. El Tribunal de Justicia reiteró esta posición en la sentencia de 16 de julio de 2009, *von Chamier-Glisczinski*,<sup>22</sup> en la cual señaló asimismo que, habida cuenta de las disparidades existentes entre los regímenes y las legislaciones de los Estados miembros en materia de seguridad social, el ejercicio de la libre circulación puede ser más o menos ventajoso por lo que se refiere a la protección social y que las disposiciones del Derecho de la Unión no pueden garantizar a un asegurado social que un desplazamiento a otro Estado miembro sea neutro a estos efectos. En consecuencia, el Tribunal de Justicia subrayó que no puede considerarse que un régimen de seguridad social sea la causa de una discriminación o de una desventaja por el mero hecho de que produzca consecuencias desfavorables cuando se aplica, conforme a los mecanismos de coordinación, combinándolo con el régimen del otro Estado miembro.<sup>23</sup>

30. Por último, la sentencia de 12 de junio de 2012, *Hudzinski y Wawrzyniak*,<sup>24</sup> amplió las posibilidades ofrecidas por la sentencia *Bosmann* al Estado miembro no competente, en la medida en que las situaciones de los Sres. Waldemar Hudzinski y Jaroslaw Wawrzyniak eran muy diferentes de la situación de la Sra. Brigitte Bosmann. Por un lado, de esta sentencia resulta que el hecho de que los trabajadores en cuestión no perdieran el derecho a obtener prestaciones de seguridad social ni sufrieran una disminución de la cuantía de estas en el Estado miembro competente (la República de Polonia) por haber ejercitado su derecho a la libre circulación no puede excluir por sí solo que un Estado miembro no competente tenga la posibilidad de conceder prestaciones sociales. Por otro lado, de dicha sentencia se deduce que la residencia no constituye el único criterio de conexión con el Estado miembro no competente, sino que cabe considerar que otros criterios de conexión, como la sujeción al impuesto sobre la renta, son suficientemente estrechos para motivar la concesión de la prestación.

31. Es evidente que en estas sentencias, dado que el Tribunal de Justicia no reconoció al Estado miembro no competente obligación alguna de conceder prestaciones sociales, no se cuestionó el principio de unicidad. Sin embargo, un análisis de dichas sentencias y, en particular, de la sentencia de 12 de junio de 2012, *Hudzinski y Wawrzyniak*,<sup>25</sup> que vaya más allá de la casuística derivada de las diferencias de hecho, muestra que el Tribunal de Justicia supedita la aplicación del artículo 13 del Reglamento n.º 1408/71 a la observancia del principio de proporcionalidad.<sup>26</sup>

32. Ha de responderse a las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente a la luz de estas consideraciones.

33. En el caso de autos, los interesados en el litigio principal, nacionales neerlandeses que residen en los Países Bajos, ejercitaron su derecho a la libre circulación consagrado en el artículo 45 TFUE para trabajar en Alemania.

34. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el conjunto de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de las personas «tiene por objeto *facilitar* a los nacionales de la Unión Europea el ejercicio de todo tipo de actividad profesional en el territorio de la Unión, y se opone a las medidas que pudieran colocar a estos nacionales en una situación *desfavorable* en el supuesto de que desearan ejercer una actividad en el territorio de un Estado miembro distinto de su Estado miembro de

22 C-208/07, EU:C:2009:455, apartados 55 y 56.

23 Véase la sentencia de 16 de julio de 2009, *von Chamier-Glisczinski* (C-208/07, EU:C:2009:455), apartados 84, 85 y 87.

24 C-611/10 y C-612/10, EU:C:2012:339.

25 C-611/10 y C-612/10, EU:C:2012:339.

26 Renny, N.: «The emergence of a parallel system of social security coordination», *Common market law review*, vol.º 50, n.º 5, Kluwer Law International, Alphen-sur-le-Rhin, 2013, pp. 1221 a 1266, especialmente pp. 1256 y ss.

origen». En consecuencia, el artículo 45 TFUE se opone a cualquier medida nacional, del Estado miembro de acogida o del Estado miembro de origen, que pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales de la Unión, de la libertad fundamental garantizada por este artículo.<sup>27</sup>

35. Como señalan los Gobiernos que presentaron observaciones ante el Tribunal de Justicia, de la jurisprudencia se desprende asimismo que el Derecho primario de la Unión no puede garantizar a un asegurado que el desplazamiento a otro Estado miembro sea neutro en lo que respecta a la seguridad social. Así pues, el Tribunal de Justicia ha reconocido que la aplicación, en su caso en virtud de las disposiciones del Reglamento n.º 1408/71, de una normativa nacional que es menos favorable en lo que se refiere a las prestaciones de seguridad social puede ser en principio conforme con las exigencias del Derecho primario de la Unión en materia de libre circulación de personas.<sup>28</sup>

36. Esta posición del Tribunal de Justicia se fundamenta en el hecho de que el artículo 48 TFUE prevé la coordinación de las legislaciones de los Estados miembros y no su armonización. De ello se deduce que las diferencias de fondo y de procedimiento entre los regímenes de seguridad social de cada Estado miembro y, por consiguiente, entre los derechos de las personas afiliadas a ellos no se ven afectadas por dicha disposición, y cada Estado miembro sigue siendo competente para determinar en su legislación, respetando el Derecho de la Unión, los requisitos para la concesión de las prestaciones de un régimen de seguridad social.

37. Dicho esto, al determinar estas condiciones de concesión, los Estados miembros están limitados, entre otros, por el principio de proporcionalidad en la aplicación de medidas nacionales de exclusión. En este contexto, dicho principio permite alcanzar el equilibrio justo entre el principio de unicidad consagrado en el Reglamento n.º 1408/71 y la protección que ha de conferirse a los trabajadores migrantes, mediante la posibilidad del Estado no competente de conceder prestaciones, como ha sido reconocida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

38. Ha de señalarse a este respecto que, en las circunstancias particulares del caso de autos, la aplicación de las cláusulas de exclusión no entraña para los interesados en el litigio principal una simple desventaja, sino que los priva de cobertura en el Estado miembro de residencia por el mero hecho de haber trabajado en otro Estado miembro, al tiempo que en el Estado miembro de empleo están excluidos *de toda protección social* durante los períodos en cuestión.<sup>29</sup> Por tanto, los interesados en el litigio principal no solo reciben un trato desfavorable respecto de un trabajador que ha desarrollado toda su carrera en los Países Bajos, sino que dicho trato rebasa los límites del principio de proporcionalidad.

39. En efecto, la aplicación de las cláusulas de exclusión previstas en la legislación neerlandesa en aplicación del principio de unicidad entraña consecuencias a todas luces desproporcionadas y tiene (sin duda) el efecto de obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales de la Unión que residen en los Países Bajos, de la libre circulación de trabajadores. Esta situación no constituye una mera desventaja derivada de una falta de armonización de las legislaciones de seguridad social en el seno de la Unión. Es consecuencia directa de la aplicación de las cláusulas de exclusión neerlandesas.

27 Sentencia de 18 de julio de 2017, Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:562), apartado 33 y jurisprudencia citada. El subrayado es mío.

28 Véanse, en particular, las sentencias de 16 de julio de 2009, von Chamier-Glisczinski (C-208/07, EU:C:2009:455), apartado 85, y de 12 de junio de 2012, Hudzinski y Wawrzyniak (C-611/10 y C-612/10, EU:C:2012:339), apartados 42 y 43 y jurisprudencia citada.

29 Al margen del seguro obligatorio que cubre los riesgos de accidente de trabajo durante estos mismos períodos bien definidos. Ha de recordarse, a todos los efectos, que no se ha planteado al Tribunal de Justicia la cuestión de la conformidad de la legislación alemana con el Derecho de la Unión, de modo que no debe pronunciarse en este sentido ni definir su postura sobre el posible efecto de *dumping* social de dicha legislación. Sobre el *dumping* social en el seno de la Unión, véanse Mazuyer, E., Carpano, E., y Chastagnaret, M.: *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Larcier, Bruselas, 2016, y Defossez, A.: *Le dumping social dans l'Union européenne*, Larcier, Bruselas, 2014.

40. Además, tal restricción a la libre circulación de los trabajadores no cumple todos los requisitos de este principio clásico del Derecho de la Unión.<sup>30</sup>

41. A este respecto, los Gobiernos neerlandés y sueco han alegado, sobre todo en la vista, que las normas de conflicto y de reparto de competencias previstas en el Reglamento n.º 1408/71 tienen como objetivo, además de la protección de los trabajadores, garantizar un reparto justo y equitativo de la carga financiera entre los Estados miembros mediante la adecuación de la financiación de los regímenes de seguridad social y los gastos derivados de ella, en la medida en que si, en virtud de dicho Reglamento, un Estado miembro es el Estado miembro competente para garantizar la cobertura social de un trabajador, las cotizaciones y las prestaciones deben financiarse y abonarse con arreglo al Derecho de dicho Estado.

42. Si bien no pongo en duda la legitimidad de tal objetivo, y menos aún habida cuenta de que los principios del Reglamento n.º 1408/71 y la coordinación que este prevé garantizan asimismo la integridad de los regímenes nacionales de seguridad social y, en particular, sus diferencias tanto en términos de cobertura como de financiación,<sup>31</sup> considero que, en todo caso, la legislación neerlandesa va más allá de lo necesario para alcanzarlo.

43. Es cierto que, según la jurisprudencia recordada en el punto 27 de las presentes conclusiones, el Estado miembro no competente en virtud del Reglamento n.º 1408/71 no puede imponer cotizaciones y que, por consiguiente, los interesados en el litigio principal no cotizaron en el régimen neerlandés de seguridad social durante los períodos durante los cuales trabajaron en Alemania.

44. No obstante, el Reino de los Países Bajos podría haber adoptado medidas alternativas a la aplicación de las cláusulas de exclusión que estuvieran adaptadas a la situación de los interesados en el litigio principal y que les permitiese estar incluidos en el sistema de protección social neerlandés previo pago de cotizaciones.

45. Si bien el Tribunal de Justicia ha declarado acertadamente que los Estados no competentes no pueden *imponer* una obligación de realizar contribuciones, en mi opinión, esta limitación no se opone a que propongan la concesión de prestaciones a cambio de una contribución voluntaria, si tal posibilidad es acorde efectivamente a las condiciones de concesión aplicables al resto de las personas amparadas por la legislación nacional. A este respecto, ha de recordarse que, de haber estado desempleados en los Países Bajos, los interesados habrían permanecido afiliados al régimen de seguridad social neerlandés, a cargo de dicho Estado miembro.<sup>32</sup>

46. Además, el Reino de los Países Bajos podía promover y negociar un acuerdo, en el sentido del artículo 17 del Reglamento n.º 1408/71,<sup>33</sup> con la República Federal de Alemania. Dicho acuerdo podría haber previsto la inclusión de los interesados en el litigio principal en el régimen de seguridad social neerlandés, el pago de cotizaciones adaptadas al nivel de ingresos, especialmente bajo, de dichos interesados en el litigio principal y un convenio entre los Estados miembros en cuanto a la parte de cotizaciones que normalmente asume el empleador.

30 En efecto, las medidas de este tipo únicamente pueden admitirse si persiguen un objetivo de interés general, son adecuadas para conseguirlo y no van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que persiguen (véase, en particular, la sentencia de 16 de mayo de 2013, Wencel, C-589/10, EU:C:2013:303, apartado 70 y jurisprudencia citada).

31 Sobre los modelos de seguridad social, véanse, en particular, Omarjee, I.: *Droit européen de la protection sociale*, Bruylant, Bruselas, 2018, p. 5 y notas 29 y 30, y Paolillo, M., y Morsa, M.: *La sécurité sociale des travailleurs salariés*, Larcier, Bruselas, 2010, p. 174. Véase, asimismo, Pennings, F.: «Co-ordination of social security on the basis of the State-of-employment principle: Time for an alternative?», *Common Market Law Review*, vol.º 42, n.º 1, Kluwer Law International, Alphen-sur-le-Rhin, 2005, pp. 67 a 89, especialmente p. 77. Para un panorama sobre los sistemas de financiación de los Estados miembros de la Unión, véase Omarjee, I., *op. cit.*, p. 6 y notas 34 a 38.

32 Véase el punto 18 de las presentes conclusiones.

33 En la medida en que esta disposición coincide, en esencia, con la contenida en el artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO 2004, L 166, p. 1), véase, para un comentario, Steinmeyer, HD.: «Article 16 Exceptions to articles 11 to 15», *EU Social Security Law: a Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 188 a 192.

47. Del mismo modo, la posibilidad de acogerse a un seguro voluntario con arreglo a la AOW no puede garantizar la conformidad del artículo 6 *bis*, inicio y letra b), de la AOW con el Derecho de la Unión si dicha posibilidad no se configura de modo que tenga en cuenta la situación particular de trabajadores como los Sres. F. van den Berg y H.D. Giesen y, en particular, su bajo nivel de ingresos.

48. En estas circunstancias, la aplicación de las cláusulas de exclusión y la expulsión simple y llana de los interesados en el litigio principal del régimen de seguridad social de los Países Bajos van más allá de lo necesario para garantizar el equilibrio financiero del régimen de seguridad social.

49. A la luz de las consideraciones que preceden, considero que los artículos 45 TFUE y 48 TFUE se oponen a la aplicación de las cláusulas de exclusión establecidas en el artículo 6 *bis*, inicio y letra b), de la AKW y en el artículo 6 *bis*, inicio y letra b), de la AOW.

### ***C. Sobre la tercera cuestión prejudicial en el asunto van den Berg y Giesen (C-95/18)***

50. Mediante la tercera cuestión prejudicial planteada en el asunto van den Berg y Giesen (C-95/18), el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, al Tribunal de Justicia si el derecho a una prestación en el marco de la AOW debe considerarse como un derecho a prestación que, en la legislación nacional, no está sometido a condiciones de empleo o de seguro.

51. Mediante esta cuestión, que hace referencia a la situación de la esposa del Sr. Giesen,<sup>34</sup> el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en efecto, por el alcance de la sentencia Bosmann. En particular, trata de determinar si, en dicha sentencia, así como en la sentencia Franzen y otros, el Tribunal de Justicia supeditó la posibilidad de que el Estado miembro conceda las prestaciones controvertidas al hecho de que, en la legislación de dicho Estado, tales prestaciones no estuvieran sometidas a condiciones de empleo o de seguro.

52. Si bien es cierto que compete al órgano jurisdiccional remitente determinar cuáles eran, durante el período en cuestión, las condiciones de concesión de prestaciones de vejez, en cambio, incumbe naturalmente al Tribunal de Justicia, en virtud de sus prerrogativas en materia prejudicial, definir el alcance y la interpretación de las sentencias Bosmann y Franzen y otros.

53. Es cierto que, en la sentencia Bosmann, el Tribunal de Justicia atribuyó gran importancia a las circunstancias específicas de dicho asunto. Así, en el apartado 28 de dicha sentencia señaló que, sin perjuicio de las comprobaciones que debía realizar el órgano jurisdiccional remitente, con arreglo a la legislación alemana la Sra. Bosmann podía obtener prestaciones familiares por el mero hecho de su residencia en Alemania. Asimismo, en el apartado 32 de la citada sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que el derecho a una prestación familiar no está sujeto a condiciones de empleo o de seguro. Ahora bien, el hecho de que el Tribunal de Justicia tomase en cuenta esta circunstancia en el contexto de los hechos concretos de dicho asunto no significa, en mi opinión, que supeditase la posibilidad de conceder estas prestaciones a tales condiciones.

<sup>34</sup> Ha de recordarse que, durante el período comprendido entre el 19 de mayo de 1988 y el 1 de enero de 1989, la esposa del Sr. Giesen estuvo asegurada en virtud de la AOW por su condición de residente, pues el artículo 6 *bis*, inicio y letra b), de la AOW proviene de la wet tot wijziging van een aantal sociale verzekeringswetten strekkend tot verduidelijking van het in die wetten opgenomen begrip verzekerde en de met het verzekerd zijn onlosmakelijk verbonden premieplicht (wet verduidelijking verzekerings- en premieplicht) [Ley por la que se modifican determinadas leyes en materia de seguridad social con el objetivo de aclarar el concepto de asegurado al que se refieren dichas leyes, así como la obligación de cotizar, indisociable de la calidad de «asegurado» (Ley por la que se aclaran las obligaciones de seguro y cotización)] de 29 de abril de 1998 (Stb. 1998, n.º 267), y solo puede aplicarse con efecto retroactivo a partir del 1 de enero de 1989. Durante este mismo período, la Sra. Giesen trabajaba en Alemania y, con arreglo al artículo 13 del Reglamento n.º 1408/71, estaba amparada por la legislación alemana en materia de seguridad social, si bien no disfrutaba de un régimen legal en materia de prestaciones de vejez en dicho Estado miembro.

54. A mi juicio, corrobora este análisis la sentencia de 12 de junio de 2012, Hudzinski y Wawrzyniak,<sup>35</sup> en la cual la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia no tuvo en cuenta el hecho de que la prestación controvertida no estuviera sujeta a condiciones de empleo o de seguro, interpretación esta que, en mi opinión, no ha sido modificada en la sentencia Franzen y otros.

55. En efecto, en primer lugar, las circunstancias que pone de manifiesto el Tribunal de Justicia en el apartado 64 de la sentencia Franzen y otros constituyen la prolongación del análisis iniciado en el apartado anterior, en el que indicó que concurrían las condiciones materiales de concesión de determinadas prestaciones en aplicación de la legislación neerlandesa y que la concesión de tales prestaciones no daría lugar a una acumulación de prestaciones.

56. En segundo lugar, ha de observarse que de la conclusión alcanzada por el Tribunal de Justicia en el apartado 65 de la sentencia Franzen y otros (según la cual, de forma análoga a la sentencia Bosmann, el artículo 13 del Reglamento n.º 1408/71 no se opone a la concesión de tales prestaciones por el Estado miembro de residencia) se desprende implícita, pero necesariamente, que la excepción al principio de unicidad reconocida en esta última sentencia no está sujeta al hecho de que el Estado miembro de residencia no supedita la concesión de derechos de prestación social a determinadas condiciones de empleo o de seguro.

57. Sin embargo, de estas sentencias se desprende que dicha facultad del Estado miembro de residencia solo existe en la medida en que la concesión de la prestación en cuestión tenga su origen en la legislación de dicho Estado y en que el trabajador cumpla las condiciones necesarias a tal efecto, siempre y cuando estas condiciones sean proporcionadas a la situación de dicho trabajador y no sean más estrictas que las condiciones aplicables a otros beneficiarios de esta prestación.

58. A este respecto, cabe observar que, en el apartado 64 de la sentencia Franzen y otros, el Tribunal de Justicia subrayó que, en la vista celebrada en el marco de dicho asunto, se había afirmado que la condición de residencia bastaba para estar afiliado al régimen legal del seguro de vejez neerlandés. Por otro lado, de los apartados 63 y 64 de dicha sentencia se desprende que el Tribunal de Justicia consideró que la afiliación era una condición de concesión de las prestaciones de vejez. En cambio, el Gobierno neerlandés señaló durante la vista en los presentes asuntos que, si bien la condición de residencia es, en efecto, suficiente para disfrutar de la afiliación al régimen legal del seguro de vejez neerlandés, es necesario haber cotizado para obtener prestaciones de vejez. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente determinar cuáles eran, en el período en cuestión, las condiciones de concesión de prestaciones de vejez.

59. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente debe tomar en consideración que, como se señala en el punto 18 de las presentes conclusiones, al parecer, el propio Estado paga las cotizaciones al régimen de seguridad social de los residentes en los Países Bajos que están desempleados.

60. Por consiguiente, considero que el artículo 13 del Reglamento n.º 1408/71 no se opone a que se reconozca a una persona, considerada como asegurada en su Estado miembro de residencia en virtud de disposiciones nacionales, un derecho a recibir prestaciones de vejez respecto de un período durante el cual dicha persona trabajó en otro Estado miembro. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar que la concesión de la prestación controvertida se deriva de la legislación de dicho Estado miembro y que el trabajador reúne las condiciones necesarias a tal efecto.

<sup>35</sup> C-611/10 y C-612/10, EU:C:2012:339.

### III. Conclusión

61. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos):

- «1) Los artículos 45 TFUE y 48 TFUE se oponen a la aplicación de las disposiciones del Derecho nacional de un Estado miembro en virtud de las cuales un trabajador migrante que reside en dicho Estado miembro, sujeto a la legislación en materia de seguridad social del Estado miembro de empleo con arreglo al artículo 13 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, no está afiliado a los seguros sociales y, por consiguiente, no tiene derecho a una pensión de vejez ni a prestaciones familiares, aun cuando el Derecho aplicable del Estado miembro de empleo no le confiera el derecho a obtener prestaciones familiares distintas de la protección, durante sus períodos de empleo, contra los accidentes de trabajo.
- 2) El artículo 13 del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, en su versión modificada por el Reglamento n.º 1992/2006, no se opone a que se reconozca a una persona, considerada como asegurada en su Estado miembro de residencia en virtud de disposiciones nacionales, un derecho a recibir prestaciones de vejez respecto de un período durante el cual dicha persona trabajó en otro Estado miembro. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar que la concesión de la prestación controvertida se deriva de la legislación de dicho Estado miembro y que el trabajador reúne las condiciones necesarias a tal efecto.»