

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Octava)

de 10 de marzo de 2011 *

En el asunto C-516/09,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberster Gerichtshof (Austria), mediante resolución de 24 de noviembre de 2009, recibida en el Tribunal de Justicia el 11 de diciembre de 2009, en el procedimiento entre

Tanja Borger

y

Tiroler Gebietskrankenkasse,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Octava),

integrado por el Sr. K. Schiemann (Ponente), Presidente de Sala, y la Sra. A. Prechal y el Sr. E. Jarašiūnas, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Mengozzi;
Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

* Lengua de procedimiento: alemán.

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de la Sra. Borger, por los Sres. H. Burmann, P. Wallnöfer y R. Bacher, Rechtsanwälte;
- en nombre del Gobierno austriaco, por la Sra. C. Pesendorfer, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. V. Kreuzschitz y M. Van Hoof, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del concepto de «trabajador por cuenta ajena», en el sentido del artículo 1, letra a), del Reglamento (CEE) n° 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 (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98), en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1), modificado a su vez por el Reglamento (CE) n° 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998 (DO L 209, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento n° 1408/71»).

- 2 Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre la Sra. Borger y la Tiroler Gebietskrankenkasse en relación con la negativa de esta última a concederle la prestación por cuidado de hijos durante los seis meses adicionales de excedencia sin sueldo a que se acogió al finalizar el período legal de dos años tras el nacimiento de su hijo.

Marco jurídico

Normativa de la Unión

- 3 El artículo 1 del Reglamento n° 1408/71 establece que, para los fines de aplicación de éste:

«[...]

- a) las expresiones “trabajador por cuenta ajena” y “trabajador por cuenta propia” designan respectivamente a toda persona:

- i) [...] que esté asegurada en virtud de un seguro obligatorio o facultativo continuado contra una o varias contingencias correspondientes a las ramas de un régimen de seguridad social para trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, o de un régimen especial de funcionarios;

- ii) que esté asegurada con carácter obligatorio contra una o varias contingencias correspondientes a las ramas a las cuales se aplica el presente Reglamento, en el marco de un régimen de seguridad social que sea de aplicación a todos los residentes o al conjunto de la población activa:
 - cuando las formas de gestión o de financiación de este régimen permitan identificarla como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia,

 - o

 - cuando, a falta de tales criterios, esté asegurada en virtud de un seguro obligatorio o facultativo continuado contra alguna otra contingencia especificada en el Anexo I, en el marco de un régimen aplicable a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia o de un régimen mencionado en el inciso iii) o, a falta de un régimen semejante en el Estado miembro afectado, cuando responda a la definición dada en el Anexo I;

- iii) que esté asegurada con carácter obligatorio contra varias contingencias correspondientes a las ramas a las cuales se aplica el presente Reglamento, en el marco de un régimen de seguridad social aplicable de manera uniforme al conjunto de la población rural, según los criterios fijados en el Anexo I;

iv) que esté asegurada con carácter voluntario contra una o varias contingencias correspondientes a las ramas a las cuales se aplica el presente Reglamento, en el marco de un régimen de seguridad social de un Estado miembro aplicable a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, o [a] todos los residentes, o [a] ciertas categorías de residentes:

— si ejerce una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia,

o

— si anteriormente ha estado asegurada con carácter obligatorio contra la misma contingencia en el marco de un régimen aplicable a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia del mismo Estado miembro;

[...].»

4 El Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 (DO 2002, L 114, p. 6), establece en el artículo 1 de su anexo II, sobre la coordinación de los regímenes de seguridad social:

«1. Las partes contratantes acuerdan aplicar entre ellas, en el ámbito de la coordinación de los regímenes de seguridad social, los actos comunitarios a los que se hace referencia, tal como estaban vigentes el día de la firma del Acuerdo y conforme a las modificaciones introducidas en la sección A del presente anexo, o normas equivalentes.

2. El término “Estado(s) miembro(s)” que figura en los actos a los que se hace referencia en la sección A del presente Anexo deberá aplicarse, además de a los Estados cubiertos por los actos comunitarios en cuestión, a Suiza.»

- 5 La sección A de dicho anexo hace referencia, en particular, al Reglamento nº 1408/71.

Normativa nacional

- 6 En virtud del artículo 15, apartado 1, de la Ley austriaca de protección de la maternidad de 1979 (Mutterschutzgesetz 1979, BGBl. 221/1979), se debe conceder a la trabajadora por cuenta ajena, a petición de ésta, una excedencia sin sueldo hasta que su hijo cumpla dos años, si éste vive en el hogar de la trabajadora.
- 7 El artículo 15, apartado 3, de esa misma Ley establece que la excedencia sin sueldo se puede prorrogar de común acuerdo más allá de ese período. Dicha excedencia tiene como efecto el mantenimiento de la relación laboral efectiva, pero conlleva, durante el período que dure dicha excedencia, la suspensión de las obligaciones principales derivadas del Derecho del trabajo.
- 8 En virtud de la Ley austriaca sobre la prestación por cuidado de hijos (Kinderbetreuungsgeldgesetz), un progenitor tiene derecho a una prestación por cuidado de hijos si, en particular, dicho progenitor y el menor viven en territorio austriaco. Si sólo uno de los progenitores recibe la prestación por cuidado de hijos, ésta se seguirá pagando como máximo hasta que el menor cumpla treinta meses.

- 9 Conforme al artículo 4, apartado 1, punto 1, de la Ley general austriaca de seguridad social (Österreichische Allgemeine Sozialversicherungsgesetz; en lo sucesivo, «ASVG»), los trabajadores empleados por uno o varios empresarios están afiliados al seguro de enfermedad, de accidentes y de pensiones (cobertura plena).

- 10 En los artículos 7 y 8 de la ASVG se enumeran grupos de personas que sólo están afiliadas a una o dos ramas de la seguridad social. Así, según el artículo 8, apartado 1, punto 2, de la ASVG, están parcialmente afiliadas al seguro de pensiones las personas que se ocupan efectiva y principalmente del cuidado de sus hijos en el territorio nacional durante los cuarenta y ocho meses naturales posteriores al nacimiento si estaban por último afiliadas al seguro de pensiones con arreglo a dicha Ley, o no lo estaban todavía.

- 11 El órgano jurisdiccional remitente precisa que, con el fin de evitar cualquier discriminación, el requisito de que se críe al hijo en territorio nacional se cumple también si se le cría en Suiza.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 12 Tras el nacimiento de su hijo el 7 de enero de 2006, la Sra. Borger, nacional austriaca residente en Austria, se acogió, hasta el 7 de enero de 2008, a una excedencia sin sueldo. A continuación, de común acuerdo con su empresario, prorrogó seis meses dicha excedencia, es decir, hasta el 6 de julio de 2008.

- 13 En marzo de 2007, la Sra. Borger se trasladó con su hijo a Suiza, donde su marido desempeñaba una actividad profesional desde 2006.
- 14 Durante el período comprendido entre el 5 de marzo de 2006 y el 28 de febrero de 2007, la Tiroler Gebietskrankenkasse abonó a la Sra. Borger una prestación por cuidado de hijos y, entre el 1 de marzo de 2007 y el 6 de enero de 2008, un pago compensatorio. Sin embargo, se denegó la solicitud de la Sra. Borger de que se le abonase la prestación por cuidado de hijos y se mantuviese la cobertura de la seguridad social durante seis meses más.
- 15 Mediante resolución de 18 de enero de 2008, la Tiroler Gebietskrankenkasse revocó, con efectos a partir del 7 de enero de 2008, el derecho a percibir el pago compensatorio de la prestación por cuidado de hijos, debido a que la Sra. Borger no mantenía un vínculo laboral efectivo en Austria, de modo que la competencia para el pago de prestaciones familiares correspondía a la Confederación suiza, donde trabajaba el marido de la Sra. Borges y donde residían todos los miembros de la familia.
- 16 El órgano jurisdiccional remitente señala que, según afirma la Tiroler Gebietskrankenkasse, la relación laboral de la Sra. Borger con el empresario austriaco finalizó inmediatamente después de transcurridos los seis meses adicionales de excedencia sin sueldo.
- 17 En su demanda de 15 de febrero de 2008, la Sra. Borger sostuvo que la Tiroler Gebietskrankenkasse estaba obligada a abonarle, por el período comprendido entre el 7 de enero y el 6 de julio de 2008, un pago compensatorio de la prestación por cuidado de hijos. Expone que, aunque durante ese período disfrutó de una excedencia sin sueldo, se debería haber considerado que seguía manteniendo un vínculo laboral efectivo y que era, por tanto, trabajadora, en el sentido del Reglamento n° 1408/71. Destaca que, durante todo el tiempo que estuvo dedicada al cuidado de su hijo, estuvo parcialmente afiliada al seguro de pensiones austriaco.

- 18 El órgano jurisdiccional de primera instancia estimó la demanda de la Sra. Borger y condenó a la Tiroler Gebietskrankenkasse a abonarle la prestación por cuidado de hijos por el período comprendido entre el 7 de enero y el 6 de julio de 2008.
- 19 El órgano jurisdiccional de apelación desestimó el recurso de apelación interpuesto por la Tiroler Gebietskrankenkasse. Consideró que una persona que se dedica al cuidado de su hijo durante los primeros cuarenta y ocho meses de vida de éste está parcialmente afiliada al seguro obligatorio de pensiones. Estimó que, debido a dicha afiliación parcial, correspondía a la República de Austria pagar las prestaciones familiares, con independencia de que después del período legal de excedencia sin sueldo existiese aún relación laboral.
- 20 La Tiroler Gebietskrankenkasse interpuso un recurso extraordinario de casación contra dicha resolución, reiterando el argumento de que, entre el 7 de enero y el 6 de julio de 2008, no se podía considerar trabajadora empleada en Austria a la Sra. Borger. Sostiene ante el órgano jurisdiccional remitente que la Sra. Borger solicitó una excedencia adicional sin sueldo, una vez concluido el período legal, con la única finalidad de percibir prestaciones familiares. Alega, además, que el seguro parcial de pensiones no se encuadra en un régimen de seguridad social para trabajadores y que no se puede reconocer la condición de trabajador a una persona que se ocupa del cuidado de su hijo sin que exista relación laboral alguna.
- 21 Por su parte, la Sra. Borger alega que la condición de «trabajador», en el sentido del Reglamento n° 1408/71, depende únicamente de la afiliación a una rama de la seguridad social, en su caso al seguro de pensiones o, incluso, al seguro de enfermedad asociado a las prestaciones por maternidad.

- 22 En la resolución de remisión, el Oberster Gerichtshof alude a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala, C-85/96, Rec. p. I-2691; de 4 de mayo de 1999, Sürül, C-262/96, Rec. p. I-2685, y de 7 de junio de 2005, Dodl y Oberhollenzer, C-543/03, Rec. p. I-5049), de la que se desprende, a su juicio, que para que una persona pueda ser considerada trabajador, en el sentido del Reglamento n° 1408/71, el criterio decisivo es la afiliación a un régimen de seguridad social para trabajadores, siendo irrelevante el ejercicio de una actividad profesional, y que una mera excedencia sin sueldo de duración determinada no puede hacer perder a una persona su condición de «trabajador», en el sentido del Reglamento n° 1408/71.
- 23 Según el Oberster Gerichtshof, ciertos datos abogan en favor de la tesis de que la afiliación parcial al seguro de pensiones –establecida, en lo que atañe a una persona en la situación de la Sra. Borges, en el artículo 8, apartado 1, punto 2, letra g), de la ASVG– no constituye una afiliación a un régimen de seguridad social, en el sentido del Reglamento n° 1408/71. Señala, efectivamente, que dicha afiliación parcial se produce con independencia de que exista o no una actividad profesional anterior o actual, por cuenta propia o por cuenta ajena.
- 24 En estas circunstancias el Oberster Gerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 1, letra a), del Reglamento [...] n° 1408/71 en el sentido de que también se aplica –durante un período de seis meses– a una persona que, una vez finalizada la excedencia sin sueldo de dos años desde el nacimiento de su hijo prevista legalmente, acuerda con su empresario una prórroga de la excedencia sin sueldo por seis meses más con la finalidad de agotar el plazo legal máximo de percepción de una prestación por cuidado de hijos o del correspondiente pago compensatorio, y posteriormente pone fin al contrato de trabajo?

- 2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿debe interpretarse el artículo 1, letra a), del Reglamento [...] n° 1408/71 en el sentido de que también se aplica –durante un período de seis meses– a una persona que, una vez finalizada la excedencia sin sueldo de dos años prevista legalmente, acuerda con su empresario una prórroga de la excedencia sin sueldo por seis meses más, si percibe durante ese tiempo una prestación por cuidado de hijos o el correspondiente pago compensatorio?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

- ²⁵ Mediante sus cuestiones, el órgano jurisdiccional remitente pide fundamentalmente que se dilucide si debe reconocerse la condición de «trabajador por cuenta ajena», en el sentido del artículo 1, letra a), del Reglamento n° 1408/71, a una persona que se halla en la situación de la Sra. Borger durante los seis meses de prórroga de la excedencia sin sueldo a la que se acogió después del nacimiento de su hijo.
- ²⁶ Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una persona tiene la condición de «trabajador», en el sentido del Reglamento n° 1408/71, por estar asegurada, aunque sea contra una única contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo, en el marco de un régimen general o especial de seguridad social mencionado en el artículo 1, letra a), de dicho Reglamento, y ello con independencia de la existencia de una relación laboral (sentencia Dodl y Oberhollenzer, antes citada, apartado 34).
- ²⁷ No obstante, el órgano jurisdiccional remitente señala, en primer lugar, que a la Sra. Borger se le aplica un régimen de seguridad social con independencia de que exista una actividad profesional anterior o actual. En segundo lugar, parece ser que la Sra. Borger prorrogó deliberadamente la excedencia sin sueldo, de común acuerdo con su empresario, con el único objetivo de poder continuar percibiendo la prestación por cuidado de hijos. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente se

pregunta si la afiliación de la Sra. Borger al régimen del seguro de pensiones en Austria es realmente pertinente, puesto que, en el supuesto de que el pago de la pensión de jubilación de la Sra. Berger sea competencia de su Estado de residencia –en el caso de autos la Confederación suiza–, existe el riesgo de que no se compute nunca en el régimen austriaco de seguridad social el período dedicado al cuidado del menor que fundamenta la afiliación parcial de la Sra. Borges a dicho régimen.

- 28 En cuanto al primero de estos elementos, basta recordar que de la sentencia Dodl y Oberhollenzer, antes citada, se desprende que, por lo que respecta al ámbito de aplicación personal del Reglamento n° 1408/71, es irrelevante la existencia de una relación laboral, porque la circunstancia decisiva a estos efectos es el hecho de que una persona esté asegurada, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo, contra una o varias contingencias en el marco de un régimen general o especial de seguridad social mencionado en el artículo 1, letra a), de dicho Reglamento (sentencia Dodl y Oberhollenzer, antes citada, apartado 31).
- 29 Respecto al segundo elemento señalado por el órgano jurisdiccional remitente, cabe afirmar que los motivos personales para prorrogar una excedencia sin sueldo son irrelevantes, puesto que la condición de trabajador por cuenta ajena, en el sentido del artículo 1, letra a), del Reglamento n° 1408/71, depende de un criterio objetivo, en concreto, del hecho de estar asegurado, aunque sea contra una única contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo, en un régimen general o especial de seguridad social mencionado en dicha disposición.
- 30 Por último, respecto al hecho de que, en el momento en que se haga uso efectivamente del derecho a percibir la pensión de jubilación, los períodos de afiliación al régimen del seguro de pensiones en Austria no puedan computarse en ese Estado sino en Suiza, cabe señalar que, como ha afirmado la Comisión Europea en sus observaciones escritas, esta circunstancia no se opone al reconocimiento de la condición de trabajador. En efecto, la posibilidad de quedar comprendido en el ámbito de aplicación personal del Reglamento n° 1408/71 no depende de que se produzca el riesgo cubierto –y, por tanto, de la cuestión de en cuál de los dos Estados se computarán dichos períodos en

el momento en que eventualmente se acceda a la jubilación—, sino del hecho de estar asegurado efectivamente, aunque sea contra una única contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo, en un régimen general o especial de seguridad social mencionado en el artículo 1, letra a), de dicho Reglamento.

- 31 Por tanto, los tres elementos señalados por el órgano jurisdiccional remitente no permiten excluir, como tales, la condición de «trabajador», en el sentido del Reglamento n° 1408/71.
- 32 En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente indica que, conforme al artículo 8, apartado 1, punto 2, de la ASVG, están parcialmente afiliadas al seguro de pensiones las personas que se ocupan efectiva y principalmente del cuidado de sus hijos en el territorio nacional durante los cuarenta y ocho meses naturales posteriores al nacimiento. En cualquier caso, corresponde a dicho órgano jurisdiccional llevar a cabo las comprobaciones necesarias con el fin de asegurar que, en el ordenamiento jurídico austriaco, una persona que disfruta de una prórroga de una excedencia sin sueldo como la controvertida en el litigio principal, permanece afiliada a dicho régimen del seguro de pensiones y que dicha afiliación permite considerar que esa persona está asegurada, aunque sea contra una única contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo, en un régimen general o especial de seguridad social mencionado en el artículo 1, letra a), del Reglamento n° 1408/71.
- 33 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones planteadas que debe reconocerse la condición de «trabajador por cuenta ajena», en el sentido del artículo 1, letra a), del Reglamento n° 1408/71, a una persona que se halla en la situación de la demandante en el litigio principal durante los seis meses de prórroga de la excedencia sin sueldo a la que se acogió después del nacimiento de su hijo, a condición de que, durante ese período, esa persona esté asegurada, aunque sea contra una única contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo, en un régimen general o especial de seguridad social mencionado en el artículo 1, letra a), del Reglamento. n° 1408/71. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si este requisito se cumple en el litigio del que conoce.

Costas

- ³⁴ Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Octava) declara:

Debe reconocerse la condición de «trabajador por cuenta ajena», en el sentido de artículo 1, letra a), del Reglamento (CEE) n° 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° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificado a su vez por el Reglamento (CE) n° 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998, a una persona que se halla en la situación de la demandante en el litigio principal durante los seis meses de prórroga de la excedencia sin sueldo a la que se acogió después del nacimiento de su hijo, a condición de que, durante ese período, esa persona esté asegurada, aunque sea contra una única contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo, en un régimen general o especial de seguridad social mencionado en el artículo 1, letra a), de dicho Reglamento. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si este requisito se cumple en el litigio del que conoce.

Firmas