CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. WALTER VAN GERVEN

presentadas el 28 de abril de 1993 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. En el presente asunto, el Bundessozialgericht plantea al Tribunal de Justicia si la prohibición comunitaria de discriminación a causa de la nacionalidad exige que un Estado miembro, que haya celebrado un convenio bilateral de Seguridad Social con un país tercero, extienda las ventajas de las que disfrutan sus propios ciudadanos en virtud de las disposiciones de dicho convenio a los ciudadanos de todos los demás Estados miembros desde el momento en que ejerzan una actividad profesional en el territorio del Estado miembro interesado y estén en él sujetos a un régimen de Seguridad Social. Más en concreto, se trata de saber si el principio de igualdad de trato, que recogen los artículos 7 y 48 del Tratado CEE, así como en el artículo 3 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, [1] tiene dicho alcance.

Antecedentes del litigio

2. La Sra. María Grana-Novoa es de nacionalidad española. En su país nunca desempeñó actividad alguna sujeta al seguro obligatorio. Desde diciembre de 1970 hasta junio de 1975 ejerció en Suiza una actividad sujeta al seguro obligatorio. En noviembre de 1976 se trasladó a la República Federal de Alemania; y ejerció allí, desde febrero de 1979 hasta octubre de 1982 (en total, durante cuarenta y cuatro meses) actividades sujetas al seguro obligatorio. Posteriormente, sufrió una incapacitación para el trabajo. Después de comprobación médica de que padecía una forma de encéfalomielitis diseminada, localizada principalmente en el cerebro, presentó, el 10 de agosto de 1983, a la Landesversicherungsanstalt Hessen (en lo sucesivo, «LVA Hessen») una petición de que se le concediera una pensión de invalidez. La LVA Hessen denegó la petición mediante decisión de 11 de noviembre de 1983, con el fundamento de que la Sra. Grana-Novoa sufría ciertamente una incapacidad para el trabajo desde el 25 de agosto de 1983, pero que no había cumplido todavía el período de carencia. En efecto, la legislación alemana de Seguridad Social (en particular, el artículo 1247 de la Reichsversicherungsordnung) hace depender la concesión de una pensión por incapacidad para el trabajo del cumplimiento por parte del asegurado de un período de carencia que se eleva a sesenta meses de seguro antes de que se produzca la incapacidad o a doscientos cuarenta meses de seguro antes de presentar la petición de pensión.

La Sra. Grana-Novoa interpuso un recurso contra esta decisión que fue desestimado el 18 de marzo de 1985 por el Sozialgericht de Frankfurt. El Hessische Landessozialgericht desestimó, mediante sentencia de 17 de marzo de 1989, la apelación formulada por la Sra. Grana-Novoa. El 7 de junio de 1989, la demandante interpuso un recurso de casación [«Revision» alemana] contra dicha sentencia ante el Bundessozialgericht. Alegó en particular una infracción de un Convenio bilateral de Seguridad Social entre España y

* Lengua original: neerlandés.

1 — Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Para las necesidades del presente asunto, conviene referirse a la versión codificada de 1983, DO L 230, p. 6; EE 05/03, p. 53; mientras tanto, una versión consolidada más reciente ha sido publicada en el DO 1992, C 325, p. 1.

Suiza. En virtud del artículo 9 de dicho Convenio, Suiza está obligada a conceder la igualdad de trato a los ciudadanos suizos y españoles en lo que se refiere al cálculo de los períodos de carencia y, por lo tanto, a reconocer los períodos de seguro de la demandante. La Sra. Grana-Novoa invocó además el Convenio de 4 de diciembre de 1973 sobre la Seguridad Social entre la República Federal de Alemania y el Estado Español. [2] Este Convenio le da el derecho a ser asimilada a un ciudadano alemán para la aplicación del Convenio de 25 de febrero de 1964 sobre la Seguridad Social entre la República Federal de Alemania y la Confederación Helvética. [3] Ello le permitiría acumular los períodos de seguro cubiertos en Suiza y en Alemania y, de este modo, cumplir el requisito relativo al período de carencia establecido por el Derecho alemán.

Mediante una sentencia que resuelve sobre parte de las pretensiones, de 28 de agosto de 1991, el Bundessozialgericht desestimó el recurso de casación [«Revision» alemana] de la Sra. Grana-Novoa en lo que se refiere al período anterior al 31 de diciembre de 1985. [4] Por el contrario, para el período posterior al 1 de enero de 1986, fecha de adhesión de España a las Comunidades Europeas, decidió suspender el procedimiento a la espera de la respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales planteadas.

3. Antes de examinar dichas cuestiones, indicaré rápidamente las disposiciones aplicables del Derecho convencional internacional. El *Convenio entre Alemania y Suiza* de 25 de febrero de 1964, antes citado, (en lo sucesivo, «Convenio»), completado por un Convenio de 9 de septiembre de 1975, [5] establece en particular que, para tener derecho a las prestaciones de Seguridad Social con arreglo a la normativa alemana, procede tener en cuenta también los períodos de seguro cubiertos según el Derecho suizo, cuando los períodos de seguro que deban considerarse conforme al Derecho alemán se eleven, por lo menos, a doce meses.

Con arreglo al artículo 3 del Convenio, este derecho a la totalización de los períodos de seguro sólo se concede a los ciudadanos alemanes y suizos.

Por otra parte, según el apartado 1 del artículo 4 del *Convenio entre Alemania y España*, antes citado, se establece la igualdad de trato de los ciudadanos de ambos Estados contratantes. No obstante, el Bundessozialgericht destaca en su resolución de remisión que esta disposición no permite tener en cuenta también los períodos de seguro cubiertos en Suiza, porque ello está prohibido por la *cláusula de salvaguardia* que recoge el nº 2 del Protocolo final del Convenio. Dicha cláusula dice textualmente:

«Si, además de cumplirse los requisitos a los que se supedita la aplicación de este Convenio se cumplen también los requisitos de los que depende la aplicación de otro Convenio o de una normativa supranacional, la institución alemana no tendrá en cuenta al aplicar el presente Convenio el otro convenio o la normativa supranacional, salvo que éstos establezcan otra cosa.»

Según el Bundessozialgericht, se sigue de esta cláusula, que, en caso de aplicación del Con-

2 — BGBl. 1977, II, pp. 687 y ss., especialmente p. 722.

3 — BGBl. 1965, II, p. 1294.

4 — A este respecto, véase la motivación recogida en el informe para la vista, apartado 7.

5 — BGBl. 1976, II, p. 1372.

venio, no se puede tener en cuenta la norma contenida en el Convenio germano-español, a menos que éste «establezca otra cosa».

4. El Bundessozialgericht estima, no obstante, que no hay que descartar que el principio de igualdad de trato consagrado por el Derecho comunitario, especialmente por el artículo 7 del Tratado CEE y el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento nº 1408/71, impida la aplicación de la mencionada cláusula de salvaguardia. A este respecto, plantea al Tribunal de Justicia las dos cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) El apartado 1 del artículo 3 y la letra j) del artículo 1 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, ¿deben interpretarse en el sentido de que el concepto de "legislación" contemplado en el apartado 1 del artículo 3 engloba también las disposiciones de los convenios internacionales celebrados entre un Estado miembro y un país tercero que, con carácter de ley, han llegado a ser parte integrante del orden jurídico interno de dicho Estado miembro?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: El artículo 7 del Tratado CEE y el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, ¿deben interpretarse en el sentido de que no permiten a un Estado miembro prever en un convenio celebrado con un país tercero que las disposiciones supranacionales no se tendrán en cuenta en caso de aplicación de dicho convenio si, por efecto de semejante cláusula, la totalización de los períodos de seguro cubiertos bajo el régimen de Seguridad Social nacional y bajo el del tercer país, que se requiere de conformidad con el Derecho nacional de dicho Estado miembro en caso de aplicación del convenio a sus ciudadanos, queda excluida para los ciudadanos de otros Estados miembros de la Comunidad Europea?»

Un convenio bilateral celebrado por un Estado miembro con un país tercero, ¿forma parte de la «legislación» a los efectos del apartado 1 del artículo 3 del Reglamento nº 1408/71?

5. La primera cuestión del Bundessozialgericht pretende saber si un Convenio celebrado por un Estado miembro con un país tercero, que se haya convertido con carácter de Ley en parte integrante del Derecho nacional de dicho Estado miembro, está incluido efectivamente en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1408/71 y más en concreto del principio de igualdad de trato que contiene. Recuerdo que dicho principio está formulado en el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento en los términos siguientes:

«Las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento.»

A los efectos de la aplicación del Reglamento, el término *legislación* está definido en la letra j) del artículo 1 que designa:

«Las leyes, los reglamentos, las disposiciones estatutarias y cualesquiera otras medidas de aplicación existentes o futuras, que se refieren a las ramas y regímenes de Seguridad Social mencionados en los apartado 1 y 2 del artículo 4 o las prestaciones especiales de carácter no contributivo contempladas en el apartado 2 *bis* del artículo 4.»

6. En el ámbito de esta primera cuestión prejudicial, dos tesis se oponen diametralmente ante el Tribunal de Justicia: la de la LVA Hessen y de los Gobiernos alemán y británico, a la que se adhirió el Gobierno neerlandés en la vista, que entienden necesario dar una respuesta negativa, y la de la Sra. Grana-Novoa, de los Gobiernos italiano y portugués y de la Comisión, para los que la respuesta debe ser afirmativa.

Quiero, en primer lugar, anunciar cuál es mi postura. Igual que los primeros intervinientes, opino que es menester responder negativamente a la cuestión planteada. Además, deseo observar de antemano que la exigencia según la cual, en algunos Estados miembros, [6] un convenio debe ser ratificado en forma de Ley nacional para producir efectos jurídicos en Derecho interno, no es aplicable, a mi parecer, a la respuesta de esta cuestión. Este dato está vinculado con lo que se ha venido a llamar visión dualista o monista que tenga un *Estado* de la relación existente entre el ordenamiento jurídico interno y el Derecho internacional. Por lo tanto, no puede influir en la interpretación que efectúe el Tribunal de Justicia de un concepto de *Derecho comunitario*, interpretación ésta que debe ser válida de modo uniforme cualquiera que sea el concepto relativo al efecto de las normas internacionales que prevalezca en un Estado miembro. [7]

Las razones por las cuales un convenio bilateral entre un Estado miembro y un país tercero no está comprendido en la «legislación» a los efectos de las disposiciones del apartado 1 del artículo 3 en relación con las de la letra j) del artículo 1 del Reglamento nº 1408/71, se encuentran en el tenor literal y en la sistemática del Reglamento, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y en la propia índole de un convenio bilateral de este tipo.

7. En el *texto* del Reglamento nº 1408/71, destacamos de inmediato, en las definiciones que da al principio, la distinción que efectúa entre el concepto de «legislación», por una parte, [letra j) del artículo 1; véase *supra* apartado 5] y el concepto de «convenio de Seguridad Social», por otra. Según la letra k) del artículo 1, estos términos designan:

«[...] todo instrumento bilateral o multilateral que vincule o pueda vincular exclusivamente a dos o varios Estados miembros, así como todo instrumento multilateral que vincule o pueda vincular al menos a dos Estados miembros y a uno o varios otros Estados en el campo de la Seguridad Social, para el conjunto o parte de las ramas y regímenes mencionados en los apartados 1 y 2 del artículo 4, así como los acuerdos de cualquier naturaleza concluidos en el marco de dichos instrumentos.»

6 — Entre ellos figura igualmente, según la resolución de remisión, la República Federal de Alemania, al menos en lo que respecta a los Convenios internacionales que regulan determinados derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social.

7 — Respecto a los problemas a los que puede dar lugar un sistema dualista en lo que atañe a los posibles conflictos de leyes y a la aplicación del principio «*lex posterior derogat legi priori*», véase en particular Kapteyn, P.J.G., y VerLoren van Themaat, P.: *Introduction to the law of the European Communities*, L. W. Gormley (ed.), Deventer, Kluwer Law & Taxation, 1988, pp. 40 y 41 y, más bien orientado hacia el contexto alemán, Kimminich, O.: *Einführung in das Völkerrecht*, München, Saur, 1987, p. 265 y ss. Véanse igualmente las observaciones de M. Waelbroeck relativas a la cuestión «Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade Agreements: A reply», *Eur. L. Rev.*, 1978, pp. 27 a 29.

Según este texto, por más que el legislador comunitario haya prestado una atención especial a los convenios bilaterales o multilaterales de Seguridad Social, como conceptos distintos del de «legislación», no ha mencionado los convenios bilaterales celebrados por un solo Estado miembro con un país tercero. El texto se refiere únicamente a los convenios bilaterales entre Estados miembros y a los convenios multilaterales entre, al menos, dos Estados miembros y uno o varios países terceros.

8. La razón de esta definición limitada del concepto de «convenio de Seguridad Social» aparece claramente cuando se la relaciona con el *sistema* establecido por el Reglamento nº 1408/71 respecto a dichos convenios en el apartado 3 del artículo 3 y en los artículos 6, 7 y 8.

En sus grandes líneas, este sistema se reduce a lo siguiente. El artículo 6 enuncia la norma general: el Reglamento nº 1408/71 sustituye a cualquier convenio de Seguridad Social que vincule sea exclusivamente a dos o a varios Estados miembros, sea al menos a dos Estados miembros y a uno o a varios otros Estados, siempre que —en esta última hipótesis, examinada en la letra b) de dicho artículo— se trate de casos en cuya resolución no haya de intervenir ninguna institución de dichos países. [8] Sin embargo, el artículo 7 introduce una excepción limitada a dicha norma para determinadas disposiciones internacionales *existentes*, entre las que figuran las disposiciones de convenios de Seguridad Social mencionados en el Anexo III del Reglamento [letra c) del apartado 2 del artículo 7]. Con respecto a la celebración de *nuevos* convenios por dos o varios Estados miembros entre ellos, el apartado 1 del artículo 8 admite que los Estados miembros puedan celebrar dichos convenios siempre que estén «en los principios y el espíritu del presente Reglamento».

Respecto a la categoría de convenios bilaterales de Seguridad Social *existentes* entre Estados miembros, a los que no sustituye el Reglamento nº 1408/71 en virtud de la excepción de la letra c) del apartado 2 de su artículo 7, antes citada, (así como a la categoría de nuevos convenios celebrados de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 8), el apartado 3 del artículo 3 establece que el principio de igualdad de trato también se aplicará a dichos convenios «a menos que se disponga otra cosa en el Anexo III».

Si se examina el Anexo III más detalladamente, es forzoso reconocer que en él se trata *únicamente*, de un determinado número de disposiciones de convenios bilaterales de Seguridad Social, celebrados por los *Estados miembros entre ellos* «que siguen siendo aplicables no obstante el artículo 6 del Reglamento» (lista que figura en A), en otras palabras, que no son sustituidas por el Reglamento nº 1408/71, o «cuyo beneficio no se extiende a todas las personas a las que se aplica el Reglamento» (lista que figura en B), en otras palabras, a los que no se extiende el principio de igualdad de trato.

8 — En diversas ocasiones, el Tribunal de Justicia confirmó que este principio de sustitución tiene carácter imperativo y no admite excepción alguna fuera de los casos expresamente establecidos por el Reglamento. Véase (acerca de la disposición análoga del artículo 5 del Reglamento nº 3) la sentencia de 7 de junio de 1973, Walder (32/72, Rec. p. 599), apartados 6 y 7, y la sentencia de 7 de febrero de 1991, Rönfeldt (C-227/89, Rec. p. I-323), apartado 22.

9. Según este breve resumen, el Reglamento nº 1408/71 no regula la situación de los convenios bilaterales celebrados por *un solo* Estado miembro *con un país tercero* en el ámbito de la Seguridad Social ni en lo que atañe a la cuestión de si los sustituye o si continúan siendo aplicables, ni en lo que respecta a la aplicación del principio de igualdad de trato respecto a dichos convenios. En estas circunstancias, el legislador comunitario, ¿pudo haber tenido la intención de regular implícitamente el estatuto de dichos convenios bilaterales haciéndolos entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1408/71 e incluyéndolos en el concepto de «legislación» de la letra j) del artículo 1? Difícilmente puedo concebirlo.

Semejante interpretación del concepto de «legislación», que abarca también los convenios bilaterales celebrados entre un Estado miembro y un país tercero, implica en realidad que, en cuanto al Estado miembro interesado, el Reglamento nº 1408/71 sustituye al convenio bilateral sin ningún acuerdo con el país tercero. Además, dicha sustitución se realizaría sin la menor reserva, ni siquiera una excepción similar a la de la disposición de la letra b) del artículo 6 (véase el apartado 8 *supra)*, según la cual la aplicación del Reglamento nº 1408/71 sólo se impone para las disposiciones que pueden ponerse en práctica sin intervención de una institución del país tercero. Tal interpretación supondría también la aplicación sin reserva del principio de igualdad de trato a los convenios bilaterales entre un Estado miembro y un país tercero sin que exista entonces la posibilidad de establecer una excepción similar a la del apartado 3 del artículo 3 del Reglamento respecto a los convenios bilaterales entre Estados miembros, citados en el Anexo III.

10. La idea de que los convenios bilaterales celebrados entre un Estado miembro y un país tercero no están comprendidos en el concepto de «legislación» a los efectos de la letra j) del artículo 1 del Reglamento nº 1408/71, está confirmada además por la *jurisprudencia* del Tribunal de Justicia; en este contexto, me refiero en particular a las sentencias Ortskrankenkasse Hamburg, Kaucic y Borowitz.

En el asunto Ortskrankenkasse Hamburg, el Bundessozialgericht había preguntado especialmente al Tribunal de Justicia si la institución de Seguridad Social de un Estado miembro, en el caso de autos Alemania, debía tener en cuenta también, para que apareciera el derecho a determinadas prestaciones según el Reglamento nº 3 (es decir, el Reglamento anterior al Reglamento nº 1408/71), los períodos de seguro que estaba obligada a computar una institución de Seguridad Social de otro Estado miembro, en el caso de autos Italia, con arreglo a un Convenio de Seguridad Social que dicho Estado había celebrado con un país tercero (en el caso, Suiza). El Tribunal de Justicia subrayó que el artículo 16 del Reglamento nº 3 (que determinaba las normas relativas a la totalización para las prestaciones de enfermedad y de maternidad) sólo se refería a los períodos de seguro «cubiertos en virtud de la legislación de cada uno de los Estados miembros» y que la letra b) del artículo 1 del Reglamento [muy similar a la letra j) del artículo 1 del Reglamento nº 1408/71] sólo entendía por «legislación» «las leyes, los reglamentos y las disposiciones estatutarias, existentes o futuras, de cada Estado miembro, que se refieren a las ramas y regímenes de Seguridad Social». De ello el Tribunal de Justicia dedujo:

«Las instituciones de Seguridad Social de los Estados miembros no están obligadas a tener

en cuenta los períodos de seguro cubiertos en países terceros a efectos de reconocer el derecho a prestaciones de Seguridad Social.» [9]

El asunto Kaucic se refería a una pensión de invalidez que debía pagarse en Bélgica a los derechohabientes de un trabajador italiano fallecido que había trabajado en Italia, Bélgica y Austria y que había obtenido en este último país una pensión de invalidez calculada con arreglo a las disposiciones de un Convenio bilateral de Seguridad Social celebrado entre Italia y Austria. El Tribunal de Justicia confirmó que la aplicación de una norma nacional de no acumulación era compatible en dicha situación con los Reglamentos nºs 3 y 4 (entonces aplicables al caso de autos):

«Considerando que las disposiciones de los Reglamentos nos 3 y 4 relativas a la totalización de los períodos de seguro sólo se refieren a los períodos cubiertos con arreglo a la legislación de los Estados miembros;

que los períodos cubiertos en un Estado que no sea miembro, esté o no vinculado a uno o a varios de los Estados miembros interesados mediante un convenio de Seguridad Social, no son objeto de ninguna disposición de los Reglamentos comunitarios relativos a la coordinación, entre Estados miembros, de sus regímenes de Seguridad Social.» [10]

11. La idea de que el Derecho comunitario, en particular el Reglamento nº 1408/71, no obliga a los Estados miembros a tener en cuenta los períodos de seguros cubiertos en países terceros, sino que les *autoriza* a hacerlo voluntariamente o en virtud de un convenio bilateral celebrado por el Estado miembro de que se trate con el país tercero interesado, fue confirmada por la sentencia Borowitz. En dicha sentencia, el Bundessozialgericht había preguntado al Tribunal de Justicia si el Reglamento impedía a una institución de Seguridad Social alemana, cuando ésta debiera pronunciarse sobre el cómputo de los períodos de interrupción según la normativa alemana, asimilar a las cotizaciones obligatorias satisfechas en Alemania y a la afiliación al régimen de pensiones alemán (como debía hacerlo para las cotizaciones obligatorias satisfechas en otros Estados miembros y la afiliación al régimen de pensiones correspondiente de otros Estados miembros) las cotizaciones obligatorias y la afiliación al régimen de un país tercero, en el caso Polonia, con el que la República Federal de Alemania había celebrado un Convenio bilateral relativo a la asimilación recíproca de los períodos de seguro. El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que ninguna disposición del Reglamento nº 1408/71 excluye que la institución alemana asimile los períodos de seguro cubiertos bajo la legislación polaca a los períodos de seguro cubiertos bajo la legislación de su propio país. [11] Y añadió:

«Por el contrario, estos períodos cubiertos bajo la legislación de un tercer país no se convierten, por el mero hecho de que, de conformidad con un Convenio bilateral celebrado por la República Federal de Alemania, la institución alemana los haya computado, en períodos "cubiertos bajo las diversas

9 — Sentencia de 16 de noviembre de 1972 (16/72, Rec. p. 114), apartado 12.

10 — Sentencia de 10 de marzo de 1977 (75/76, Rec. p. 495), apartados 8 y 9.

11 — Sentencia de 5 de julio de 1988, Borowitz (21/87, Rec. p. 3715), apartado 25.

legislaciones de los Estados miembros", a los efectos del artículo 46 del Reglamento. Por consiguiente, ninguna disposición obliga a las instituciones de los restantes Estados miembros a tenerlos en cuenta, con vistas a computarlos según el artículo 46 y el cómputo de estos períodos por la institución alemana no supone, pues, ningún aumento de sus obligaciones.» [12]

El Tribunal de Justicia confirmó así, implícita pero ciertamente, el punto de vista adoptado por el Abogado General Sir Gordon Slynn en sus conclusiones en dicho asunto acerca de la interpretación del concepto «legislación» a los efectos de la letra j) del artículo 1 del Reglamento nº 1408/71. De acuerdo con las sentencias Ortskrankenkasse Hamburg y Kaucic, el Abogado General había puesto de manifiesto que:

«Por el contrario, si nos apartamos de la letra del texto, no me parece que este artículo haya querido convalidar los períodos cubiertos en un tercer Estado cotizaciones que se asimilan simplemente a períodos convalidados en el Estado miembro para el cálculo de una pensión según la legislación nacional, y no debería interpretarse en tal sentido. Aun cuando estos períodos cubiertos en un tercer Estado se tengan en cuenta para la determinación de las prestaciones nacionales, su totalización no puede modificar la distribución y por ende las obligaciones de otros Estados miembros.» [13]

12 — Sentencia Borowitz, apartado 26. En mi opinión, según esta parte de los fundamentos, el Estado miembro interesado que, en virtud del convenio bilateral y por lo tanto de una obligación consentida por él mismo, está obligado a tener en cuenta los períodos «terceros», no está más obligado que la de los demás Estados miembros a computar dichos períodos en virtud del Reglamento nº 1408/71.

13 — Rec. 1988, p. 3729.

12. Finalmente, la solución preconizada en dicho asunto se justifica también por el *carácter particular* de un convenio bilateral entre un Estado miembro y un país tercero. Un convenio de este tipo es la resultante de un proceso de negociación entre dos Estados, en el marco del cual los derechos y las obligaciones de las partes contratantes se fundan siempre en el principio de reciprocidad. Esto significa que dichos convenios se fundan en un equilibrio bien determinado, igualmente en el aspecto de sus consecuencias financieras. Alcanzar dicho equilibrio quedaría, sin duda alguna, seriamente obstaculizado y el margen de negociación de los Estados miembros y de los países terceros se reduciría en gran medida, si el Estado miembro de que se trate debiera presuponer que los derechos que estipula en beneficio de sus propios ciudadanos deben ser reconocidos también a todos los demás nacionales comunitarios. A este respecto, no sólo pienso en la situación de los convenios de Seguridad Social, sino igualmente en otros convenios bilaterales fundados en una forma de equilibrio (financiero) de prestaciones recíprocas, por ejemplo, los convenios relativos a la doble imposición.

13. A diferencia de lo que alegan el Gobierno italiano, el Gobierno portugués y la Comisión, creo que la jurisprudencia desarrollada en la línea de la sentencia Bozzone y de la sentencia Rönfeldt, más reciente, no puede proporcionar argumentos que vayan en contra de la postura antes adoptada.

Según la primera sentencia, es exacto que el Tribunal de Justicia ha desarrollado un con-

cepto amplio de «legislación» a los efectos de la letra j) del artículo 1 del Reglamento nº 1408/71. De este modo el Tribunal de Justicia ha reiterado desde la sentencia Bozzone:

«que esta definición se caracteriza por su contenido amplio, incluyendo todos los tipos de medidas legislativas, reglamentarias y administrativas adoptados por los Estados miembros y debe entenderse que se refiere al conjunto de las medidas nacionales aplicables en la materia». [14]

Sin embargo, ninguna de las sentencias en las que el Tribunal de Justicia hizo suyo este concepto amplio se refiere al caso de un convenio bilateral celebrado entre un Estado miembro y un país tercero. De este modo, en el asunto Bozzone, se trataba de saber si un Decreto colonial belga, confirmado posteriormente por una Ley nacional, [15] estaba comprendido en el concepto de «legislación» a los efectos del Reglamento. En el asunto Roosmalen, la cuestión consistía en determinar si una Ley neerlandesa en materia de Seguridad Social, que extiende sus efectos a territorios situados fuera de la Comunidad (especialmente a las actividades ejercidas en un país en vías de desarrollo), podía ser considerada como «legislación» a los efectos del Reglamento. Finalmente, en los asuntos acumulados Laborero y Sabato, el Tribunal de Justicia debía pronunciarse especialmente sobre si una ley belga que se refiere a los períodos de seguro cubiertos exclusivamente en países terceros (especialmente en Zaire) estaba incluida como legislación en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1408/71. Difícilmente puede otorgarse, pues, a las sentencias citadas un valor de precedente respecto al presente asunto.

14. Llego a la misma conclusión acerca de la sentencia Rönfeldt, en la que el Gobierno portugués y la Comisión fundan en parte sus argumentos. [16] En ese asunto, la cuestión tampoco consistía en saber si un convenio bilateral entre un Estado miembro y un país tercero estaba comprendido como legislación en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1408/71. Por el contrario, la cuestión central se refería a si la pérdida de ventajas de Seguridad Social que se deriva, para los trabajadores interesados, de la inaplicabilidad de un convenio celebrado *entre dos Estados miembros* tras la entrada en vigor del Reglamento nº 1408/71, es compatible con el apartado 2 del artículo 48 y con el artículo 51 del Tratado. [17] El Tribunal de Justicia respondió negativamente a esta cuestión fundándose en su reiterada jurisprudencia en la que había deducido de una interpretación teleológica de los artículos 48 y 51 del Tratado que la legislación comunitaria no podía producir una disminución de las prestaciones concedidas con arreglo a la legislación nacional. Por dicha razón, el Tribunal de Justicia decidió, pese al artículo 6 del Reglamento examinado más arriba (punto 8), que era conveniente *de todos modos* tener en cuenta las disposiciones de los convenios celebrados entre los Estados miembros que impliquen para los trabajadores ventajas superiores a las que se derivan de la normativa comunitaria. [18] En consecuencia, consideró que:

14 — Sentencia de 31 de marzo de 1977, Bozzone (87/76, Rec. p. 687), apartado 10; sentencias de 11 de julio de 1980, Comisión/Bélgica (150/79, Rec. p. 2621), apartado 4; de 23 de octubre de 1986, Van Roosmalen (300/84, Rec. p. 3097), apartado 28; de 9 de julio de 1987, Laborero y Sabato (asuntos acumulados 82/86 y 103/86, Rec. p. 3401), apartado 23. El Tribunal de Justicia también ha dado pruebas de una interpretación amplia de esta definición en otras sentencias, especialmente a la luz de los objetivos del artículo 51 del Tratado CEE; véase la sentencia de 9 de junio de 1977, Blottner (109/76, Rec. p. 1141), apartados 9 y ss.

15 — Precisamente a causa de esta Ley, la Comisión interpuso un recurso por incumplimiento contra Bélgica que fue estimado por el Tribunal de Justicia. Véase la citada sentencia Comisión/Bélgica.

16 — Citada en el anterior punto 8.

17 — Compárese la nueva formulación de la cuestión por parte del Tribunal de Justicia en el apartado 21.

18 — Sentencia Rönfeldt, apartado 28.

«Esta doctrina debe comprenderse en el sentido de que por prestaciones concedidas según la legislación de un Estado miembro, debe entenderse tanto las prestaciones establecidas únicamente por el Derecho nacional adoptado por los legisladores nacionales, como las prestaciones resultantes de las disposiciones de los convenios internacionales de Seguridad Social en vigor entre dos o varios Estados miembros, integradas en su Derecho nacional, que colocan al trabajador interesado en una situación más favorable que la resultante de la normativa comunitaria.» [19]

El Tribunal de Justicia, sin embargo, no se pronunció tampoco en este asunto sobre un convenio bilateral celebrado *entre un Estado miembro y un país tercero.*

Con carácter subsidiario: alcance del principio de igualdad de trato en caso de aplicabilidad del Reglamento nº 1408/71

15. Si, a pesar de la argumentación antes expuesta, el Tribunal de Justicia decide de todos modos que los convenios celebrados entre un Estado miembro y un país tercero deben considerarse como parte de la «legislación» para la aplicación del Reglamento nº 1408/71, procedería entonces, creo yo, responder afirmativamente a la segunda cuestión del Bundessozialgericht. Mediante esta cuestión, dicho órgano jurisdiccional pretende saber si, en caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, el principio de igualdad de trato, proclamado por el artículo 7 del Tratado CEE y por el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento nº 1408/71, impide a las instituciones alemanas de Seguridad Social de quienes se haya solicitado una prestación de vejez o de invalidez —con arreglo al convenio o, más exactamente, al nº 2 del Protocolo final a él anexo (véase el apartado 3)— no tener en cuenta los períodos de seguro cubiertos en Suiza más que para los ciudadanos alemanes (y no para los demás ciudadanos de la Comunidad).

16. Si un acuerdo, como el Convenio, debiera incluirse en el concepto de «legislación» a los efectos de la letra j) del artículo 1, sería preciso en tal caso aplicar sin restricciones el principio de igualdad de trato como figura en el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento. De acuerdo con ello, las instituciones alemanas de Seguridad Social estarían obligadas a tener en cuenta los períodos de seguro cubiertos en Suiza para todos los nacionales comunitarios. Los argumentos en sentido contrario de la LVA Hessen, del Gobierno alemán y del Gobierno británico nada pueden hacer en este caso. Para completar mi exposición, explicaré brevemente por qué.

17. La alegación de la LVA Hessen, según la cual los principios que sustentan el artículo 234 del Tratado CEE deberían aplicarse igualmente en este asunto, en particular porque la Comunidad no es competente para celebrar un convenio internacional de Seguridad Social, no tiene ningún apoyo en la legislación o la jurisprudencia comunitarias. Aunque compete a los Estados miembros celebrar convenios internacionales en un ámbito determinado, deben tener en cuenta, en el ejercicio de dicha competencia, las disposiciones imperativas del Derecho comunitario. El artículo 234 que, según su redacción, se limita a los derechos y obligaciones

19 — Sentencia Rönfeldt, apartado 27.

que resulten de convenios celebrados por un Estado miembro y un país tercero *con anterioridad a la entrada en vigor* del Tratado CEE —en este caso se trata de un convenio celebrado después de la entrada en vigor del Tratado en Alemania— nada puede cambiar de todo ello.

18. El argumento presentado por el Gobierno alemán, según el cual los artículos 48 y 51 del Tratado CEE y el Reglamento nº 1408/71, no pueden aplicarse en ningún caso en lo que respecta a los períodos de seguro cubiertos *fuera* de la Comunidad, tampoco puede ser admitido. Ya en la sentencia Walrave, el Tribunal de Justicia declaró, respecto a la prohibición comunitaria de discriminación, tal como figura especialmente en los artículos 7 y 48 del Tratado, que la norma de no discriminación, por el hecho de ser imperativa, se impone para la apreciación de todas las relaciones jurídicas en la medida en que dichas relaciones, en razón principalmente del lugar en que se establezcan, puedan localizarse en el territorio de la Comunidad. [20]

Ahora bien, estimo que la circunstancia de que la Sra. Grana-Novoa haya trabajado en Suiza antes de hacerlo en Alemania y que el presente asunto tenga su origen en la problemática del cómputo de los períodos de seguro cubiertos en aquel país, no constituye un motivo determinante para localizar la relación jurídica controvertida fuera de la Comunidad. En las sentencias Van Roosmalen y Laborero y Sabato, el Tribunal de Justicia afirmó, por otra parte, que:

«Como el criterio determinante para la aplicabilidad del Reglamento nº 1408/71 es la afiliación de un asegurado a un régimen de Seguridad Social de un Estado miembro, carece de importancia que el asegurado haya ejercido sus actividades, exclusivamente o no, fuera del territorio de los Estados miembros de la Comunidad.» [21]

En la sentencia Laborero y Sabato, el Tribunal de Justicia además dedujo que una normativa nacional «no queda exenta de las disposiciones de dicho Reglamento, y en particular del principio de igualdad de trato que establece el apartado 1 de su artículo 3, por el mero hecho de que las prestaciones previstas sólo pueden basarse en períodos de seguro cubiertos fuera de la Comunidad». [22]

El argumento expuesto por el Gobierno belga en el referido asunto, que pretendía que dicha interpretación era contraria al artículo 227 del Tratado —según el cual el Tratado sólo se aplica en el territorio de los Estados miembros— fue desestimado fácilmente por el Tribunal de Justicia habida cuenta de que el Reglamento nº 1408/71 no establece exigencias a una normativa o a un régimen legal nacional más que «en la medida en que éste despliegue sus efectos en el interior de la Comunidad». [23]

19. También quisiera añadir que, en mi opinión, tampoco se puede extraer un argumento válido contra la aplicabilidad del Derecho comunitario del hecho de que, en

20 — Sentencia de 12 de diciembre de 1974, Walrave (36/74, Rec. p. 1405), apartado 28.

21 — Sentencia Van Roosmalen, apartado 30; sentencia Laborero y Sabato, apartado 25; sentencia de 14 de noviembre de 1990, Buhari-Haji (C-105/89, Rec. p. I-4211), apartado 15.

22 — Sentencia Laborero y Sabato, apartado 26.

23 — Sentencia Laborero y Sabato, apartado 27.

un caso como el de autos, no existiría ningún *obstáculo a la libre circulación de los trabajadores.* Si en lugar de trabajar en Alemania, la Sra. Grana-Novoa hubiese trabajado en España, los períodos cubiertos tanto en Suiza como en España hubiesen sido computados en virtud del Convenio celebrado entre España y Suiza (véase apartado 2 *supra).* Por lo tanto, precisamente porque trabajó en Alemania, en otras palabras, porque ejerció su derecho de libre circulación, [24] ha perdido el beneficio de los períodos cubiertos en Suiza.

20. Suponiendo que, contra la tesis que he sostenido anteriormente, la primera cuestión prejudicial mereciese una respuesta afirmativa, sería conveniente entonces responder a la segunda cuestión que la cláusula de salvaguardia que figura en el nº 2 del Protocolo final relativo al convenio no es aplicable. En efecto, según el principio de la primacía del Derecho comunitario, cualquier disposición contraria de la legislación nacional existente, incluso —en esta hipótesis— el Convenio internacional del que es parte integrante, es inaplicable. [25]

Conclusión

21. A la luz de las consideraciones que anteceden, propongo que el Tribunal de Justicia responda a las cuestiones planteadas del siguiente modo:

«1) Un convenio bilateral celebrado entre un Estado miembro y un país tercero no cabe en el concepto de "legislación" a los efectos de la letra j) del articulo primero del Reglamento nº 1408/71 incluso si ha llegado a formar parte integrante, con carácter de ley, del ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate.

2) Habida cuenta de la respuesta a la primera cuestión no es necesario responder a la segunda.»

24 — A este respecto, dejo aparte la circunstancia —que además no fue planteada por ninguna de las partes que actuaron ante el Tribunal de Justicia— de que la Sra. Grana-Novoa trabajó en Suiza y que seguidamente se estableció en Alemania, previamente a la adhesión de España a las Comunidades. En consecuencia, como observa acertadamente el Juez remitente, su situación está regulada por las disposiciones del artículo 94 del Reglamento nº 1408/71; la Sra. Grana-Novoa sólo puede tener derechos, según el Reglamento, desde el 1 de enero de 1986 (apartado 1 del artículo 94), pero, en este asunto, igualmente deben tenerse en cuenta con efecto retroactivo los períodos de seguro cubiertos o los hechos acaecidos antes de dicha fecha (apartados 2 y 3 del artículo 94).

25 — Véase sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629), apartado 17.