CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GEORGES COSMAS
presentadas el 2 de febrero de 1999 *

Índice

I. Introducción ..... I - 1921

II. Marco jurídico ..... I - 1922

A. Disposiciones nacionales ..... I - 1922

a) Derecho alemán ..... I - 1922

b) Legislación neerlandesa ..... I - 1922

B. Disposiciones comunitarias ..... I - 1923

III. Hechos ..... I - 1926

IV. Cuestiones prejudiciales ..... I - 1927

V. Respuesta a las cuestiones prejudiciales ..... I - 1927

A. Sobre la primera cuestión ..... I - 1927

a) Sobre la validez de las disposiciones controvertidas del Anexo ..... I - 1929

b) Sobre el alcance de la interpretación de las disposiciones controvertidas del Anexo ..... I - 1931

c) Sobre la posible aplicación directa de los artículos 48 y 51 del Tratado ..... I - 1933

d) La necesidad de aclarar la jurisprudencia Vougioukas ..... I - 1940

B. Sobre la segunda cuestión ..... I - 1943

VI. Conclusión ..... I - 1945

I. Introducción

1. Mediante la presente petición de decisión prejudicial, presentada con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, el Centrale Raad van Beroep (Países Bajos), órgano jurisdiccional competente para pronunciarse en segunda instancia sobre el litigio entre el Sr. Nijhuis, parte apelante, y el Landelijk instituut sociale verzekeringen (Instituto nacional de la Seguridad Social; en lo sucesivo, «LISV»), planteó al

* Lengua original: griego.

Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la letra a) del punto 4 de la Sección I del Anexo VI 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, [1] y de la letr b) del punto 2 de la Sección I del Anexo 2, relativa a los Países Bajos, del Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento nº 1408/71. [2] En concreto, se solicita al Tribunal de Justicia, principalmente, que declare si un período de seguro cubierto en los Países Bajos con arreglo a un régimen de Seguridad Social especial para los funcionarios debe asimilarse a un período de seguro cubierto con arreglo al régimen general, de tal modo que se permita a un trabajador migrante en el seno de la Comunidad declarado inválido en otro Estado miembro percibir una pensión a prorrata neerlandesa.

II. Marco jurídico

A. *Disposiciones nacionales*

a) Derecho alemán

2. De conformidad con el régimen alemán de la Angestelltenversicherungsgesetz (Ley del seguro de los empleados), la cuantía de la prestación de invalidez depende de la duración de los períodos de seguro con arreglo a dicha legislación, es decir, se calcula *pro rata temporis* (legislación de tipo B, como la calificó el Tribunal de Justicia en la sentencia de 13 de noviembre de 1997, Grahame y Hollanders). [3]

b) Legislación neerlandesa

3. Dos legislaciones distintas afectan al presente asunto:

1) La Algemene Burgerlijke Pensioenwet (Ley general sobre las pensiones civiles de la Función Pública, de 6 de enero de 1996; en lo sucesivo, «ABPW»), en su versión en vigor en la época en que el Sr. Nijhuis trabajaba en los Países Bajos. No se discute que se trataba de un régimen especial que afectaba exclusivamente a los funcionarios. [4] El Sr. Nijhuis estaba asegurado en los Países Bajos únicamente con arreglo a dicho régimen especial, el cual, al igual que todos los regímenes del Seguro de Invalidez en los Países Bajos, era un régimen en función del riesgo (tipo A), que se basaba en la adquisición del derecho a la prestación por haber acaecido la contingencia asegurada durante el período de seguro.

1 — DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98.

2 — DO L 74, p. 1; EE 05/01, p. 156.

3 — Asunto C-248/96 (Rec. p. I-6407), apartado 14.

4 — En relación con el concepto de régimen especial de los funcionarios y del personal asimilado, véase la sentencia de 22 de noviembre de 1995, Vougioukas (C-443/93, Rec. p. I-4033), apartados 23 a 27.

2) La Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (Ley relativa al Seguro de Invalidez, de 18 de febrero de 1966; en lo sucesivo, «WAO»), que estableció el seguro obligatorio de los trabajadores por cuenta ajena contra la invalidez. Con arreglo a dicha Ley, el derecho a la prestación nace cuando el interesado estaba asegurado en el momento de producirse la invalidez (régimen de tipo A) y se encuentra en esa situación de invalidez durante cincuenta y dos semanas sin interrupción. La cuantía de la prestación se calcula basándose en el grado de invalidez y en la cuantía del salario diario del interesado.

La WAO entró en vigor el 1 de julio de 1967. Con arreglo a dicha Ley, no se tuvo en cuenta ningún período de seguro anterior a dicha fecha. Además, los funcionarios (civiles y militares) fueron excluidos de su ámbito de aplicación (apartado 1 del artículo 6). Por el contrario, a partir del 1 de octubre de 1976 quedaron sometidos a la Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (Ley general relativa a la incapacidad para el trabajo, de 11 de diciembre de 1975; en lo sucesivo, «AAW»), que estableció asimismo un régimen basado en el riesgo (tipo A).

B. *Disposiciones comunitarias*

4. El artículo 48 del Tratado CEE (actualmente CE) consagra el principio de la libre circulación de los trabajadores, disponiendo, sin embargo, en su apartado 4, que «las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública».

5. Por otra parte, el artículo 51 del Tratado CEE (actualmente CE) establece:

«El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, adoptará, en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes:

a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas;

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

6. Basándose en el artículo 51 del Tratado, el Consejo adoptó los Reglamentos nºs 1408/71 y 574/72, con la finalidad principal de coordinar las distintas legislaciones nacionales del sector de que se trata, de tal modo que la libre circulación de los trabajadores no produzca el resultado de situar a los trabajadores que hacen uso de dicha libertad en situación desfavorable con respecto a la de los trabajadores

que ejercen su actividad en el interior de un solo Estado miembro.

7. El apartado 4 del artículo 4 del Reglamento nº 1408/71 [en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos del presente asunto, es decir, la versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) nº 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983 [5]], disponía:

«4. El presente Reglamento no se aplicará [...] ni a los regímenes especiales de los funcionarios o del personal asimilado.»

8. El apartado 1 del artículo 40 del Reglamento nº 1408/71 (en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos del presente asunto), que se refería a las condiciones de concesión de las prestaciones de invalidez cuando el trabajador hubiera estado sucesivamente sujeto a las legislaciones de varios Estados miembros, de las cuales una al menos no fijase la cuantía de las prestaciones de invalidez con independencia de la duración de los períodos de seguro (legislación de tipo A, como, en el caso presente, la neerlandesa), remitía, para el cálculo de la cuantía de las prestaciones, a lo dispuesto en el Capítulo 3, relativo a las pensiones de vejez y muerte y, en especial, en el artículo 46, que se refiere a la liquidación de las prestaciones por parte de cada una de las instituciones de Seguridad Social de los Estados miembros interesadas. Con arreglo al apartado 2 de este último artículo, el cálculo de la prestación se realizaba en función de la duración de los períodos de seguro con arreglo a las diversas legislaciones a que hubiera estado sometido el interesado, incluso si se tratara de una legislación con arreglo a la cual la cuantía de la prestación de invalidez fuese independiente de la duración de los períodos de seguro.

9. Por otra parte, el apartado 4 del artículo 45 del Reglamento nº 1408/71 (en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos del presente asunto [6]), uno de cuyos fines era garantizar la coexistencia de los regímenes de tipo A y B, permitía en principio a los trabajadores por cuenta ajena que percibieran prestaciones de invalidez con arreglo a la legislación de otro Estado miembro reclamar también las prestaciones neerlandesas adeudadas con arreglo a la WAO.

10. En lo que respecta a la aplicación de la normativa neerlandesa sobre el Seguro de Invalidez, el Reglamento nº 1408/71 (en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos del presente asunto), en la letra a) del

5 — DO L 230, p. 6; EE 05/03, p. 53.

6 — «Cuando la legislación de un Estado miembro que subordine el reconocimiento de las prestaciones al requisito de que el trabajador por cuenta ajena se halle sujeto a la misma en la fecha del hecho causante, no exija ningún período de seguro para la adquisición del derecho, o para el cálculo de las prestaciones, todo trabajador por cuenta ajena que haya dejado de estar sujeto a dicha legislación será considerado como si continuase estándolo, a efectos de la aplicación del presente Capítulo, siempre que en la fecha del hecho causante se halle sujeto a la legislación de otro Estado miembro, o siempre que, a falta de esto, pueda alegar un derecho a las prestaciones en virtud de la legislación de otro Estado miembro. No obstante, este último requisito será considerado como cubierto en el supuesto a que se refiere el apartado 1 del artículo 48.»

punto 4 de la Sección I, relativa a los Países Bajos, del Anexo VI disponía:

«Para la aplicación del apartado 2 del artículo 46 del Reglamento, las instituciones neerlandesas respetarán las disposiciones siguientes:

a) si el interesado, en el momento en que se produjo la incapacidad para el trabajo con la invalidez resultante de ella, era un trabajador por cuenta ajena en el sentido de la letra a) del artículo 1 del Reglamento, la institución competente fijará la cuantía de las prestaciones en metálico conforme a las disposiciones de la ley de 18 de febrero de 1966 relativa al seguro contra la incapacidad para el trabajo (WAO), teniendo en cuenta:

— los períodos de seguro cubiertos bajo la ley de 18 de febrero de 1966 antes citada (WAO),

— los períodos de seguro cubiertos después de la edad de quince años bajo la ley de 11 de diciembre de 1975 relativa a la incapacidad para el trabajo (AAW), en la medida en que éstos no coincidan con los períodos de seguro cubiertos por el interesado bajo la ley de 18 de febrero de 1966 precitada (WAO), y

— los períodos de trabajo por cuenta ajena y los períodos asimilados cubiertos en los Países Bajos antes del 1 de julio de 1967».

11. Por último, conforme a la letra b) del punto 2 de la Sección I del Anexo 2 del Reglamento nº 574/72, en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos del litigio principal, la institución competente con arreglo a la legislación neerlandesa para el abono de la prestación de invalidez es la Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging (Nueva Asociación Profesional General; en lo sucesivo, «NAB», sustituida el 1 de marzo de 1997 por la LISV, parte apelada en el procedimiento principal), cuando los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, no tienen derecho a prestaciones en virtud exclusivamente de la legislación neerlandesa y al margen de la aplicación del Reglamento.

Por otra parte, el artículo 84 del Reglamento nº 1408/71 (en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos del litigio principal) contemplaba un intercambio de información así como la prestación de buenos oficios y, en general, una cooperación entre las autoridades competentes y las instituciones de los Estados miembros en relación con la aplicación del Reglamento de que se trata.

Paralelamente, el artículo 86 del Reglamento nº 1408/71 (en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos del litigio principal) contemplaba una obligación de traslado sin demora a la autoridad o la institución del Estado competente de las peticiones, declaraciones o recursos presentados a una autoridad, institución u órgano jurisdiccional de un Estado miembro distinto del competente. Las normas de dicho artículo garantizan, por lo demás, la inexistencia de consecuencias perjudiciales tanto para la admisibilidad como para el plazo de las peticiones, declaraciones o recursos inicialmente presentados ante una autoridad, institución u órgano jurisdiccional incompetente.

III. Hechos

12. El Sr. Nijhuis, apelante en el procedimiento principal es un nacional neerlandés que ejerció actividades en los Países Bajos desde el 15 de octubre de 1968 hasta el 1 de octubre de 1973 como colaborador científico al servicio de la Nederlandse Organisatie voor Zuiver Wetenschappelijk Onderzoek te 's-Gravenhage (Organismo neerlandés de investigación científica básica de La Haya) y, del 1 de agosto de 1973 al 1 de abril de 1974, como profesor de enseñanza secundaria de Tilburg. Durante estos períodos, el Sr. Nijhuis estuvo asegurado —en particular— contra el riesgo de invalidez con arreglo a la ABPW. Fuera de los mencionados períodos, el apelante no ejerció actividad profesional alguna en los Países Bajos, ni siquiera por cuenta propia.

13. Posteriormente, el Sr. Nijhuis ejerció en Alemania determinadas actividades en relación con las cuales estuvo asegurado del 1 de abril de 1974 al 1 de abril de 1988 con arreglo al régimen general de la Angestelltenversicherungsgesetz. El 29 de marzo de 1988 quedó en situación de incapacidad para el trabajo. Mediante escrito de 4 de septiembre de 1989, el Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (Caja federal alemana del seguro de empleados; en lo sucesivo, «Bfa») le concedió una Erwerbsunfähigkeitsrente (pensión de invalidez) con efecto a partir del 9 de noviembre de 1988. En el presente caso, la pensión se calculó sobre la base de los períodos de trabajo en Alemania. No se tuvieron en cuenta en absoluto los períodos neerlandeses antes mencionados.

14. El Sr. Nijhuis solicitó una prestación por incapacidad para el trabajo al Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (Fondo general de pensiones civiles de la Función Pública; en lo sucesivo, «ABPF»). Dicha solicitud fue desestimada pero el Sr. Nijhuis no inició ningún procedimiento contra el ABPF.

Mediante resolución de 31 de enero de 1990, la NAB, a la que se dirigió la autoridad alemana competente, denegó, la solicitud del Sr. Nijhuis en calidad de institución competente para la concesión de pensiones de invalidez con arreglo a la WAO, por un lado, debido a que el interesado no estaba asegurado ni con arreglo a la WAO ni con arreglo a la AAW en la fecha en que se produjo la incapacidad para el trabajo y, por otro, debido a que no podía invocar el Reglamento nº 1408/71 puesto que, durante su empleo en los Países Bajos, estuvo asegurado con arreglo a la ABPW, que constituye un régimen especial de los funcionarios y está excluida del ámbito de aplicación del Reglamento nº 1408/71.

15. El apelante en el procedimiento principal impugnó dicha resolución de la NAB ante el Raad van Beroep te Amsterdam, que desestimó su recurso mediante resolución de 28 de febrero de 1992. El apelante en el procedimiento principal impugnó asimismo dicha resolución ante el Centrale Raad van Beroep te Utrecht.

IV. Cuestiones prejudiciales

16. El Centrale Raad van Beroep, por entender que, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, debía solicitar al Tribunal de Justicia una decisión prejudicial, planteó en su resolución las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse la letra a) del punto 4 de la Sección J [7] del Anexo VI del Reglamento (CE) nº 1408/71 (tal como estaba redactada en la época que aquí interesa) en el sentido de que, en relación con una persona que trabajó en los Países Bajos exclusivamente durante el período que va del 15 de octubre de 1968 al 1 de abril de 1974 y que durante todo este tiempo estuvo asegurada contra la invalidez con arreglo a un régimen especial de funcionarios, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46 en relación con el apartado 4 del artículo 45 del Reglamento nº 1408/71, y teniendo en cuenta, asimismo, los artículos 48 y 51 del Tratado CE, también debe computarse dicho período, de conformidad con la mencionada Sección del Anexo, para liquidar las prestaciones por invalidez?

2) En caso de respuesta afirmativa, ¿la institución competente para liquidar las prestaciones correspondientes a dichos períodos es la institución designada en la letra b) del punto 2 de la Sección J del Anexo 2 del Reglamento (CE) nº 574/72 o la institución competente según el Derecho nacional en materia de prestaciones de invalidez para los funcionarios, pese a que esta última institución no figura en el mencionado Anexo?»

V. Respuesta a las cuestiones prejudiciales

A. *Sobre la primera cuestión*

17. Con ocasión de las circunstancias de hecho del litigio principal, el Centrale Raad van Beroep planteó una cuestión sobre la interpretación de la letra a) del punto 4 de la Sección I (que pasó a ser la Sección J con posterioridad a la adhesión de Portugal y España) del Anexo VI del Reglamento nº 1408/71, habida cuenta de los artículos 48 y 51 del Tratado. Esta cuestión se basa, manifiestamente, en la conclusión a que llegan tanto la parte apelada en el procedimiento principal y el Gobierno neerlandés como también la Comisión, en el sentido de que, con arreglo al tenor literal de las disposiciones controvertidas del

7 — Debe señalarse que, pese al tenor de las cuestiones prejudiciales que mencionan las Secciones J de los Anexos de ambos Reglamentos, es evidente que el órgano jurisdiccional remitente quiere decir las Secciones I, que se referían a los Países Bajos durante el período en que tuvieron lugar los hechos del presente asunto. De forma similar, la referencia a Reglamentos (CE) debe entenderse como referencia a Reglamentos (CEE).

Anexo VI del Reglamento nº 1408/71 (en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos del litigio principal), tras la entrada en vigor de la WAO sólo los períodos de seguro cubiertos con arreglo a los regímenes WAO y AAW pueden ser tenidos en cuenta para la aplicación del apartado 2 del artículo 46, en relación con el apartado 5 del artículo 45 del citado Reglamento. En consecuencia, los períodos de seguro del Sr. Nijhuis desde el 15 de octubre de 1968 hasta el 1 de abril de 1974, que fueron cumplidos con arreglo al régimen ABPW, no pueden ser tenidos en cuenta por el mero hecho de que se cubrieron con posterioridad a la entrada en vigor de la WAO y antes de la entrada en vigor de la AAW. Habida cuenta de esta observación, es, pues, evidente que el órgano jurisdiccional remitente solicita en realidad al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión de si la interpretación literal de las citadas disposiciones es vinculante o el Juez nacional puede, de algún modo, prescindir de ella.

18. En este punto, debe señalarse que el Consejo, tras tener en cuenta la propuesta de la Comisión para la modificación del Reglamento nº 1408/71 [8] y la sentencia Vougioukas, [9] decidió finalmente modificar el Reglamento nº 1408/71 mediante el Reglamento (CE) nº 1606/98, de 29 de junio de 1998, que amplió el ámbito de aplicación del primero para incluir los regímenes especiales de los funcionarios. [10]

Procede asimismo señalar que, tal como se desprende de su escrito de 5 de octubre de 1998 dirigido al Sr. Nijhuis, que fue comunicado asimismo al Tribunal de Justicia, la parte apelada en el procedimiento principal se propone, a raíz de la citada modificación del Reglamento nº 1408/71 mediante el Reglamento nº 1606/98, establecer en favor del Sr. Nijhuis un derecho a la prestación a prorrata con arreglo a la WAO a partir del 25 de octubre de 1998, fecha de entrada en vigor de las nuevas disposiciones. La parte apelada en el procedimiento principal indica, a este respecto, que tendrá en cuenta los períodos de seguro cubiertos por el Sr. Nijhuis en el marco de la ABPW entre el 15 de octubre de 1968 y el 1 de abril de 1974.

La mencionada comunicación de las intenciones de la parte apelada en el procedimiento principal no suprime el objeto de dicho procedimiento ni, por tanto, la utilidad de la respuesta a la cuestión prejudicial del Centrale Raad van Beroep, puesto que, en todo caso, se plantea el interrogante relativo a si el Sr. Nijhuis tiene o no tiene derecho a una prestación neerlandesa a prorrata con efecto anterior al 25 de octubre de 1998. [11]

19. Desde un principio ha de señalarse que la repuesta a la cuestión prejudicial está vinculada a los principios jurisprudenciales que se sentaron en la sentencia Vougioukas, antes citada. Es, pues, procedente articular el interrogante controvertido en torno a los ejes básicos de la problemática examinada en aquella sentencia: por un lado, en torno a los problemas de la validez (a) y el alcance (b) de la interpretación de las disposiciones pertinentes del Anexo VI del Reglamento nº 1408/71, en su versión vigente cuando

8 — DO 1992, C 46, p. 1.

9 — Citada en la nota 4 *supra*.

10 — DO L 209, p. 1.

11 — En este contexto, debe subrayarse que la disposición del punto 11 del artículo 1 del Reglamento nº 1606/98, antes citado, añade al Reglamento nº 1408/71 un nuevo artículo (95 *quater*) según el cual (apartado 1) «el Reglamento (CE) nº 1606/98 no dará lugar a ningún derecho para períodos anteriores al 25 de octubre de 1998».

tuvieron lugar los hechos del litigio principal y, por otro, en torno al problema de la posible aplicación directa de los artículos 48 y 51 del Tratado (c). Este análisis, finalmente, dejará patente la necesidad de aclarar los principios enunciados en la sentencia Vougioukas (d).

a) Sobre la validez de las disposiciones controvertidas del Anexo

20. ¿Es conforme con los artículos 48 y 51 del Tratado la interpretación literal de las disposiciones controvertidas del Anexo VI del Reglamento nº 1408/71, en la medida en que produce la consecuencia de no tomar en consideración los períodos de seguro cubiertos con arreglo al régimen especial de los funcionarios ABPW y en que conduce a denegar Sr. Nijhuis el abono de una prestación a prorrata neerlandesa?

21. Las disposiciones pertinentes del Anexo VI del Reglamento nº 1408/71 deben ser interpretadas conjuntamente con las restantes disposiciones del mismo Reglamento. [12] Basándose en esta consideración, es comprensible, como indica también la parte apelada en el procedimiento principal, que el Anexo no mencione los períodos de seguro con arreglo al régimen ABPW, precisamente debido a que dicho régimen constituye un régimen especial de los funcionarios, el cual, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 4 del Reglamento (en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos del litigio principal), está excluido del ámbito de aplicación de este último. En consecuencia, debe aplicarse a las disposiciones controvertidas del Anexo cuanto se declaró con respecto al apartado 4 del artículo 4 del Reglamento.

22. En concreto, en la sentencia Vougioukas, citada en la nota 4 *supra*, el Tribunal de Justicia declaró que el Consejo, al no haber adoptado ninguna medida de coordinación para que el ámbito de aplicación material del Reglamento nº 1408/71 se extendiera a los regímenes especiales de los funcionarios y del personal asimilado, desde el final del período transitorio previsto en materia de libre circulación de los trabajadores, no había cumplido totalmente la obligación que le imponía el artículo 51 del Tratado, a saber, adoptar un régimen que permitiera a los trabajadores salvar los obstáculos que para ellos pudieran derivarse de las normas nacionales relativas a la Seguridad Social. [13] En efecto, en el caso de los funcionarios, mientras que se amplió la posibilidad de ejercer el derecho a la libre circulación mediante la interpretación estricta de la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 48 del Tratado, [14] la prolongada abstención del Consejo a la hora de regular la coordinación de los regímenes especiales de Seguridad Social de dicha categoría de traba-

12 — Véase la sentencia de 17 de octubre de 1995, Olivieri-Coenen (C-227/94, Rec. p. I-3301), apartado 16.

13 — Véase la sentencia Vougioukas, citada en la nota 4 *supra*, apartados 30 a 34.

14 — El Tribunal de Justicia, adoptando un enfoque funcional del concepto de «administración pública», ha declarado que la excepción del apartado 4 del artículo 48 del Tratado sólo se aplica a los empleos que tienen una relación directa con las actividades específicas de la administración pública y en la medida en que ésta tiene conferido el ejercicio de la potestad pública y la responsabilidad de la salvaguardia de los intereses generales del Estado, mientras que no se aplica, en principio, a los casos de funcionarios empleados, por ejemplo, en los sectores sanitario, educativo, del arte, de la ciencia (centros de investigación), etc. Véanse, a título indicativo, las sentencias de 26 de mayo de 1982, Comisión/Bélgica (149/79, Rec. p. 1845); de 3 de junio de 1986, Comisión/Francia (307/84, Rec. p. 1725); de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Rec. p. 2121), y de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia (225/85, Rec. p. 2625).

jadores constituía un obstáculo de importancia para el ejercicio del citado derecho y cabría sin duda preguntarse si dicha abstención era compatible con los fines perseguidos por el Tratado.

23. El Tribunal de Justicia, sin embargo, pese a considerar injustificada dicha prolongada abstención, estimó que no resultaba afectada la validez del apartado 4 del artículo 4 del Reglamento nº 1408/71, habida cuenta de la amplia facultad de apreciación de que dispone el Consejo en lo que respecta a la elección de las medidas más apropiadas para lograr el resultado perseguido por el artículo 51 del Tratado y de su libertad para, con el fin de garantizar la coordinación de los regímenes especiales de los funcionarios, apartarse, al menos parcialmente, de las técnicas actualmente previstas por el Reglamento. [15]

24. Como ya señalaba en mis conclusiones en el asunto Grahame y Hollanders, citado en la nota 3 *supra*, esta interpretación, por un lado, es coherente con la naturaleza del Reglamento, en tanto que instrumento de coordinación y no de armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de Seguridad Social, y pone de manifiesto que el hecho de que una persona sea un funcionario que puede ejercer el derecho de libre circulación de conformidad con el artículo 48 del Tratado no le garantiza, *ipso facto*, el disfrute de las disposiciones favorables del Reglamento. Y ello porque mientras que la aplicación de los citados artículos del Tratado tiene lugar sobre la base de las características objetivas de la relación del funcionario con la administración pública, la del Reglamento tiene lugar a través de la afiliación a un régimen nacional de la Seguridad Social comprendido en el Reglamento, es decir, a través de la afiliación al régimen general de Seguridad Social. Esta última afiliación, sin embargo, está supeditada a los requisitos sustantivos que establezca el legislador nacional basándose en su libertad organizativa, enteramente legítima, en el sector de la Seguridad Social. [16]

25. Habida cuenta de lo que antecede, parece que no cabe hablar de contrariedad de las disposiciones controvertidas del Anexo VI (en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos del presente asunto) a los artículos 48 y 51 del Tratado, en la medida en que no remiten a la ABPW para la determinación de los períodos que han de ser tenidos en cuenta con el fin de calcular la prestación de invalidez a prorrata controvertida. El hecho de que la WAO excluya de su ámbito de aplicación a los funcionarios (artículo 6) y que la legislación neerlandesa relativa a la Seguridad Social contemplase, para los funcionarios, el régimen especial de Seguridad Social (ABPW) con respecto al período pertinente comprendido entre el 15 de octubre de 1968 y el 1 de abril de 1974 no afecta a la validez de las disposiciones del Reglamento sino que obedece,

15 — Véase la sentencia Vougioukas, citada en la nota 4 *supra*, apartado 35.

16 — Véanse mis conclusiones en el asunto Grahame y Hollanders, citado en la nota 3 *supra*, punto 48.
De conformidad con lo anterior, el hecho de que el Sr. Nijhuis trabajase en la administración pública no podría conducir, como sostiene él mismo, a resultados restrictivos de su derecho de libre circulación en el interior de la Comunidad. Por otra parte, modificando sobre este punto la postura que adoptó en la sentencia de 8 marzo de 1979, Lohmann (129/78, Rec. p. 853), apartado 3, el Tribunal de Justicia ha declarado que el término «funcionarios» que figura en el apartado 4 del artículo 4 del Reglamento nº 1408/71 no se refiere únicamente a los funcionarios a los que se aplica la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 48; ha reconocido así que también están comprendidos en el ámbito de aplicación *ratione personae* del citado Reglamento los funcionarios que ejercen el derecho de libre circulación en el interior de la Comunidad (véase la sentencia Vougioukas, citada en la nota 4 *supra*, apartado 21). Sin embargo, debe subrayarse que dicha inclusión no garantiza *ipso facto* la aplicación a dichos funcionarios del citado Reglamento, puesto que el ámbito de aplicación *ratione materiae* de este último (en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos del litigio principal) no comprende la coordinación de los regímenes especiales de los funcionarios, como el de la ABPW.

como ya antes señalaba, a la libertad organizativa enteramente legítima del legislador neerlandés. [17]

b) Sobre el alcance de la interpretación de las disposiciones controvertidas del Anexo

26. Parece que el Tribunal de Justicia, al igual que después de la sentencia Vougioukas evita declarar la invalidez de disposiciones del Reglamento nº 1408/71, [18] no se ciñe a la letra de las disposiciones de dicho Reglamento sino que efectúa una interpretación teleológica de ellas, [19] a veces incluso maximalista, [20] con el fin de garantizar la consecución más completa posible de los objetivos de los artículos 48 y 51 del Tratado.

27. ¿Podría, acaso, este tipo de interpretación conducir a una solución distinta de la que parece resultar —habida cuenta de la sentencia Vougioukas— de la interpretación literal de las disposiciones controvertidas del Anexo en relación con la consideración de los períodos de seguro del Sr. Nijhuis?

Más concretamente, cabría preguntarse si es posible aplicar la sentencia Olivieri-Coenen, citada en la nota 11 *supra*, a los datos del presente asunto. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia juzgó que de las disposiciones controvertidas del Anexo VI del Reglamento nº 1408/71 (en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos de aquel asunto) se desprende que, en el marco de la WAO deben tenerse en cuenta todos los períodos de trabajo por cuenta ajena y otros períodos asimilados anteriores al 1 de julio de 1967, es decir, a la entrada en vigor de la WAO, [21] cualquiera que sea el régimen con arreglo al cual el interesado estuviera asegurado contra la invalidez durante dichos períodos. En especial, el hecho de que se tratase de un régimen especial de los funcionarios no alteraría en absoluto esta interpretación. [22] Habida cuenta de dicha sentencia, ¿podría acaso admitirse que los

17 — Por lo que respecta a la apreciación de la validez del Anexo I del Reglamento nº 1408/71, véanse la sentencia de 12 de junio de 1997, Merino García (C-266/95, p. I-3279), apartados 27 a 31, así como las conclusiones del Abogado General Sr. Fennelly en dicho asunto, punto 28.

18 — Antes de dicha sentencia, determinadas disposiciones del citado Reglamento fueron consideradas inválidas. Véanse, por ejemplo, la sentencia de 15 de enero de 1986, Pinna (41/84, Rec. p. 1), que declaró la invalidez de la disposición del apartado 2 del artículo 73 del Reglamento, relativa a la concesión de prestaciones familiares, por ser incompatible con el principio de igualdad de trato prescrito por el artículo 48 del Tratado, y la sentencia de 7 de junio de 1988, Roviello (20/85, Rec. p. 2805), que declaró la invalidez de la disposición del apartado 15 de la Sección C del Anexo VI del Reglamento, también por ser incompatible con el principio de igualdad de trato prescrito por el artículo 48 del Tratado.

19 — El Tribunal de Justicia, interpretando las disposiciones de la letra a) del punto 4 del Anexo VI del Reglamento nº 1408/71, declaró, en la sentencia Olivieri-Coenen, citada en la nota 11 *supra*, que las disposiciones del Anexo y las restantes disposiciones del Reglamento deben ser interpretadas de forma conjunta a la luz del objetivo consistente en contribuir a la libre circulación de los trabajadores migrantes, principio que se inscribe en los fundamentos de la Comunidad (apartado 16). En lo que respecta a la interpretación teleológica de las disposiciones del Reglamento, véanse también mis conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia de 9 de noviembre de 1995, Thévenon (C-475/93, Rec. p. I-3813), puntos 21 y ss.

20 — Véase, por ejemplo, la sentencia Grahame y Hollanders, citada en la nota 3 *supra*, en la que, con ocasión de la interpretación de los conceptos de «períodos de trabajo por cuenta ajena» o «períodos asimilados» en relación con períodos de prestación del servicio militar cubiertos antes del 1 de julio de 1967, se declaró, básicamente, que las disposiciones del Reglamento pueden tener un contenido comunitario autónomo y, por tanto relativamente independiente de las disposiciones del Derecho nacional, contenido que se determina a la luz de los objetivos de la normativa comunitaria más general, es decir, a la luz de los objetivos de los artículos 48 y 51 del Tratado (apartados 21 y 25 a 32).

21 — Véase también, a este respecto, la sentencia Grahame y Hollanders, citada en la nota 3 *supra*, apartado 24.

22 — Véase la sentencia Olivieri-Coenen, citada en la nota 11 *supra*, apartados 15 y 16. Tal como el Tribunal de Justicia subraya en dicha sentencia, «si no se considerase el período de trabajo por cuenta ajena sometido al régimen especial de los funcionarios o del personal asimilado como un período de seguro con arreglo a la letra a) del punto 4 del Anexo V del Reglamento (Sección relativa a los Países Bajos), la persona que lo hubiera cubierto sufriría con ello un perjuicio contrario al artículo 51 del Tratado, ya que el cómputo de dicho período no da lugar a la acumulación de diferentes derechos» (apartado 17).

períodos de seguro con arreglo a un régimen especial de los funcionarios, como los cubiertos por el Sr. Nijhuis con posterioridad al 1 de julio de 1967, deben ser tenidos en cuenta en el marco del régimen WAO aun cuando sea como períodos de trabajo?

28. En mi opinión, una aplicación por analogía de la sentencia Olivieri-Coenen al presente asunto no se justifica ni por el espíritu y el margen de interpretación de dicha sentencia, ni por la interpretación sistemática de las disposiciones pertinentes del Anexo.

Tal como observa también la Comisión, la interpretación del Anexo dada en la sentencia Olivieri-Coenen no constituye una excepción a la exclusión de los regímenes especiales de los funcionarios prevista en el apartado 4 del artículo 4 del Reglamento nº 1408/71, puesto que el interesado no deriva de dicho régimen ningún derecho a pensión. Por el contrario, los períodos cubiertos antes del 1 de julio de 1967 son tenidos en cuenta para el cálculo de la prestación con arreglo al régimen general, es decir, a la WAO. Dicho de otro modo, estos períodos, como por lo demás lo establecen expresamente las disposiciones controvertidas del Anexo, son considerados como *períodos de trabajo y no como períodos de seguro*. En consecuencia, el hecho de que deben ser tenidos en cuenta es independiente del tipo de seguro existente durante los mismos. [23]

Con posterioridad al 1 de julio de 1967, cuando se cubrieron también los períodos de seguro del Sr. Nijhuis, el Anexo VI se refiere expresamente a períodos de seguro con arreglo a la WAO o a la AAW. Los períodos de seguro con arreglo a otro régimen no podían tenerse en cuenta, ni siquiera considerados como períodos de empleo, puesto que calificarlos de ese modo sería contrario al tenor expreso del Anexo, que contrapone los períodos de empleo anteriores al 1 de julio de 1967 a los períodos de seguro posteriores a la entrada vigor de la WAO.

Por otra parte, una interpretación teleológica del Anexo con un contenido que favorezca la consideración de los períodos de seguro cubiertos con arreglo a la ABPW no parece ser lícita desde un punto de vista sistemático. Las disposiciones pertinentes del Anexo fueron introducidas con el fin de proporcionar cobertura aseguradora, de forma homogénea y uniforme con respecto a cuantos cumplieron períodos de seguro con arreglo a la WAO, a todos aquellos que hubieran trabajado antes de la entrada en vigor de dicho régimen. [24] A partir de la entrada en vigor de la WAO, no se tienen en cuenta períodos de seguro distintos de los cubiertos con arreglo a la WAO o a la AAW. Ello se aplica, *con mayor razón,* con respecto a los períodos de seguro cubiertos con arreglo a regímenes especiales de los funcionarios. Tal como indican la parte apelada en el procedimiento principal y el Gobierno neerlandés, sería verdaderamente paradójico interpretar una norma de coordi-

23 — Véanse, al respecto, las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en el asunto Olivieri-Coenen, citado en la nota 11 *supra*, puntos 12 y 13.

24 — Como señala, en especial, la parte apelada en el procedimiento principal, el objetivo consistía en que el trabajador migrante no sufriera las consecuencias negativas del paso del régimen anteriormente vigente, en virtud de la Invaliditeitswet, al régimen de la WAO basado en el riesgo.

nación de modo que se tengan en cuenta períodos de seguro expresamente excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento. Dicha interpretación podría, eventualmente, admitirse sólo si se declarase que la disposición del apartado 4 del artículo 4 del citado Reglamento (en su versión vigente cuando tuvieran lugar los hechos del presente asunto) carece de validez por ser contraria a los artículos 48 y 51 del Tratado. Para ello, sin embargo, sería necesario previamente apartarse del criterio aplicado en la sentencia Vougioukas, antes citada, que zanjó expresamente la cuestión en favor de la validez de dicha disposición. [25]

29. A este respecto, por las mismas razones, no cabe considerar que, en relación con los períodos de seguro basados en un régimen especial de los funcionarios entre el 1 de julio de 1967 y el 1 de octubre de 1976, existe una laguna jurídica en las disposiciones pertinentes del Anexo. Si bien es cierto que la sentencia Vougioukas, citada en la nota 4 *supra*, se refiere a un vacío, éste debe interpretarse en el sentido de que alude a que entonces no se había ejecutado todavía la disposición del artículo 51 del Tratado, en otras palabras, a la prolongada abstención del Consejo a la hora de armonizar los regímenes especiales de los funcionarios, y no como laguna jurídica en el sentido estricto del término, que existiría únicamente en caso de declaración de invalidez o anulación de la normativa pertinente y que exigiría colmarla mediante la aplicación de la normativa anterior, la aplicación por analogía de otra normativa o, por último, la aplicación de una norma más general.

25 — Véase el punto 23 *supra*.

c) Sobre la posible aplicación directa de los artículos 48 y 51 del Tratado

30. La Comisión propone, conforme al modelo de la sentencia Vougioukas, tantas veces citada, que se apliquen directamente los artículos 48 a 51 del Tratado, de los que se desprende, tal como alega en sus observaciones, una obligación de abono al Sr. Nijhuis de la prestación neerlandesa calculada en función de sus períodos de seguro con arreglo al régimen ABPW.

31. En efecto, la sentencia Vougioukas, pese a que no afectó a la validez de la disposición del apartado 4 del artículo 4 del Reglamento nº 1408/71, admitió que la validez de la exclusión de la coordinación de los regímenes especiales de los funcionarios, así definida, «no implica la denegación de una solicitud de acumulación cuando, por aplicación directa de los artículos 48 y 51 del Tratado, dicha solicitud puede ser satisfecha sin que deba recurrirse a las normas de coordinación adoptadas por el Consejo». [26]

32. Con el fin de comprobar, por tanto, si es posible aplicar de forma directa los artículos 48 a 51 del Tratado y si, realmente, dicha aplicación conduce al nacimiento de un derecho del Sr. Nijhuis a la prestación neerlandesa

26 — Véase la sentencia Vougioukas, citada en la nota 4 *supra*, apartado 36.

prorrateada, es necesario examinar si concurren los requisitos para la aplicación directa de los citados artículos del Tratado, tal como fueron enunciados en la sentencia Vougioukas e interpretados en la jurisprudencia ulterior de esta Tribunal.

33. De conformidad con la sentencia Vougioukas, un requisito imprescindible para la aplicación directa de los artículos 48 a 51 del Tratado es, como antes señalaba, la inexistencia de la necesidad de acudir a las normas de coordinación adoptadas por el Consejo, a saber, en el presente caso, a las disposiciones del Reglamento nº 1408/71. Dicho requisito es enteramente coherente con la forma en que el Tribunal de Justicia declaró, en la citada sentencia, la validez del apartado 4 del artículo 4 del Reglamento (en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos del presente asunto). [27] Así pues, mientras que no se admite que estemos en presencia de un supuesto de aplicación directa del artículo 51 como tal, es decir, en tanto que disposición que exige la adopción de las medidas de coordinación necesarias, y ello porque se reconoce al Consejo una facultad discrecional amplia para la elección de las medidas de ejecución del Tratado, no obstante, los particulares pueden invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales las disposiciones que el Tratado exige al Consejo aplicar a través del artículo 51. [28] En otras palabras, dado que entre la obligación enunciada en el artículo 51 del Tratado y su aplicación interviene la potestad discrecional del poder político, la aplicación directa del artículo 51 es básicamente inaceptable. Por el contrario, es obligado aplicar de forma directa el artículo 48 del Tratado, suponiendo, sin duda, que no sea necesario aplicar las normas comunitarias de coordinación adoptadas basándose en el artículo 51.

Este último requisito era de fácil cumplimiento en el marco de los hechos del asunto Vougioukas, en cuya sentencia, en efecto, se aplicó directamente el Tratado. En el presente caso, se trata de una controversia referente a la aplicación, exclusivamente, de la legislación de un Estado miembro sobre el reconocimiento de períodos de empleo computables a efectos del derecho a pensión cubiertos en dicho Estado y en otro Estado miembro de la Comunidad. Básicamente, no existía una cuestión de coordinación técnica entre distintos regímenes nacionales de Seguridad Social sino, principalmente, una cuestión de subsunción *ratione personae* en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1408/71 y de la existencia de una disposición nacional que introduce una discriminación entre los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad y aquellos otros que no lo hacen.

34. En lo que respecta a la jurisprudencia posterior a la sentencia Vougioukas, la Comisión sostiene, fundamentalmente, que no parece que el Tribunal de Justicia atribuya una importancia especial al mencionado requisito para la aplicación directa de los artículos del Tratado. Invoca, en particular, la sentencia de 30 de enero de 1997, Stöber y Piosa Pereira, [29] con el fin de apoyar su tesis según la cual, por un lado, es necesario aplicar direc-

27 — Véase el punto 23 *supra*.

28 — En concreto, como ha señalado también la doctrina, los particulares pueden invocar directamente los principios de la libre circulación de los trabajadores o de igualdad de trato en el marco de la Seguridad Social, incluso ante los Estados miembros o con respecto a disposiciones de un Reglamento del Consejo adoptado con arreglo al artículo 51 y no conforme, en su tenor o en su aplicación, a los objetivos perseguidos por el Tratado. Véase «Libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Transports», en *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, vol. 3, col. «Études européennes», colección dirigida por el Institut d'études européennes, 2.ª ed., Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, pp. 99-100.

29 — Asuntos acumulados C-4/95 y C-5/95 (Rec. p. I-511).

tamente el Tratado, que consagra el derecho a la prestación a prorrata de todos aquellos que, como el Sr. Nijhuis, estuvieran asegurados durante los períodos pertinentes en regímenes especiales de los funcionarios y, por otro, es necesario —habida cuenta de la inexistencia de disposiciones comunitarias específicas en materia de coordinación de los regímenes especiales de los funcionarios— aplicar por analogía las disposiciones del Anexo VI del Reglamento nº 1408/71 para el cálculo, en concreto, de la mencionada prestación prorrateada.

35. En determinados casos, parece que el Tribunal de Justicia realiza, verdaderamente, una aplicación directa del apartado 2 del artículo 48 del Tratado sin examinar, expresamente, si se satisface el requisito de la inexistencia de necesidad de acudir a las normas de coordinación adoptadas por el Consejo. [30] En la sentencia Stöber y Piosa Pereira, llegó en efecto hasta el punto de declarar que los problemas que podrían derivarse de la supresión, por ser contrario al artículo 52 del Tratado, de un requisito de residencia previsto por la legislación de un Estado miembro en relación con el cálculo de las prestaciones familiares deben resolverse mediante la aplicación analógica de las normas del Reglamento nº 1408/71. [31] No obstante, dichas sentencias no pueden interpretarse del modo en que las invoca la Comisión en el presente asunto.

36. Por un lado, debe señalarse que un análisis más riguroso de la jurisprudencia invocada por la Comisión parece poner de manifiesto que el Tribunal de Justicia también considera decisiva la adopción por el legislador comunitario de las medidas necesarias para la ejecución del Tratado con el fin de que este último pueda aplicarse directamente. Así, en la sentencia Stöber y Piosa Pereira, el Tribunal insistió expresamente en la postura que había adoptado en la sentencia de 4 de octubre de 1991, Middleburgh, según la cual la legislación de un Estado miembro que excluía el pago de asignaciones para hijos a cargo con respecto a los hijos de un trabajador por cuenta propia residente en otro Estado miembro no era incompatible con el artículo 52 del Tratado si el Consejo todavía no había adoptado las medidas correspondientes en los períodos pertinentes a efectos de aquel asunto. [32] Dicho de otro modo, el Tribunal de Justicia insiste en la tesis según la cual la aplicación directa del artículo 52 del Tratado no es posible siempre que para dicha aplicación sea necesario adoptar determinadas medidas —en aquel caso, para garantizar que las asignaciones se destinaran realmente a la manutención de los hijos a cargo y para evitar su acumulación— y el legislador comunitario no las haya adoptado. Sin embargo, si —como sucedió en el asunto que condujo a la sentencia Stöber y Piosa Pereira— dichas medidas han sido adoptadas, las autoridades nacionales pueden aplicarlas para colmar la laguna resultante de la inaplicación de las disposiciones nacionales incompatibles con el Tratado.

37. Por otro lado, debe subrayarse que la jurisprudencia invocada por la Comisión se refiere a la aplicación directa de los artículos

30 — Véanse las sentencias Stöber y Piosa Pereira, citada en la nota 28 *supra*, y Merino García, citada en la nota 16 *supra*. En cambio, en la sentencia similar de 5 de marzo de 1998, Kulzer (C-194/96, Rec. p. I-895), el Tribunal de Justicia no aplicó directamente el apartado 2 del artículo 48 del Tratado puesto que, como subrayó en sus conclusiones en aquel asunto el Abogado General Sr. Fennelly (punto 61), no se trataba en aquel caso de un trabajador migrante.
Véase, también, la sentencia de 15 de febrero de 1996, Kemmler (C-53/95, Rec. p. I-703), en la que el Tribunal de Justicia aplicó directamente el artículo 52 del Tratado y reconoció que este artículo se opone a que un Estado miembro obligue a cotizar al régimen de Seguridad Social de los trabajadores autónomos a las personas que ejerzan ya una actividad por cuenta propia en otro Estado miembro, en el que estén domiciliadas y afiliadas al régimen de Seguridad Social, cuando dicha obligación no supone ninguna protección social suplementaria en beneficio de las referidas personas (apartado 14).

31 — Véase la sentencia Stöber y Piosa Pereira, citada en la nota 28 *supra*, apartado 40.

32 — Véase la sentencia Stöber y Piosa Pereira, citada en la nota 28 *supra*, apartado 40, en relación con la sentencia de 4 de octubre de 1991, Middleburgh (C-15/90, Rec. p. I-4655), apartados 14 y 15.

del Tratado y a la eventual aplicación analógica de los artículos del Reglamento nº 1408/71 con respecto a asuntos, semejantes al asunto Vougioukas, en los que la aplicación directa de los artículos del Tratado no está relacionada con la necesidad de aplicar medidas de coordinación comunitarias, sino que se refiere principalmente a la incompatibilidad con el Tratado de medidas nacionales que introducen discriminaciones. [33] Sin embargo, estimo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a las discriminaciones impuestas por legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social no puede aplicarse al presente asunto.

38. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el conjunto de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en todo el territorio comunitario, oponiéndose a toda normativa nacional que pudiera situar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que pretendieran prolongar sus actividades fuera del territorio de un solo Estado miembro. [34]

En consecuencia, la aplicación directa de los artículos 48 y siguientes del Tratado no significa sólo que las disposiciones nacionales no deben entrañar una discriminación por razón de la nacionalidad, es decir, entre los propios nacionales y los nacionales de los demás Estados miembros, [35] sino también que las disposiciones nacionales no deben entrañar discriminación entre quienes ejercen el derecho a la libre circulación y quienes no lo han ejercido. [36] Por esta razón, como indica también la Comisión en sus observaciones, el Tribunal de Justicia, con el fin de juzgar si existe dicha discriminación, compara la situación en la que se encuentra el trabajador migrante después

33 — Por ejemplo, en la sentencia Stöber y Piosa Pereira, citada en la nota 28 *supra*, el Tribunal de Justicia, tras señalar que de la interpretación del artículo 73 del Reglamento nº 1408/71, en relación con el inciso ii) de la letra a) del artículo 1 y la letra de la parte C del punto I del Anexo I se desprendía que los casos de los Sres. Stöber y Pereira no estaban comprendidos en su ámbito de aplicación, juzgó, en primer lugar, que, habida cuenta del citado Reglamento de carácter coordinador, la legislación alemana podía determinar libremente los requisitos que dan derecho a prestaciones de Seguridad Social sin, no obstante, entrañar discriminaciones incompatibles con el artículo 52 del Tratado. Así, en segundo lugar, el Tribunal de Justicia, aplicando directamente el citado artículo del Tratado, estimó que la legislación alemana controvertida introducía discriminaciones y, en consecuencia, era incompatible con el Tratado. De forma semejante, en la sentencia Merino García, citada en la nota 16 *supra*, el Tribunal de Justicia, tras considerar que no se había revelado ningún elemento que pudiera afectar a la validez de la mencionada *Parte C del punto I del Anexo I*, aplicó directamente el apartado 2 del artículo 48 del Tratado por entender que se oponía a una normativa nacional que implicaba la denegación de prestaciones familiares a un trabajador por cuenta ajena cuyos hijos estuvieran domiciliados en otro Estado miembro, respecto a los meses civiles completos comprendidos en un permiso no retribuido de larga duración, mientras que sí tenían derecho los trabajadores cuyos hijos estuvieran domiciliados en el Estado de que se trataba.
Además, en la sentencia Kemmler, citada en la nota 29 *supra*, el Tribunal de Justicia aplicó directamente el artículo 52 del Tratado a unas disposiciones nacionales que obstaculizaban el ejercicio de numerosas actividades profesionales en los Estados miembros de la Comunidad.

34 — Véase, entre otras, la sentencia de 7 de julio de 1988, Stanton (143/87, Rec. p. 3877), apartado 13. Véanse, también, las sentencias de 7 de marzo de 1991, Masgio (C-10/90, Rec. p. I-1119), apartados 16 a 18, y Vougioukas, citada en la nota 4 *supra*, apartado 39.
El Tribunal de Justicia ha declarado a este respecto que, «si bien es cierto que [...] el artículo 51 del Tratado permite que subsistan diferencias entre los regímenes de Seguridad Social de los diversos Estados miembros y, por consiguiente, en los derechos de las personas que trabajan en ellos, también se ha reiterado que el objetivo de los artículos 48 a 51 del Tratado no se alcanzaría si, como consecuencia del ejercicio de su derecho a la libre circulación, los trabajadores migrantes perdieran las ventajas de Seguridad Social que les otorga la legislación de un Estado miembro. Tal consecuencia podría disuadir al trabajador comunitario de ejercitar su derecho a la libre circulación y constituiría, por lo tanto, un obstáculo a dicha libertad». Véase la sentencia de 5 de octubre de 1994, Van Munster (C-165/91, Rec. p. I-4661), apartado 27, donde se remite a la sentencia de 4 de octubre de 1991, Paraschi (C-349/87, Rec. p. I-4501), apartado 22. Véase, también, la sentencia de 20 de septiembre de 1994, Drake (C-12/93, Rec. p. I-4337), apartados 20 y 22.

35 — Véanse, a título indicativo, las sentencias de 18 de mayo de 1989, Hartmann Troiani (368/87, Rec. p. 1333), apartados 19 y 21, y de 30 de enero de 1997, De Jaeck (C-340/94, Rec. p. I-461), apartados 36 y 37.

36 — Véase la sentencia Vougioukas, citada en la nota 4 *supra*, apartado 38. Véase, también, a este respecto, *Commentaire Mégret*, citado en la nota 27 *supra*, p. 123.

del ejercicio del derecho de libre circulación con la situación en la que se encontraría de no haber ejercido dicho derecho. [37]

39. En lo que respecta al presente asunto, el apelante en el procedimiento principal y la Comisión estiman que la interpretación literal del Anexo coloca en situación desfavorable a cuantos hayan ejercido el derecho a la libre circulación en el interior de la Comunidad. En concreto, la Comisión afirma que, si el Sr. Nijhuis no hubiera hecho uso del derecho de libre circulación, hubiese continuado trabajando exclusivamente en los Países Bajos y hubiera sufrido la incapacidad para el trabajo en este país encontrándose asegurado con arreglo a la legislación neerlandesa, tendría derecho a una prestación de invalidez, cuyo cálculo sería independiente de la duración de los períodos de seguro. Sin embargo, desde el momento en que ejerció el derecho a la libre circulación, no percibe ninguna prestación de los Países Bajos y, de Alemania, percibe únicamente una prestación calculada *pro rata temporis*. Según el Sr. Nijhuis y la Comisión, por tanto, la falta de pago de la prestación prorrateada neerlandesa sería, para el primero, manifiestamente contraria a los objetivos de los artículos 48 y 51 del Tratado.

40. Aun cuando, en efecto, el ejercicio del derecho de libre circulación dentro de la Comunidad colocase al Sr. Nijhuis en una situación desfavorable, la cuestión decisiva estriba en determinar quién es responsable de ello. Si la responsabilidad fuese imputable a las normativas introducidas —o no introducidas— por el Reglamento nº 1408/71, que excluye de su ámbito de aplicación los regímenes especiales de los funcionarios, se plantea una cuestión relativa a la validez del Reglamento a la luz de los artículos 48 a 51 del Tratado, cuestión que, por un lado, no está vinculada a la aplicación directa de los artículos citados en el Derecho nacional interno y, por otro, ha sido resuelta, básicamente, en favor del reconocimiento de la validez del Reglamento. [38] En el presente caso, la aplicación directa del Tratado únicamente podría interesar si el trabajador migrante se hubiera encontrado en la situación desfavorable a causa de las normativas nacionales. [39]

41. A este respecto, los únicos puntos de la normativa nacional neerlandesa que cabe considerar presentan un nexo de causalidad con la situación desfavorable en que se encuentra el Sr. Nijhuis son la previsión, durante los períodos controvertidos, de un régimen de Seguridad Social especial para los funcionarios; la exclusión de los períodos de seguro en dicho régimen del ámbito de aplicación de la WAO; la elección de un régimen de Seguridad Social basado en el riesgo (tipo A), que excluye el derecho del interesado a la prestación cuando este último trabaja ya en Alemania y —admitámoslo— por último, el

37 — Véase la sentencia Vongioukas, citada en la nota 4 *supra*, apartados 40 y 41.

38 — Véanse los puntos 20 y ss. *supra*.

39 — El supuesto de la responsabilidad compartida, como observa la Comisión, no altera la postura anterior, en la medida en que, en el presente caso, la aplicación directa del Tratado afectará exclusivamente a la parte de responsabilidad de las disposiciones nacionales. Procede, no obstante, señalar que la aceptación de una responsabilidad compartida de un Reglamento y de disposiciones nacionales entraña, en mi opinión, la tendencia a atribuir la responsabilidad de la coordinación de los regímenes de Seguridad Social a los legisladores nacionales. Véase el punto 43 *infra*.

hecho, como observa la Comisión, de que el legislador neerlandés no permite tener en cuenta que el interesado percibe una prestación a prorrata de otro Estado miembro.

42. En primer lugar, debe observarse que los cuatro puntos mencionados se aplican indistintamente a todos los funcionarios. Es manifiesto, con todo, que sólo con respecto a los trabajadores que ejercieron el derecho de libre circulación en el interior de la Comunidad cabe plantear la cuestión del reconocimiento y la acumulación de los períodos cubiertos en los Países Bajos y en los restantes Estados miembros de la Comunidad, y por tanto, sólo ellos pueden sufrir consecuencias desfavorables.

43. A continuación, debe sin embargo señalarse que, si se considerase que dichos puntos de la legislación neerlandesa provocan una discriminación en detrimento de los funcionarios que se desplazan dentro de la Comunidad, ello llevaría aparejada la obligación de dicho Estado miembro bien de suprimir los regímenes especiales de los funcionarios y del personal asimilado, bien de establecer que los períodos de seguro cubiertos por ellos serán tenidos en cuenta por los regímenes generales de Seguridad Social del Estado, bien de suprimir los regímenes de Seguridad Social de tipo A o bien, por último, de establecer que se tendrá en cuenta la circunstancia de estar una persona percibiendo una prestación prorrateada de otro Estado miembro.

Sin embargo, el reconocimiento de una obligación de esta naturaleza conduciría al fenómeno, contrario al espíritu de las disposiciones del Tratado, consistente en afectar a la validez de normativas nacionales que, por su naturaleza, pertenecen al ámbito de la libertad organizativa enteramente legítima del legislador nacional en el sector de la Seguridad Social, [40] fundamentalmente no tanto porque dichas normativas colocan, por sí solas, en una situación desfavorable a quienes han ejercido el derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad, sino principalmente porque no están coordinadas —cuando no armonizadas— con las normativas de otro Estado miembro. [41] Ello equivaldría, en realidad, a una paradójica forma de suprimir las disposiciones controvertidas del Reglamento

40 — Véanse los puntos 24 y 25 *supra*. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que no es contrario a los artículos 48 a 51 del Tratado el punto 4 de la Parte I (actualmente J) del Anexo VI del Reglamento nº 1408/71 modificado, en la medida en que introduce un nuevo elemento de apreciación, a saber, la cualidad de trabajador por cuenta ajena en el momento en que se produce la incapacidad para el trabajo, cuando se trata de determinar, aplicando dicha disposición, con arreglo a qué legislación neerlandesa, la WAO o la AAW, es posible la adquisición del derecho a la prestación. Véase la sentencia Drake, citada en la nota 33 *supra*, apartados 18 y 20 a 25. En lo que respecta a la libertad organizativa, enteramente legítima, del legislador nacional en el sector de la Seguridad Social, véase, también, la sentencia Stöber y Piosa Pereira, citada en la nota 28 *supra*, apartado 36.

41 — Los cuatro puntos antes mencionados de la legislación neerlandesa y, en particular, el subrayado por la Comisión, a saber, que dicha legislación no permite tener en cuenta que el Sr. Nijhuis percibe una prestación prorrateada de Alemania, no pueden equipararse a las disposiciones nacionales pertinentes en el marco de los asuntos Vougioukas, Grahame y Hollanders, Stöber y Piosa Pereira, Merino García, Kemmler y Masgio, citados, respectivamente, en las notas 4, 3, 28, 16, 29 y 33 *supra*. Los citados asuntos se refieren a los requisitos para el reconocimiento o el cálculo de la prestación aseguradora en relación con la elección del régimen nacional de Seguridad Social y en el contexto del ejercicio del derecho de libre circulación. En cambio, los puntos de la legislación neerlandesa a los que se refiere, en el presente caso, la eventual aplicación directa de los artículos del Tratado pueden conducir a una discriminación únicamente en relación con el régimen de otro Estado miembro. Sin embargo, todo Estado miembro puede elegir el régimen de Seguridad Social que desea, siempre y cuando sea compatible con los objetivos del Tratado, y no cabe imputar a dicho régimen una discriminación por el mero hecho de que tenga consecuencias negativas en caso de vincularse al régimen de otro Estado. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que «al prohibir a todo Estado miembro aplicar su Derecho, en el ámbito de aplicación del Tratado, de forma diferente en razón de la nacionalidad, los artículos 7 y 48 no se refieren a las *eventuales disparidades de trato que pueden resultar*, entre un Estado miembro y otro, de las divergencias existentes entre las legislaciones de los distintos Estados miembros siempre que éstas afecten a todas las personas comprendidas en su ámbito de aplicación, según criterios objetivos y al margen de su nacionalidad» (véase la sentencia de 28 de junio de 1978, Kenny, 1/78, Rec. p. 1489, apartado 18).

mediante la atribución de la responsabilidad de coordinación —cuando no de armonización— de los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros a los propios legisladores nacionales. [42]

Comisión solicita al Tribunal de Justicia, básicamente, que efectúe una redefinición de los principios de la jurisprudencia Vougioukas que, en la práctica, equivale a apartarse de los puntos fundamentales de dicha jurisprudencia.

44. Sobre la base de lo anterior y habida cuenta del tenor literal de la sentencia Vougioukas, en mi opinión, en el presente asunto no es posible aplicar directamente el artículo 48 del Tratado puesto que, tal como señalan la parte apelada en el procedimiento principal y el Gobierno neerlandés, no se ha efectuado el cálculo de la prestación neerlandesa prorrateada que es necesario para su reconocimiento, es decir, la coordinación de los distintos regímenes en el marco de los cuales estuvo asegurado el Sr. Nijhuis; dicho de otro modo, no se desprende necesariamente del Tratado o del Derecho nacional, sino que exige acudir a disposiciones comunitarias de coordinación. [43]

En relación con el presente asunto, esta redefinición hermenéutica de la jurisprudencia Vougioukas, que se propone a la vez en las observaciones de la Comisión y en comentarios doctrinales, [44] consiste en apreciar que, en tanto que el Consejo no adopte las medidas «técnicas» para la adaptación del Reglamento a los regímenes especiales de los funcionarios, las autoridades nacionales pueden aplicar por analogía el régimen general del Reglamento nº 1408/71. La Comisión, remitiéndose a su propuesta de modificación del Reglamento, [45] señala, en especial, que la solución que se derivaría de la eventual adopción de dicha propuesta sería, en efecto, en el caso del ABPW, la aplicación analógica de las disposiciones del apartado 4 del artículo 45 y del artículo 46 del Reglamento nº 1408/71.

45. Conforme interpreta la jurisprudencia posterior a la sentencia Vougioukas, la

La mencionada redefinición hermenéutica es enteramente contraria a la jurisprudencia Vougioukas, que excluye de manera expresa la aplicación directa del Tratado cuando existe necesidad —aun cuando sea por analogía— de aplicar el Reglamento nº 1408/71. Además, desde el momento en que, en casos especiales no contemplados en la letra del Reglamento

42 — Tal como observó el Abogado General Sr. Roemer en sus conclusiones de 19 de diciembre de 1968, en el asunto en el que recayó la sentencia de 13 de febrero de 1969, Wilhelm (14/68, Rec. 1969, pp. 1 y ss., especialmente p. 30), «el único objetivo de la prohibición de la discriminación es evitar, en el interior de un mismo Estado miembro, la existencia de varios regímenes que estén en función de la nacionalidad de sus destinatarios. En cambio, esta prohibición no persigue la finalidad de impedir las consecuencias desfavorables de la limitación territorial de la soberanía y de las leyes del Estado, es decir, de favorecer la armonización del Derecho en la Comunidad».

43 — Esta exigencia, por lo demás, tampoco la discute la Comisión que, por un lado, propone, como ya antes señalaba, la aplicación analógica — por tanto, también necesaria— de las disposiciones del Reglamento para el cálculo de la prestación y, por otro, subraya expresamente, en sus observaciones escritas, que no sería oportuno no aplicar la disposición del Anexo VI del Reglamento de que se trata, puesto que su inaplicación llevaría aparejada la inaplicabilidad de las restantes disposiciones del Reglamento nº 1408/71, aunque es imposible encontrar en dicho Reglamento una disposición que obligue a las instituciones neerlandesas competentes a tener en cuenta una prestación basada en la afiliación al régimen especial de los funcionarios.

44 — Véase Mavridis, P.: «L'arrêt Vougioukas: une révolution discrète? (Réflexions sur la mobilité et la protection sociale des agents publics en Europe)», en *Cahiers de droit européen* 1998, pp. 191 y ss., especialmente pp. 206 y ss.

45 — Véase la Propuesta de modificación del Reglamento nº 1408/71, presentada por la Comisión, citada en la nota 7 *supra*.

nº 1408/71, fuese aplicar de forma directa los artículos del Tratado en relación con la aplicación analógica de las disposiciones del citado Reglamento, no tendría sentido afirmar que no resulta afectada la validez de las disposiciones del Reglamento en relación con la exclusión de los regímenes especiales de los funcionarios. Más concretamente, tanto si dichas disposiciones se consideran válidas como si se estiman inválidas, en la práctica se soslayaría el Reglamento en favor de una coordinación —cuando no armonización— jurisprudencial de los regímenes nacionales mediante la aplicación directa del Tratado. De las observaciones precedentes se desprende con claridad, por tanto, que la redefinición hermenéutica que la Comisión propone hacer de la jurisprudencia Vougioukas da a esta última un contenido enteramente distinto, si es que no la trastoca.

d) La necesidad de aclarar la jurisprudencia Vougioukas

46. Tal como se desprende de numerosos puntos de los análisis precedentes, la solución del presente asunto, en la medida en que se refiere a la interpretación de las disposiciones controvertidas del Anexo VI del Reglamento nº 1408/71 (en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos del presente asunto), depende del modo en que el Tribunal de Justicia juzgue oportuno tratar la jurisprudencia Vougioukas, antes mencionada.

47. Si bien, como señalaba en anteriores puntos de estas conclusiones, parece que el Tribunal de Justicia, en determinadas ocasiones, por un lado, amplía la interpretación de las disposiciones del Reglamento nº 1408/71 dotándolas de contenido comunitario [46] y, por otro, acepta la aplicación directa de los artículos 48 y siguientes del Tratado sin examinar expresamente si concurren los requisitos enunciados en la sentencia Vougioukas, [47] pienso, no obstante, que no se debe, guiándose fundamentalmente por una tendencia latente hacia la armonización de las legislaciones nacionales, tendencia que contradice el proclamado carácter coordinador del Reglamento de que se trata, [48] llegar al punto de revisar el tenor de dicha sentencia.

48. No voy a reiterar los argumentos específicos que justifican esta postura. Me limitaré, en este punto, a señalar determinados problemas generales que guardan relación con la procedencia de una aclaración de la jurisprudencia Vougioukas en lo que respecta a la validez y a la interpretación de las disposiciones controvertidas del Reglamento.

49. En primer lugar, debe mencionarse que el reconocimiento por el Tribunal de Justicia, en la sentencia Vougioukas, de la validez del apartado 4 del artículo 4 del Reglamento —que excluyó del ámbito de aplicación de dicho Reglamento los regímenes especiales de los funcionarios y del personal asimilado, y que estaba indisolublemente vinculado a las disposiciones del Anexo VI controvertidas en el presente asunto— es compatible con la naturaleza de la obligación de adoptar medidas de coordinación que incumbe al Consejo con

46 — Véase el punto 26 *supra*.

47 — Véase el punto 35 *supra*.

48 — El Tribunal de Justicia ha declarado de manera reiterada que el Reglamento nº 1408/71 se limita a coordinar las legislaciones nacionales y no persigue en absoluto su armonización. Véanse, a título indicativo, las sentencias de 6 de marzo de 1979, Rossi (100/78, Rec. p. 831), apartado 13; de 12 de junio de 1980, Laterza (733/79, Rec. p. 1915), apartado 8; Vougioukas, citada en la nota 4 *supra*, apartado 13; Stöber y Piosa Pereira, citada en la nota 28 *supra*, apartado 36, y Merino García, citada en la nota 16 *supra*, apartado 27.

arreglo al artículo 51 del Tratado. Mientras que, de conformidad con este último artículo, existe en principio la obligación de adoptar medidas de coordinación, la invalidación de la omisión de dichas medidas no puede, en la práctica, tener efecto útil, en la medida en que, aun cuando se considerase que a la luz de los artículos del Tratado resulta afectada la validez de las disposiciones controvertidas del Anexo VI del Reglamento por no permitir tomar en consideración los períodos de seguro del Sr. Nijhuis en el régimen ABPW, no podría conseguirse la coordinación de los regímenes especiales de los funcionarios. El Tribunal de Justicia, si bien puede declarar nulos los actos del Consejo, no puede sustituir a este último en el desempeño de su función, en especial desde el momento en que, como se declaró en la sentencia Vougioukas, el Consejo disfruta de una amplia facultad de apreciación en lo que respecta a la elección de las medidas más apropiadas. [49] Como de modo característico observó el Abogado General Sr. Jacobs en sus conclusiones en el asunto Hartmann Troiani, aunque es innegable que el artículo 48 debe ser objeto de una interpretación amplia, existen dudas en torno a la posibilidad de basarse en disposiciones generales del Tratado, como el artículo 48, para subsanar lagunas en la legislación comunitaria sobre Seguridad Social. Y añade el Abogado General Sr. Jacobs: «[...] en tal caso, las necesidades legislativas y en particular las necesidades de modificación legislativa, serían mínimas». [50]

50. Acto seguido, debe subrayarse que la coordinación de los regímenes especiales de los funcionarios no podría realizarse, en ningún caso, mediante la aplicación analógica de las disposiciones del Reglamento nº 1408/71 en relación con la coordinación de los regímenes generales de Seguridad Social. Al margen de la discutida existencia de una laguna jurídica, [51] la aplicación analógica presupone asimismo la necesaria semejanza entre los supuestos regulados, en el presente caso inexistente. En efecto, sería vano alegar que las normas relativas a la coordinación de los regímenes nacionales pueden aplicarse *a priori* a los regímenes especiales. Por otro lado, esta inexistencia, en principio, de la necesaria semejanza de los supuestos regulados y la comprobación del carácter aparentemente insalvable de las diferencias que separan a los regímenes especiales de los funcionarios existentes en los Estados miembros fueron las que condujeron al Tribunal de Justicia a declarar que, hasta un determinado momento, el retraso del Consejo en la adopción de medidas de coordinación de los regímenes

49 — Véanse, a este respecto, las conclusiones del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto Vougioukas, citado en la nota 4 *supra*, punto 23.
La obligación que impone el artículo 51 del Tratado es análoga a la obligación de actuación positiva de las autoridades nacionales en el marco de la realización de los derechos sociales nacionales (*status positivus*). Si bien es cierto que en principio la obligación existe, no existe una acción jurisdiccional eficaz contra las autoridades que no hayan iniciado el procedimiento dirigido a la realización de dichos derechos, lo que significa que la eventual anulación de dicha omisión no conduciría a la perseguida realización de los derechos, ya que no existe un régimen anterior aplicable y que el Juez no puede sustituir a las autoridades legislativas o administrativas competentes en el desempeño de su función. Sólo si las autoridades adoptan tales medidas puede efectuarse un control sustantivo y la eventual anulación de las nuevas medidas puede tener un contenido útil. En tal caso, las nuevas medidas pueden ser controladas a la luz de los objetivos de los derechos, tal como quedaron ya concretados en el régimen existente. En caso de anulación de las mismas, será posible aplicar dicho régimen. El razonamiento que precede se ha corroborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha declarado, por un lado, que el Reglamento nº 1408/71, al adoptar medidas de coordinación, confiere a los trabajadores «*derechos que no poseerían de otra forma* y que contribuyen, por lo tanto, a garantizar la libre circulación de los trabajadores conforme al artículo 51 del Tratado» (véase la sentencia de 8 de abril de 1992, Gray, C-62/91, Rec. p. I-2737, apartado 10; el subrayado es mío), y, por otro, que existen en el control ejercido válvulas de seguridad en virtud de las cuales «la regulación comunitaria en materia de seguridad social, que tiene por base el artículo 51 del Tratado, debe abstenerse de añadir disparidades suplementarias a las que derivan ya de la falta de armonización de las legislaciones nacionales» (véase la sentencia Pinna, citada en la nota 17 *supra*, apartado 21).

50 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto Hartmann Troiani, citado en la nota 34 *supra*, punto 23.

51 — Véase el punto 29 *supra*.

especiales de los funcionarios estaba justificado. [52]

51. Por último, en ningún caso podría aplicarse por analogía, como en realidad propone la Comisión, la legislación comunitaria posterior con la que se pretendía realizar —y verdaderamente realizó— la coordinación también con respecto a los regímenes especiales de los funcionarios.

Por un lado, la circunstancia de carecer el Tribunal de Justicia de la posibilidad de sustituir al Consejo en el desempeño de su función, cuando este último disfruta de una potestad discrecional, no resulta afectada por el contenido concreto de la postura que —se suponía que con toda probabilidad adoptaría o que— finalmente adoptó el Consejo en ejercicio de su potestad discrecional, con respecto a la coordinación de los regímenes especiales de los funcionarios. [53]

Por otro, la aplicación retroactiva del nuevo Reglamento nº 1606/98, expresamente excluida por el punto 11 del artículo 1 de dicho Reglamento y que, sin embargo, fue solicitada por el Sr. Nijhuis durante la vista, sería contraria a la seguridad jurídica en la medida en que los hechos de todo litigio deben regirse por las normas efectivamente vigentes en el momento en que tuvieron lugar dichos hechos. [54]

52 — Véase la sentencia Vougioukas, citada en la nota 4 *supra*, apartado 32.
Por la misma razón, tampoco puede darse el caso de la anulación de una excepción que entrañaría el regreso a la norma [véanse, respecto a las consecuencias de la sentencia Pinna, citada en la nota 17 *supra*, la sentencia de 2 de marzo de 1989, Pinna II (359/87, Rec. p. 585), apartados 12 a 17, así como las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en dicho asunto, especialmente el punto 25], puesto que no existe una norma general de coordinación de los regímenes especiales de los funcionarios de la que pudieran excluirse, por ejemplo, determinadas categorías de personas. Tal norma brilla por su ausencia. Por último, en ningún caso podría considerarse que la omisión de la coordinación de los regímenes especiales de los funcionarios constituye una excepción a la norma de coordinación de los regímenes generales; ni, naturalmente, que constituye una excepción a las normas aplicables a los regímenes especiales de Seguridad Social de otras categorías de trabajadores (véanse, a este respecto, el apartado 2 del artículo 38 y el apartado 2 del artículo 45 del Reglamento nº 1408/71, en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos del asunto); ni tampoco que entre estos últimos regímenes especiales y los regímenes especiales de los funcionarios existe, necesariamente, la semejanza exigida que justificaría la aplicación analógica del mismo régimen.

53 — Por consiguiente, estimo que puede prescindirse de examinar en cuanto al fondo la alegación aducida por la LISV durante la vista según la cual, como se desprende del octavo considerando, así como de los artículos 43 *bis* y 51 *bis* que fueron añadidos mediante el Reglamento nº 1606/98, las medidas que finalmente adoptó el Consejo en relación con la coordinación de los regímenes especiales de los funcionarios no equivalen a la aplicación analógica del Reglamento nº 1408/71 (apartado 4 del artículo 45), en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos del litigio principal, invocada por la Comisión.

54 — Es característico que el Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, si bien señaló, por una parte, la tendencia cada vez más extendida entre los Estados miembros a afiliar a sus funcionarios a los regímenes generales y que las diferencias que habían caracterizado históricamente a los regímenes especiales con respecto a los generales van desapareciendo paulatinamente, así como, por otra, que si llegara a aprobarse la propuesta de la Comisión se haría extensivo el ámbito de aplicación material del Reglamento a los regímenes especiales de los funcionarios, no obstante, aunque aceptó la existencia de un vacío que debía ser colmado, como por lo demás lo estimó también el Tribunal de Justicia a continuación, no puso en tela de juicio la validez de las disposiciones del Reglamento de que se trata ni examinó la eventualidad de una aplicación analógica de las nuevas disposiciones propuestas (véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto Vougioukas, citado en la nota 4 *supra*, puntos 22 y 23).
Véase, también, la sentencia Middleburgh, citada en la nota 31 *supra*, en la que el Tribunal de Justicia no optó ni por la aplicación analógica de las medidas relativas a los trabajadores por cuenta ajena ni por las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 3427/89 del Consejo, de 30 de octubre de 1989 (DO L 331, p. 30), que modificó el Reglamento nº 1408/71 incluyendo en su ámbito de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena, pese a que dicha modificación, aunque fuese posterior a los períodos pertinentes en el litigio principal, se produjo con anterioridad a la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia (apartado 14). Para corroborar la citada postura del Tribunal de Justicia, véase también la sentencia Stöber y Piosa Pereira, citada en la nota 28 *supra*, apartado 40.
Véase también, por último, la sentencia Kemmler, citada en la nota 29 *supra*, en la que el Tribunal de Justicia declaró que, a tenor de su artículo 2, el Reglamento (CEE) nº 1390/81 del Consejo, de 12 de mayo de 1981 (DO L 143, p. 1), no generó derecho alguno por los períodos de tiempo anteriores a su entrada en vigor y que, en la medida en que su fecha de entrada en vigor era posterior a los períodos de que se trataba en el litigio principal, el referido Reglamento era inaplicable a dicho litigio (apartado 7).

52. Como no es posible que el Tribunal de Justicia elabore por sí solo las normas de coordinación que debía adoptar expresamente el legislador comunitario, tampoco deben existir dudas relativas a la interpretación de la jurisprudencia Vougioukas. Así pues, en aras de la seguridad jurídica, no deben soslayarse ni los requisitos establecidos en la sentencia Vougioukas para la aplicación directa de los artículos del Tratado ni el problema de la validez de las disposiciones de los Reglamentos de coordinación adoptados con arreglo al artículo 51 del Tratado, con lo que se elaboraría, en realidad, una jurisprudencia paralela que sustituiría la labor del Consejo mediante la aplicación directa de los artículos del Tratado, circunstancia que a menudo entraña también tendencias latentes de armonización de las legislaciones nacionales.

53. Sobre la base de los análisis que anteceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda de manera negativa a la primera cuestión prejudicial del Centrale Raad van Beroep.

54. Si, pese a todo, el Tribunal de Justicia juzgase bien que debe darse una interpretación contraria a la que propongo de las disposiciones controvertidas del Anexo VI del Reglamento nº 1408/71, bien que existe una obligación de pago de la prestación prorrateada neerlandesa al Sr. Nijhuis basada en la aplicación directa de los artículos 48 a 51 del Tratado, en tal caso, por razones de seguridad jurídica vinculadas a la modificación de la jurisprudencia Vougioukas, estimo oportuno acoger la solicitud formulada durante la vista por la parte apelada en el procedimiento principal y el Gobierno neerlandés, limitando los efectos retroactivos [55] de dicha eventual sentencia únicamente a quienes ya han interpuesto recursos jurisdiccionales o presentado reclamaciones equivalentes dirigidos a que se declare dicho derecho de acumulación. [56]

B. *Sobre la segunda cuestión*

55. Habida cuenta de la respuesta negativa a la primera cuestión, huelga responder a la segunda. Sin embargo, en aras de la exhaus-

55 — Debe señalarse que la limitación al futuro *(ex nunc)* de los efectos de dicha sentencia carecería de utilidad, puesto que en el futuro se aplicará ya el Reglamento nº 1408/71 en su versión modificada por el Reglamento nº 1606/98, antes citado. En consecuencia, en el presente caso la limitación de los efectos en el tiempo de dicha sentencia sólo tiene sentido en tanto que limitación del alcance de su efecto retroactivo.

56 — A partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia existente hasta la fecha, tal como se desprende de la sentencia Vougioukas, citada en la nota 4 *supra*, los Estados miembros y las autoridades nacionales competentes podrían legítimamente pensar que los períodos de seguro con arreglo a un régimen especial de los funcionarios no se tienen en cuenta para el cálculo de la prestación prorrateada de invalidez. En consecuencia, un posible apartamiento importante del Tribunal de Justicia, en su sentencia, de la jurisprudencia Vougioukas, antes citada, originaría un riesgo de graves repercusiones económicas, debidas en especial al gran número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válida con arreglo al Derecho comunitario, así como debido al hecho de que los Estados miembros y las autoridades nacionales han adoptado un comportamiento no conforme con el Derecho comunitario a causa de una incertidumbre seria y objetiva acerca del significado exacto de la normativa comunitaria interpretada por el Tribunal de Justicia. Ahora bien, la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia habrá contribuido a crear y reforzar dicha incertidumbre. Véase, a propósito de la protección de la confianza legítima generada por la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la sentencia de 30 de abril de 1996, Cabanis-Issarte (C-308/93, Rec. p. I-2097), apartados 47 y 48, y punto 2 del fallo.

tividad, examinaré acto seguido dicha segunda cuestión, sin perjuicio, en todo caso, de los análisis que anteceden.

56. Si el Tribunal de Justicia estimase que debe pagarse una prestación prorrateada neerlandesa al Sr. Nijhuis, la determinación de la institución competente para efectuar dicho pago dependerá, como señala también la parte apelada en el procedimiento principal, de la base jurídica adoptada para justificar dicha obligación de pago.

57. En efecto, si, basándose en una interpretación extensiva del Anexo del Reglamento, el Tribunal de Justicia estimase que los períodos ABPW controvertidos deben tenerse en cuenta en el marco del régimen WAO, la única posibilidad consistiría en declarar que la institución competente es la prevista en la letra b) del punto 2 de la Sección I del Anexo 2 del Reglamento nº 574/72, es decir, en el presente caso, la NAB (o, desde el 1 de marzo de 1997, la LISV).

58. Si, no obstante, el Tribunal de Justicia acudiese a la aplicación directa del artículo 48 del Tratado con el fin de tener en cuenta los períodos ABPW, es decir, si aplicase el Tratado y no el Reglamento, en tal caso, la competencia para la determinación del derecho a la cobertura nacido durante dichos períodos correspondería a la institución competente de Derecho interno en relación con el Seguro de Invalidez de los funcionarios. [57]

59. Sin embargo, en todo caso, en la respuesta del Tribunal de Justicia deberá señalarse, como observa también la Comisión remitiéndose a la jurisprudencia de este último, que las dificultades prácticas, a falta de normativas específicas relativas al pago de determinadas categorías de cotizaciones, no pueden perjudicar los derechos que los principios de la normativa social comunitaria conceden a los particulares. [58] Asimismo, deberá señalarse, como por lo demás contemplan también los artículos 84 y 86 del Reglamento nº 1408/71 (en su versión vigente cuando tuvieron lugar los hechos del litigio principal), que, en todo caso, las autoridades e instituciones nacionales competentes en materia de Seguridad Social deben colaborar y trasladar las correspondientes peticiones de prestaciones sociales a la institución competente cuando consideren que carecen de competencia, sin que dicho traslado tenga, desde el punto de vista de los plazos o de la admisibilidad, consecuencias negativas para los interesados.

57 — En el marco de esta interpretación, no parece que pueda justificarse la competencia de la NAB, que es la institución competente para aplicación de la WAO. Aun cuando se optase por la solución de la aplicar analógicamente las disposiciones del Reglamento nº 1408/71, dicha aplicación se referirá a la coordinación de los regímenes con arreglo a los cuales cubrió los períodos del seguro el Sr. Nijhuis y no a la institución competente para la determinación del derecho a la cobertura. Este último se determinará, simplemente, en función del régimen de Seguridad Social aplicable.

58 — Véase la sentencia de 12 de julio de 1990, Comisión/Francia (C-236/88, Rec. p. I-3163), apartado 17.

VI. Conclusión

60. Propongo, pues, al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Centrale Raad van Beroep:

«— La letra a) del punto 4 de la Sección I del Anexo VI del Reglamento (CEE) nº 1408/71 [en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) nº 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983], debe interpretarse en el sentido de que el período comprendido entre el 15 de octubre de 1968 y el 1 de abril de 1974, durante el cual una persona trabajó exclusivamente en los Países Bajos y estuvo asegurada contra la invalidez con arreglo a un régimen especial de Seguridad Social de los funcionarios, no debe ser tenido en cuenta para el cálculo de las prestaciones de invalidez con arreglo al apartado 2 del artículo 46, en relación con el apartado 4 del artículo 45, del citado Reglamento, habida cuenta también de los artículos 48 y 51 del Tratado CE.

— Debido a la respuesta negativa dada a la primera cuestión prejudicial, no procede responder a la segunda.»