CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentadas el 15 de mayo de 2008 [1]

I. Introducción

1. En ocasiones, el ser humano elucubra categorías que sólo perduran en el mundo de las ideas. Pero, si las taxonomías arraigan y aparentan tener vida propia, surge el riesgo de iniciar discusiones que a nada conducen. Este resultado es especialmente dramático cuando tales categorías tienen un alcance eminentemente práctico, como sucede en el derecho.

2. En el presente asunto, el Verwaltungsgerichtshof (tribunal supremo) austriaco alberga una duda que, en sí misma, no encuentra una respuesta correcta. Por tanto, el Tribunal de Justicia está abocado a buscar la solución *más correcta,* aunque no sea *la única viable;* se trata de una prestación social, cuya calificación a la luz del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, [2] admite dos alternativas, ambas convincentes; mas el dilema radica no en la tipificación específica, sino en el fin que persigue el derecho comunitario, profundamente vinculado a la creación de una ciudadanía de la Unión, cuyo contenido ha sido desarrollado en la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia.

3. Según intuía el príncipe Hamlet, el primer existencialista de la época moderna, la diferencia entre el ser y el no ser es pura fantasía. [3] Por consiguiente, hay que extremar el rigor para elaborar una propuesta justa y conforme a derecho.

1 — Lengua original: español.

2 — Reglamento relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98).

3 — La idea de que no hay una verdad absoluta, sino únicamente una verdad relativa, proviene de los sofistas, que defendían la imposibilidad de captar la realidad a través de los sentidos, pues cada sentido interpreta el mundo de forma diversa. Este desencanto con la verdad provoca el conocido soliloquio del príncipe Hamlet, en el que afirma que la diferencia entre el ser y el no ser es patrimonio de la imaginación individual (Rosenberg M., *The Masks of Hamlet*, Associated University Presses, Londres, 1992, pp. 65 a 82).

II. Los hechos del procedimiento principal

4. Jörn Petersen, ciudadano europeo de nacionalidad alemana, desempeñaba sus actividades laborales por cuenta ajena en Austria, país donde residía. En abril del año 2000 solicitó una pensión de incapacidad para el trabajo ante el Pensionsversicherungsanstalt (organismo de gestión del seguro de pensión) austriaco, que le fue desestimada, por lo que interpuso un recurso ante los tribunales. Mientras se sustanciaba el proceso judicial, el Arbeitsmarktservice (oficina de empleo) concedió al Sr. Petersen un anticipo de la prestación por desempleo, al amparo del artículo 23 de la Arbeitslosenversicherungsgesetz de 1977 (ley sobre el seguro de desempleo; en adelante, «AlVG»). Con esta prestación, la legislación austriaca permite a quienes reclaman una pensión de incapacidad, estando en paro, garantizar unos ingresos mínimos durante la tramitación del procedimiento.

5. Una vez otorgado el anticipo, el Sr. Petersen notificó a las autoridades austriacas su intención de trasladarse a la República Federal de Alemania, con la esperanza de que la prestación no fuera objeto de suspensión o modificación. Pero, el 28 de octubre de 2003, la administración le retiró la ayuda, alegando el cambio de domicilio. Contra esta decisión el Sr. Petersen acudió nuevamente a los tribunales, instando un proceso que ha desembocado en el planteamiento de estas cuestiones prejudiciales.

III. El marco jurídico

A. *La normativa comunitaria*

6. En el asunto remitido por el órgano jurisdiccional austriaco, a un trabajador que se ha desplazado su residencia a otro Estado miembro, en concreto a Alemania, se le revoca una prestación social que percibía en Austria, donde había desempeñado su vida laboral. Por tanto, el reenvío afecta a la libre circulación de personas y, más específicamente, a la libre circulación de los empleados por cuenta ajena. Conviene comenzar destacando los preceptos pertinentes del Tratado CE:

«*Artículo 17*

1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional.

2. Los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado.

Artículo 18

1. Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

[…].

Artículo 39

1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;

b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;

c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;

d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.

[…].

Artículo 42

El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, 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.

[…]»

7. Las normas de derecho derivado a las que se refiere el artículo 42, se encuentran primordialmente en el Reglamento CE nº 1408/71, [4] revistiendo especial relevancia para este asunto los artículos 4, 10 y 69:

«*Artículo 4*

1. El presente Reglamento se aplicará a todas las legislaciones relativas a las ramas de seguridad social relacionadas con:

[…]

b) las prestaciones de invalidez, comprendidas las destinadas a mantener o a mejorar la capacidad de ganancia;

[…]

4 — Cuerpo legal reemplazado por el Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166, p. 1).

e) las prestaciones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional;

[…]

Artículo 69

[…]

1. El trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en desempleo total que reúna los requisitos exigidos por la legislación de un Estado miembro para tener derecho a las prestaciones y que se desplace a uno o a varios otros Estados miembros con el fin de buscar allí un empleo, conservará el derecho a esas prestaciones, en las condiciones y dentro de los límites indicados a continuación:

g) las prestaciones de desempleo;

[…]

a) con anterioridad a su desplazamiento tendrá que haber estado inscrito como solicitante de empleo y haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado competente durante cuatro semanas, como mínimo, contadas a partir del comienzo del desempleo. No obstante, los servicios o instituciones competentes podrán autorizar su desplazamiento antes de que expire ese plazo;

Artículo 10

A menos que este Reglamento establezca otra cosa, las prestaciones en metálico de invalidez, de vejez o de supervivencia, rentas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional y los subsidios de defunción adquiridos en virtud de la legislación de uno o varios Estados miembros, no podrán ser objeto de ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora.

b) deberá inscribirse como solicitante de empleo en los servicios correspondientes de cada uno de los Estados miembros a donde se traslade y someterse al control establecido en los territorios respectivos. Dicho requisito será considerado como cubierto en cuanto al periodo anterior a la inscripción, si ésta se produce dentro de los siete días siguientes a la fecha en que el interesado haya dejado

de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado de procedencia. En casos excepcionales, ese plazo podrá ser ampliado por los servicios o instituciones competentes;

c) el interesado conservará el derecho a las prestaciones durante un periodo de tres meses, como máximo, contado a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado de procedencia, sin que la duración total de las prestaciones pueda exceder de aquella duración a que tuviera derecho en virtud de la legislación de dicho Estado. Cuando se trate de un trabajador de temporada, esa duración se limita, además, al tiempo que quede hasta el final de la temporada para la que fue contratado.

[…]»

B. *La normativa nacional*

8. La prestación social discutida en este proceso se regula en la AIVG, particularmente en sus artículos 7, 16 y 23.

«*Artículo 7*

1) Disfruta del derecho a la prestación por desempleo quien:

1. esté a disposición de los servicios de empleo;

2. haya cumplido el periodo de carencia, y

3. no haya agotado aún el periodo de percepción de la prestación.

2) Se encuentra a disposición de los servicios de empleo quien pueda ocupar un empleo y esté autorizado al efecto (apartado 3), tenga capacidad (apartado 8) y voluntad de trabajar (apartado 9) y esté desempleado (apartado 12).

[…]

4) Se exime del requisito de la capacidad para el trabajo a los desempleados a quienes se hayan concedido medidas de rehabilitación profesional, que hayan realizado con el objetivo de esas medidas [artículo 300, apartados 1 y 3, de la Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ley general de la seguridad social)] y hayan superado el periodo obligatorio de carencia conforme a estas medidas.

[…]

Artículo 16

1) El derecho a la prestación por desempleo se suspende:

[…]

g) durante la residencia en el extranjero, salvo que sean de aplicación el apartado 3 u otras normas en virtud de tratados internacionales;

[…]

3) A petición del desempleado, mientras subsista el derecho a la prestación, podrá acordarse el levantamiento, por un periodo de hasta tres meses, de la suspensión de la prestación por desempleo prevista en el anterior apartado 1, letra g), si concurren circunstancias dignas de consideración y tras oír al Regionalbeirat [consejo regional]. Se entenderán circunstancias dignas de consideración las encaminadas a terminar con la situación de paro, especialmente cuando el desempleado justifique que se ha desplazado al extranjero para buscar trabajo, para personarse ante un empleador, para asistir a un curso formativo o por razones imperativas de índole familiar.

[…]

Artículo 23

1) A los desempleados que hayan solicitado la concesión:

1. de una prestación por incapacidad laboral total o parcial, de una retribución transitoria a cargo del régimen

obligatorio de pensiones o de prestaciones por accidente, o

2. de una prestación por la contingencia de vejez con arreglo al seguro de pensiones de la Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, de la Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz (ley de la seguridad social del comercio y de la industria, ASVG) o de la Bauern-Sozialversicherungsgesetz (ley de la seguridad social del sector agrario), así como de una prestación especial de la Nachtschwerarbeitsgesetz (ley del trabajo nocturno),

se les podrá conceder un anticipo de la prestación o del subsidio de desempleo hasta que se adopte una resolución sobre su solicitud.

2) Para esa concesión del anticipo de la prestación o del subsidio de desempleo es necesario:

1. que, independientemente de la capacidad para el trabajo, la voluntad y la disposición para trabajar conforme al artículo 7, apartado 3, número 1, se cumplan los demás requisitos para la concesión de la prestación;

2. que, en las circunstancias del caso, sea previsible la concesión de la prestación por la seguridad social, y

3. que, en lo que se refiere al apartado 1, número 2, se cuente con una certificación del organismo asegurador competente de que probablemente no pueda resolverse definitivamente sobre la prestación en un plazo inferior a dos meses desde el devengo del derecho a pensión.

[…]

4) El anticipo se concederá de acuerdo con el apartado 1, número 1, o con el apartado 1, número 2, por el importe de la correspondiente prestación (o subsidio), con el límite de la treintava parte del promedio del montante de las prestaciones, incluidos los complementos por hijos a cargo. Cuando se informe a la oficina regional del Arbeitsmarktservice, por medio de una comunicación escrita del organismo asegurador competente, de que la prestación será inferior a ese montante, el anticipo se reducirá en consecuencia. En el supuesto del apartado 1, número 2, el anticipo se abonará retroactivamente desde la fecha de devengo de la pensión, siempre que el solicitante haya remitido su instancia dentro de los catorce días siguientes a la expedición de la certificación del apartado 2, número 3.

5) Si una oficina regional ha concedido un anticipo al amparo del apartado 1, una prestación o un subsidio de desempleo, el derecho del desempleado a una prestación del apartado 1, número 1, o del apartado 1, número 2, para el mismo periodo, se transfiere al Gobierno federal, en aras de la gestión de la política en materia de empleo, en la cuantía de la prestación asignada por la oficina regional y con excepción de las cotizaciones al seguro de enfermedad, siempre que la oficina regional haga valer la transmisión de este derecho ante la institución competente de la seguridad social (subrogación legal). Tal transmisión del derecho sólo será efectiva hasta el límite del total de las prestaciones pendientes de abono; el derecho de crédito correspondiente tendrá carácter privilegiado.

6) Las cotizaciones del seguro de enfermedad que se hayan satisfecho con fondos del seguro de desempleo durante el periodo al que se alude en el apartado 5 deberán ser reembolsadas por las instituciones competentes del seguro obligatorio de enfermedad mediante el Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (asociación central austriaca de las instituciones de la seguridad social), concretamente en el porcentaje indicado en el artículo 73, apartado 2, de la ASVG de las sumas reembolsadas por las instituciones competentes del seguro de pensiones a tenor del apartado 5.

7) Si se desestimara la pensión del apartado 1, el anticipo tendría la consideración de prestación o de subsidio de desempleo en la duración y la cuantía en la que se haya desembolsado, por lo que no procedería el abono de diferencia alguna y se reducirá el período de prestación conforme al artículo 18.»

IV. Las cuestiones prejudiciales y el procedimiento ante el Tribunal de Justicia

9. Con estos antecedentes, el 25 de abril de 2007 el Verwaltungsgerichtshof austriaco envió al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Constituye una prestación de desempleo en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra g), 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, o una prestación de invalidez del artículo 4, apartado 1, letra b), de dicho Reglamento, una ayuda en metálico del seguro de desempleo a los desempleados que hayan solicitado una prestación por incapacidad laboral total

o parcial, en virtud del régimen obligatorio de pensiones o prestaciones por accidente, hasta que se resuelva sobre su solicitud, devengada en concepto de anticipo de la prestación solicitada, con la que se compensa posteriormente, cuando dicho anticipo implica una situación de desempleo y el cumplimiento de un periodo de carencia, pero no los requisitos generalmente exigidos para el otorgamiento de la prestación por desempleo (capacidad para el trabajo, voluntad de trabajar y disposición para trabajar) y, por lo demás, sólo se concede cuando, por las circunstancias concurrentes, sea previsible el reconocimiento de las prestaciones en virtud del régimen obligatorio de pensiones o de prestaciones por accidente?

2) Si se responde a la cuestión anterior que la prestación mencionada es una prestación de desempleo del artículo 4, apartado 1, letra g), del Reglamento nº 1408/71:

¿Se opondría el artículo 39 CE a una norma nacional que prescribe la suspensión del derecho a tal prestación, porque el desempleado reside en el extranjero (en otro Estado miembro), al margen de una prórroga de hasta tres meses acordada solamente a instancia del desempleado, siempre que las circunstancias sean dignas de consideración?»

10. La petición prejudicial se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 9 de mayo de 2007.

11. Han depositado observaciones escritas el Sr. Petersen, los Gobiernos alemán, austriaco, español e italiano y la Comisión Europea.

12. En la vista, celebrada el 3 de abril de 2008, han comparecido para exponer oralmente sus alegaciones el representante legal del Sr. Petersen, así como el agente del Gobierno austriaco y los agentes de la Comisión Europea.

V. Análisis de las cuestiones prejudiciales

A. *Aclaraciones previas: la ciudadanía de la Unión y los criterios de coherencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*

1. Las normas de ciudadanía y su traducción jurisprudencial

13. Las cuestiones suscitadas tienen por objeto la libre circulación de trabajadores. No obstante, como es habitual en este tipo de supuestos, la contienda versa, en último término, sobre ciudadanos europeos que ejercen la libre circulación. Así, introducida la noción de ciudadanía, el litigio ya no se incardina exclusivamente en las coordenadas del artículo 39 CE, pues aparecen otras disposiciones del Tratado, concretamente los artículos 17 CE y 18 CE, cuyo contenido no se encuentra aún plenamente definido en la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia.

14. Quienes han participado en este proceso prejudicial han confirmado la relevancia de la ciudadanía prevista en el Tratado CE. El Sr. Petersen, así como la Comisión y los Gobiernos alemán y español, se han referido al artículo 18 CE en defensa de sus posiciones, pero los artículos 17 CE y 18 CE son normas de carácter general, aplicables siempre y cuando no haya normas especiales. Esta circunstancia concurre en el asunto de autos, donde un trabajador ejerce la libre circulación y acude al artículo 39 CE para esgrimir sus derechos ante un Estado miembro.

15. La jurisprudencia ha progresado recientemente de manera significativa en este terreno. Desde la sentencia Martínez Sala, [5] la ciudadanía europea ha cobrado un impulso inusitado, colocándose a la cabeza de las materias de vanguardia en el repertorio de este Tribunal de Justicia, que tras la introducción en 1992 de la parte segunda del Tratado CE ha sabido interpretar la voluntad del constituyente, atribuyendo al ciudadano que se desplaza un estatuto más amplio del que corresponde al operador económico. [6] De forma lenta pero constante se ha expandido la protección comunitaria a sujetos tradicionalmente fuera del ámbito de los Tratados, como los estudiantes, [7] los solicitantes de ayudas [8] o los nacionales de Estados terceros

5 — Sentencia de 12 de mayo de 1998 (C-85/96, Rec. p. I-2691).

6 — Es interesante el análisis histórico de la negociación que desembocó en la aparición de la ciudadanía europea en el Tratado de la Unión Europea, en O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Kluwer Law International, La Haya, 1996, pp. 23 a 30.

7 — Sentencias de 15 de marzo de 2005, Bidar (C-209/03, Rec. p. I-2119); y de 23 de octubre de 2007, Morgan y Bucher (C-11/06 y C-12/06, Rec. p. I-9161).

8 — Sentencias de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk (C-184/99, Rec. p. I-6193); y de 26 de octubre de 2006, Tas-Hagen y Tas (C-192/05, Rec. p. I-10451).

vinculados con un ciudadano de la Unión. [9] Expresado más gráficamente, el Tribunal de Justicia ha transformado el paradigma del *homo œconomicus* en el del *homo civitatis*. [10]

16. He tenido ocasión de pronunciarme sobre los motivos que justifican ese desarrollo emprendido con valentía, pero también conº acierto, para fortalecer la situación individual del ciudadano, dejando en un plano secundario el debate de las barreras de entrada y de la discriminación. [11] En suma, según expone el abogado general Jacobs en el asunto Konstantinidis, «el nacional comunitario que se traslada a otro Estado miembro como trabajador por cuenta ajena o autónomo […] no sólo tiene derecho a ejercer su actividad o profesión y a beneficiarse de las mismas condiciones de vida y laborales que los ciudadanos del Estado de acogida, sino que, además, tiene derecho a presumir que, donde quiera que vaya para ganarse la vida dentro de la Comunidad Europea, se le ha de tratar de acuerdo con un código común de valores fundamentales […]. En otras palabras, tiene derecho a proclamar *civis europeus sum* y a invocar dicho estatuto para oponerse a cualquier vulneración de sus derechos fundamentales». [12]

17. Aunque las citadas conclusiones del abogado general Jacobs se centran en la invocación de los derechos fundamentales de la Unión, su dialéctica ha sido, en mi opinión, aceptada por el Tribunal de Justicia. [13] Asuntos como Carpenter, [14] Baumbast, [15] Bidar, [16] Tas-Hagen [17] o Morgan [18] demuestran una impronta en defensa del individuo, una preocupación por la situación jurídica personal de quien esgrime un derecho al amparo de los Tratados, que sólo asomaba con ti3midez en tiempos anteriores. De esta manera, la libre circulación de personas asume una identidad propia, imbuida de una materia prima más constitucional que legal,

9 — Sentencias de 11 de julio de 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. p. I-6279); y de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R (C-413/99, Rec. p. I-7091).

10 — Los editores de la revista *Common Market Law Review* estudian, en su número 1, vol. 45, 2008, pp. 2 y 3, la evolución de las sentencias en este entorno, constatando que las diferencias entre individuos económicamente activos y no activos o entre coyunturas puramente internas y comunitarias, así como la lógica de la discriminación del artículo 12 CE, han perdido fuerza. Gradualmente ha emergido la noción de ciudadanía, consagrada en los artículos 17 CE y 18 CE, como un nuevo motor de la integración.

11 — Conclusiones de los asuntos en los que recayeron las sentencias de 17 de junio de 1997, Shingara y Radiom (C-65/95 y C-111/95, Rec. p. I-3343), punto 34; y de 16 de septiembre de 2004, Baldinger (C-386/02, Rec. p. I-8411), punto 25. Igualmente, los puntos 56 a 74 de mis conclusiones en el asunto Collins [sentencia de 23 de marzo de 2004 (C-138/02, Rec. p. I-2703)], así como los puntos 37 a 68 de las del asunto Morgan y Bucher (sentencia reseñada en nota 7).

12 — Conclusiones de 9 de diciembre de 1992 en el asunto Konstantinidis (sentencia de 30 de marzo de 1993, C-168/91, Rec. p. I-1191), punto 46.

13 — El Tribunal de Justicia no ha seguido la propuesta específica que formula el abogado general, pero sí la filosofía que la sustenta, pues se ha intentado avanzar en la totalidad de las ideas defendidas por Jacobs, en las conclusiones del abogado general Poiares Maduro en el asunto Centro Europa 7, de 12 de septiembre de 2007 (sentencia de 31 de enero de 2008, C-380/05, Rec. p. I-349), puntos 16 a 22.

14 — Sentencia citada en la nota 9.

15 — Sentencia citada en la nota 9.

16 — Sentencia citada en la nota 7.

17 — Sentencia citada en la nota 8.

18 — Sentencia citada en la nota 7.

convirtiéndose en una libertad afín a la dinámica de los derechos fundamentales. [19]

18. Con este enfoque jurisprudencial, no sorprende que, cada vez con mayor frecuencia, las decisiones del Tribunal de Justicia sobre circulación de trabajadores se apoyen en los artículos 17 CE y 18 CE. Algunos abogados generales, utilizando una técnica más ortodoxa, defienden la vigencia exclusiva del artículo 39 CE a la hora de solventar problemas que afectan a los empleados. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha promovido la posibilidad de aplicar simultáneamente los preceptos de ciudadanía y los relativos a la circulación de trabajadores. Entiendo que tal planteamiento es coherente con la jurisprudencia dictada en este sector del derecho, pero el resultado alcanzado no siempre se muestra claro ni convincente. Esta carencia se aprecia al repasar algunas resoluciones recientes del Tribunal de Justicia.

19. En el asunto Comisión/Alemania [20] se enjuiciaba una subvención a la propiedad inmobiliaria concedida a los sujetos pasivos del impuesto sobre la renta por obligación personal, siempre que el inmueble radicara en territorio alemán. El Tribunal de Justicia declaró el incumplimiento del derecho comunitario, pero matizó que la infracción era doble: por un lado, se vulneraban los artículos 39 CE y 43 CE cuando los sujetos pasivos ejercieran una actividad económica; por otro lado, el artículo 17 CE quedaba lesionado, si el particular no ejercía función lucrativa alguna. [21] El abogado general Bot, en sus conclusiones de ese proceso, sólo constata la infracción de los referidos artículos 39 CE y 43 CE. En su opinión, no es imprescindible adentrarse en las implicaciones que, en un supuesto semejante, tienen las normas de ciudadanía. [22] El Tribunal de Justicia no compartió ese parecer.

20. La sentencia Gaumain-Cerri y Barth, [23] al examinar un requisito de residencia para la obtención de una ayuda social por quienes cuidan a personas con dependencia, confirmó la aplicabilidad del Reglamento nº 1408/71 y, por tanto, del derecho derivado en materia de seguridad social; aunque, ante las dudas sobre la calificación de los afectados, cuyos servicios a personas dependientes no se ajustaban exactamente a la noción comunitaria de «trabajador», tuvo que extender las normas en juego en el asunto. Antes de entrar en la calificación, que habría de influir en la solución, el Tribunal de Justicia declaró la ilegalidad del requisito de residencia, sin que «[…] sea necesario pronunciarse […] sobre si los terceros de que se trata poseen la condición de trabajador en el sentido del

19 — Spaventa, E., «Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effects», en *Common Market Law Review*, 45, 2008, p. 40, ha descrito esta aproximación a los asuntos de ciudadanía, incidiendo en que «the national authorities must take into due consideration the personal situation of the claimant so that even when the rule in the abstract is compatible with Community law, its application to that particular claimant might be contrary to the requirements of proportionality or fundamental rights protection. […] This qualitative change is of constitutional relevance both in relation to the Community's own system, and in relation to the domestic constitutional systems».

20 — Sentencia de 17 de enero de 2008 (C-152/05, Rec. p. I-39).

21 — Sentencia Comisión/Alemania, citada en la nota anterior, apartados 29 y 30.

22 — Conclusiones de 28 de junio de 2007, en el asunto Comisión/Alemania, en el que se dictó la sentencia de 17 de enero de 2008, citada en la nota 20.

23 — Sentencia de 8 de julio de 2004 (C-502/01 y C-31/02, Rec. p. I-6483).

artículo 39 CE o del Reglamento nº 1408/71. En efecto, no se discute que, en los casos de autos, estos terceros poseen la ciudadanía de la Unión reconocida por el artículo 17 CE». [24]

21. Es indiferente, pues, que los prestadores de servicios a quienes se encuentran en situación de dependencia fueran «trabajadores», ya que la protección del derecho comunitario provendría del artículo 39 CE (y de las normas de derecho derivado que lo desarrollan) o del artículo 17 CE. Al igual que sucede en el asunto Comisión/Alemania, el Tribunal de Justicia no aceptó la tesis de su abogado general, que, tras un detallado esbozo de la coyuntura laboral de los que realizan servicios de dependencia, dictamina que son «trabajadores» en el sentido del derecho comunitario. [25]

22. Las sentencias mencionadas afectaban a individuos que invocaban normas comunitarias ante sus Estados de nacionalidad, justificando así la aplicación del artículo 17 CE, cuyo enunciado se limita a declarar que los ciudadanos de la Unión «serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes» previstos en el Tratado CE. La misma expansividad se predica del artículo 18 CE, que proclama el derecho a circular y a residir libremente en el territorio de todos los Estados miembros. Este precepto, dirigido sustancialmente a nacionales que esgrimen derechos ante Estados miembros distintos al de su nacionalidad, también se ha enredado gradualmente en los artículos 39 CE, 43 CE y 49 CE.

23. La sentencia Baumbast y R permitió a un alemán, que había disfrutado de las libertades de circulación en el Reino Unido, mantener en este Estado su residencia al amparo del artículo 18 CE. [26] En el asunto Trojani, el Tribunal de Justicia estimó que, si un francés residente esporádico en Bélgica no ostentara la condición de sujeto económico (extremo que dejó en manos del tribunal nacional), siempre podría contar con la protección del ya citado artículo 18 CE. [27] La sentencia Gootjes-Schwarz profundizó en esta línea, delegando en el juez nacional la aplicación del artículo 49 CE o la del artículo 18 CE, aunque confirmando en ambos casos la existencia de una infracción. [28] En suma, aun con cierta asepsia conceptual a la hora de separar el ámbito de los artículos relativos a la ciudadanía y a la libre circulación, esta partición

24 — Sentencia Gaumain-Cerri y Barth, citada en la nota anterior, apartados 32 y 33.

25 — Conclusiones del abogado general Tizzano, de 2 de diciembre de 2003, Gaumain-Cerri y Barth (sentencia citada en la nota 23).

26 — Sentencia citada en la nota 9.

27 — Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (C-456/02, Rec. p. I-7573).

28 — Sentencia de 11 de septiembre de 2007 (C-76/05, Rec. p. I-6849).

no aporta grandes diferencias prácticas. El Tribunal de Justicia avanza con paso firme hacia la consecución de un nivel homogéneo de protección en la libre circulación de personas, utilizando las normas de ciudadanía como valiosa herramienta.

24. En esta tesitura, conviene recapitular algunos pensamientos para elaborar un sustrato dogmático que facilite resolver este asunto y dé pautas claras para los futuros. El proceso prejudicial concilia el particularismo de un supuesto concreto con las exigencias de una jurisprudencia dictada para una comunidad de quinientos millones de habitantes que reclaman respuestas tanto individuales, como universales. Con este propósito, someto al Tribunal de Justicia una metodología para las normas de ciudadanía que solvente la disputa del Sr. Petersen y que oriente muchas de las que se suscitarán en la Unión durante los años venideros.

2. La circulación de ciudadanos libres en una Unión de derecho

25. Este Tribunal de Justicia ha impulsado un giro importante en la concepción de ciudadanía que los Estados miembros introdujeron en los Tratados constitutivos en 1992. Hay dos ideas motrices detrás de esta evolución, que aportan criterios para dotar de coherencia y capacidad pragmática a la jurisprudencia: por un lado, la irrupción de los derechos fundamentales; por otro lado, la formación de una identidad democrática en la comunidad política europea.

26. En sus orígenes, la noción de ciudadanía europea, tal como aparece en la segunda parte del Tratado CE, ha proporcionado una cobertura más simbólica que real a las disposiciones que garantizan la libre circulación. La creación de cauces de participación en los procesos democráticos locales o la protección diplomática y consular dispensaban un estatus con vocación de agotarse en los artículos 17 CE a 22 CE. [29] Sin embargo, el Tribunal de Justicia percibió que las libertades de circulación sufrían graves limitaciones. Con frecuencia, estas deficiencias se plasmaban en claras injusticias para el destinatario de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario. Asuntos tan conocidos como Martínez Sala, Baumbast o Carpenter colocaban al Tribunal de Justicia ante un difícil dilema: si aplicaba rígidamente las normas de la libre circulación, consu-

29 — Closa, C., «The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union», *Common Market Law Review* nº 29, 1992, pp. 1140 a 1146.

maría un resultado insostenible para quienes pedían justicia; por el contrario, si extendía la protección más allá de esas libertades, podría ampliar el ámbito de los Tratados hacia un terreno de incierto destino. Para evitar ambas posibilidades, el Tribunal de Justicia recurrió a la noción de ciudadanía de los artículos 17 CE y 18 CE, con objeto de conferir a las libertades un contenido más sofisticado. [30]

27. Considero que esta nueva dialéctica ha de entenderse así: la noción de ciudadanía, que implica un *estatuto jurídico del individuo*, requiere de los Estados miembros *una atención específica a la situación jurídica individual.* Para esta tarea, los derechos fundamentales desempeñan un papel esencial. Como parte integrante del estatuto ciudadano, los derechos fundamentales refuerzan la posición jurídica de la persona, introduciendo una dimensión decisiva para la justicia material del caso. Portando sus derechos fundamentales como prerrogativas de libertad, el ciudadano europeo arroja un mayor grado de legitimidad a sus reivindicaciones. Incluso en algunos supuestos, cuando no haya un derecho fundamental en juego, pero se cometa una injusticia manifiesta, se recurre a un control intenso de proporcionalidad. [31] Esta acepción obliga a reinterpretar las libertades de circulación cuando sus titulares gozan del estatus reconocido en los artículos 17 CE y 18 CE.

28. De esta manera, la *libre circulación de personas* se convierte en una *circulación de ciudadanos libres*. Un cambio de perspectiva que no parece baladí, pues el centro de atención deja de recaer en la circulación, para trasladarse al individuo.

29. Si los derechos fundamentales introducen una dimensión individual, el elemento democrático confiere un mayor cuidado a las

30 — Besselink, L., «Dynamics of European and national citizenship: inclusive or exclusive?», *European Constitutional Law Review*, núm. 3, vol. I, 2007, pp. 1 y 2; Castro Oliveira, Á., «Workers and other persons: step-by-step from movement to citizenship — Case Law 1995-2001», *Common Market Law Review* nº 39, 2002; Dougan, M., & Spaventa, E., «Educating Rudy and the (nin-) English patient: A double-bill on residency rights under Article 18 EC», *European Law Review* nº 28, 2003, pp. 700 a 704; Martin, D., «A Big Step Forward for Union Citizens, but a Step Backwards for Legal Coherence», *European Journal of Migration and Law* 2002, volumen 4, pp. 136 a 144; O'Leary, S., «Putting flesh on the bones of European Union citizenship», *European Law Review* nº 28, 1999, pp. 75 a 79; Shaw, J., & Fries, S., «Citizenship of the Union: First Steps in the European Court of Justice», *European Public Law* nº 4, 1998, p. 533.

31 — Spanventa, E., *op. cit.*, pp. 37 y 38, analiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre ciudadanía en situaciones puramente internas y admite que «either one argues that the Court has gone too far in say Baumbast, Bidar, and also Carpenter, or there is a challenging argument to be made as to why crossing a border should make such a difference to claimants' rights». En efecto, la lógica de la discriminación puede conducir, de forma paradójica, a consecuencias injustas. Es precisamente esta circunstancia la que el Tribunal de Justicia ha intentado evitar en su jurisprudencia más reciente.

condiciones de pertenencia a una comunidad política. Mientras las libertades de circulación se han circunscrito a la erradicación de barreras y a la interdicción de la discriminación, quedaba implícito que el individuo que se desplaza pertenecía a una comunidad de origen: el Estado de su nacionalidad. Esta realidad justificaría por sí sola que la responsabilidad sobre los nacionales incumbiera a sus respectivos Estados, impulsando así que las políticas de solidaridad se limiten a quienes aporten medios y participen en la conformación de la *polis*. [32]

30. El Tribunal de Justicia ha superado esta visión estatal, incorporando al acervo comunitario una sensibilidad más ajustada a la naturaleza de la ciudadanía europea. [33] En la jurisprudencia se aprecia una menguante preponderancia de las responsabilidades y de las obligaciones de los Estados *de origen,* en favor de las responsabilidades y de las obligaciones de los Estados *de acogida*. [34] De esta manera, un Estado miembro no puede desamparar a un ciudadano europeo por no residir formalmente en su territorio, si desarrolla su vida personal y profesional dentro de sus fronteras. [35] Igualmente, aunque se

32 — Una dimensión que se proyecta con un perfil propio en la política social, como un peculiar motor de integración de personas. Hantrais, L., *Social policy in the European Union*, St. Martin's Press, Nueva York, 1995, pp 34 a 42, y Majone, G., «The EC Between Social Policy and Social Regulation», *Journal of Common Market Studies* 31, nº 2, 1993. Una mención especial merece el conocido Informe Pintasilgo, elaborado en 1996 por un Comité de sabios, bajo el título *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales*, que incide igualmente en la relevancia de las políticas sociales como vehículos de la integración.

33 — El caso más representativo de esta ruptura con los elementos estatales de ligazón democrática lo suministra la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2006, España/Reino Unido (C-145/04, Rec. p. I-7917), donde se discutía la licitud de una legislación electoral británica que permitía acudir a las elecciones al Parlamento Europeo a ciudadanos de Estados terceros con vínculos identitarios en el Reino Unido. El Tribunal de Justicia confirmó la legalidad de esta medida en unos términos amplios, entendiendo que la ligazón del ciudadano a su Estado de nacionalidad no excluye otras manifestaciones de participación democrática en otras comunidades políticas. En el apartado 78 de la sentencia, el Tribunal de Justicia se posicionó con rotundidad: «[...] la determinación de los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo es competencia de cada Estado miembro, dentro del respeto del derecho comunitario; los artículos 189 CE, 190 CE, 17 CE y 19 CE no se oponen a que los Estados miembros reconozcan ese derecho de sufragio activo y pasivo a algunas personas con las que tengan un estrecho vínculo, pero que no sean sus propios nacionales o los ciudadanos de la Unión residentes en su territorio.» Sobre el estado de la cuestión en el ámbito nacional, donde el proceso democrático puede englobar a quienes no deben ostentar representación, así como a la inversa, Presno Linera, M.A., *El derecho de voto,* Tecnos, Madrid, 2003, pp. 155 a 172.

34 — Es oportuno señalar que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha adoptado esta misma idea a lo largo de una centenaria jurisprudencia, muy destacadamente desde la aprobación de la 14ª enmienda, cuyo contenido, como es bien sabido, proviene de la sentencia *Dred Scott c. Sandford* (60 U.S. [19 How.] 393 [1856]) y de la ulterior guerra civil que bañó de sangre, entre 1861 y 1865, a la joven Federación de Estados. La citada enmienda proclama que «all persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States». Es significativo que aún hoy, tras casi siglo y medio desde la aprobación de la norma, ese Tribunal Supremo siga combatiendo aquellas normas estatales que exigen requisitos de residencia a quienes pretenden disfrutar de un derecho. En la reciente sentencia *Saenz c. Roe*, 526 U.S. 489 (1999), el alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una ley californiana que impedía el acceso a una prestación social a quienes no hubieran residido en dicho Estado más de doce meses. Con dos votos particulares en contra, el Tribunal Supremo consideró que se trataba de una medida incompatible con la libertad de movimientos de todo ciudadano de la Unión. Al respecto, aunque lo escribió con anterioridad a la sentencia recién citada, la autorizada voz de Warren, E., «Fourteenth Amendment: Retrospect and Prospect», en Schwartz, B. (ed.), *The Fourteenth Amendment*, New York University Press, Nueva York, 1970, pp. 216 y ss.

35 — Sentencia Grzelczyk, citada en la nota 8.

convierta en un lastre para las arcas públicas, los Estados deben prestar idénticos servicios a todos los ciudadanos europeos, al margen de su nacionalidad y de su residencia, si demuestran ejercer actividades equiparables a las de quienes sí ostentan un vínculo con la comunidad política de dicho Estado. [36] Un planteamiento que se refuerza cuando el ciudadano europeo acredita que no es una carga financiera para el Estado de acogida, con independencia de su fuente de ingresos o de la técnica empleada para alcanzar la ciudadanía. [37]

31. Es, pues, la noción de *pertenencia* en un sentido material, ajena a cualquier exigencia administrativa, la que justifica la inclusión del ciudadano europeo en la comunidad política. [38] Al romper los lazos de identidad con un solo Estado para compartirlos con otros, se urde un nexo en un espacio más extenso. Se crea, en consecuencia, esa noción de *pertenencia europea,* cuyo fortalecimiento impulsan los Tratados. Lo expresó inmejorablemente el juez Benjamín Cardozo en la sentencia *Baldwin c. G.A.F. Seelig*, al referirse a la Constitución de los Estados Unidos de América, resaltando que «se enmarca bajo la teoría de que los pueblos de los distintos Estados han de hundirse o nadar juntos y, a la larga, la prosperidad y la salvación están en la unión, no en la división». [39]

36 — Sentencia Bidar, citada en la nota 7.

37 — Sentencia de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen (C-200/02, Rec. p. I-9925).

38 — Lo que excluye, *a contrario*, la pertenencia de quien intenta instrumentalizar las normas de ciudadanía sin probar arraigo alguno con una comunidad política, como sucedía en el asunto Collins, citado en la nota 11.

39 — *Baldwin c. G.A.F. Seelig, Inc.*, 294 U.S. 522, 523 (1935).

32. Por tanto, la irrupción de los derechos fundamentales, por un lado, y el vínculo con el Estado que integra efectivamente al ciudadano, por otro lado, imbuyen a la jurisprudencia de un calado constitucional. Se cuida así la posición del ciudadano libre en el entorno democrático de la Unión, extremo que consagra la realidad de una Unión de derecho, donde las normas, singularmente las de los Tratados, garantizan la libertad individual y la igualdad democrática. [40]

3. Libertades y ciudadanía: criterios para la convivencia

33. Tras esta exposición, sugiero al Tribunal de Justicia que continúe reforzando la ciudadanía, pero que afine las técnicas jurídicas de protección, pues, en ocasiones, la aplicación de los Tratados es la incorrecta. En este sentido, estimo imprescindible concretar la dimensión precisa de los artículos 17 CE y 18 CE para definir el estatuto del ciudadano europeo, especialmente cuando los hechos se relacionan con la libre circulación de personas, ya sean trabajadores o empresarios.

40 — Tomo la expresión *Unión de derecho* de la obra de Rideau, J., «L'incertaine montée vers l'Union de droit», *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens,* LGDJ, París, 2000, p. 1.

34. Este Tribunal de Justicia ha desglosado con detalle el ámbito de la libertad de circulación de trabajadores (artículo 39 CE), de la libertad de establecimiento (artículo 43 CE) y de la libre prestación de servicios (artículo 49 CE). A pesar del avance jurisprudencial, hay dudas sobre la invocabilidad de estos preceptos del Tratado, ya sea porque el sujeto afectado no es un trabajador en el sentido del propio Tratado o porque no practica una actividad económica. En esta tesitura entrarían en juego los artículos 17 CE y 18 CE, como cláusulas de cierre del sistema que dan cobertura al ciudadano que se desplaza cuando no encuentra cobijo en otras normas o cuando se lo dispensan limitadamente, tanto por la falta de armonización en la materia, como por las peculiaridades de los asuntos que se suscitan en este contexto.

35. Al mismo tiempo, se barrunta cierta redundancia en la jurisprudencia, que tiende a analizar los supuestos distinguiendo entre el bloque de ciudadanía y el bloque de libertades, para luego tratarlos de manera idéntica. Así se aprecia en las sentencias Gootjes-Schwarz y Comisión/Alemania, antes citadas, de las que se deduce una separación, pero también una unión de contenidos y resultados. Si tal identidad es más sustantiva que formal, no me parece útil mantener ámbitos de aplicación separados.

36. Propongo al Tribunal de Justicia, pues, enjuiciar este asunto ligándolo a las libertades de circulación de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia (artículos 39 CE, 43 CE y 49 CE), atendiendo a las peculiaridades concurrentes. Si hubiera una conexión con los derechos fundamentales o con los factores democráticos de pertenencia a la comunidad política, las libertades deberían interpretarse *a la luz de los artículos 17 CE y 18 CE*, para brindar la máxima protección al ciudadano europeo.

37. Por el contrario, si las libertades de los artículos 39 CE, 43 CE y 49 CE no fueran aplicables al caso, invito al Tribunal de Justicia a discernir en los artículos 17 CE y 18 CE dos niveles de protección: cuando se den las condiciones de libertad y de democracia antes apuntadas, se otorga el nivel más elevado de tutela al individuo; cuando no se den tales condiciones, debe ampliarse la discrecionalidad del legislador comunitario y de las autoridades nacionales.

38. Con este enfoque se dotaría al espíritu que inunda la jurisprudencia de una técnica jurídica más depurada. Al mismo tiempo, los artículos 17 y 18 CE cobrarían su pleno significado, incluso cuando rocen los contornos de las libertades tradicionales de circulación. Al cabo, el Tribunal de Justicia fortalecería la posición del ciudadano europeo, tanto en sus derechos, como en la integración.

39. Tras estos prolegómenos, hay que examinar las cuestiones prejudiciales remitidas por el Verwaltungsgerichtshof austriaco.

VI. La primera cuestión: el anticipo por desempleo para los solicitantes de una prestación por incapacidad laboral y su calificación

A. *Planteamiento*

40. El Sr. Petersen ha disfrutado de una prestación social que reúne elementos propios de una ayuda al desempleo y de una prestación por incapacidad laboral. Aunque no hay duda de que se considera una prestación del Reglamento nº 1408/71, [41] es menester decantarse por una u otra categoría, pues el mencionado texto legal atribuye diferentes regímenes a las medidas nacionales de suspensión o de modificación cuando se produce un cambio de residencia del titular. Mientras que se prohíbe la suspensión o la modificación de las prestaciones de incapacidad laboral por este motivo, [42] se reconoce un mayor ámbito de actuación a los Estados miembros cuando la prestación en liza es una ayuda al desempleo. [43]

41. Utilizando el razonamiento avanzado en estas conclusiones, insisto en que la elección de una u otra calificación conduce a un mismo resultado. Si se optara por la prestación por incapacidad, la prohibición del Reglamento ofrecería una respuesta contundente al Verwaltungsgerichtshof. Por el contrario, si se prefiere la ayuda al desempleo, el Sr. Petersen cumple una de las condiciones expuestas en los puntos 25 a 38 de estas conclusiones, permitiéndole disfrutar del máximo nivel de protección comunitario al amparo de los artículos 18 CE y 39 CE.

42. A pesar de esta identidad de consecuencias, procede inmiscuirse en el debate de la calificación, pues las preguntas prejudiciales versan en primer lugar sobre este extremo.

41 — Acumula todas las condiciones del Reglamento citado y de la jurisprudencia, pues una prestación sería de seguridad social «si, por una parte, se concede a sus beneficiarios, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las circunstancias personales, en función de una situación legalmente definida y si, por otra parte, se refiere a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento nº 1408/71» (sentencias de 27 de marzo de 1985, Hoeckx, 249, /83, Rec. p. 973, apartados 12 a 14; y de 16 de julio de 1992, Hughes, C-78/91, Rec. p. I-4839, apartado 15).

42 — Artículo 10 del Reglamento nº 1408/71.

43 — Artículo 69 del Reglamento nº 1408/71.

B. *Alegaciones de los Gobiernos, de la Comisión y del Sr. Petersen*

43. Los Gobiernos alemán, austriaco e italiano, así como la Comisión, han defendido en sus observaciones que la prestación discutida es una ayuda de desempleo, que entra en el artículo 4, apartado 1, letra g), del Reglamento nº 1408/71. Todos apelan a la sentencia De Cuyper, [44] que escogió la finalidad y la base de cálculo de la prestación como criterios para alcanzar la calificación correcta. [45]

44. Así, los Gobiernos alemán y austriaco señalan que el anticipo controvertido pretende cubrir una situación de paro, pues tal estatus debe concurrir para el otorgamiento de la ayuda. También destacan que el riesgo ínsito en la prestación de invalidez se asienta en hechos desconocidos hasta el momento de la resolución administrativa que acuerda la ayuda. Por último, alegan que la prestación se determina conforme a las normas de la ayuda por desempleo, con la salvedad de un coeficiente corrector para evitar desajustes cuando se logre la prestación por incapacidad.

45. La Comisión coincide sustancialmente con esos argumentos, aunque recalca que, cuando se paga la prestación por incapacidad, la administración competente para gestionarla ha de reembolsar al organismo responsable de las prestaciones de desempleo las cuantías abonadas durante la vigencia del anticipo; cuando no se acuerde la ayuda, las cantidades sufragadas se computan a cuenta de la prestación por desempleo, a la que originariamente tenía derecho el solicitante del anticipo (pues se le exigía estar en paro).

46. Para terminar, los Gobiernos alemán, austriaco e italiano, junto con la Comisión, relativizan el que, para percibir el anticipo, no se obligue al interesado a postular por un empleo, ya que se desnaturalizaría una prestación con la que se apoya a quien pide una incapacidad, pero ignora el desenlace de su reclamación y, además, se encuentra en paro. Para paliar estas circunstancias, se creó en Austria un *tertium genus,* con todos los elementos de la prestación por desempleo, pero con una excepción lógica, pues difícilmente se puede empujar a buscar trabajo a quien pretende una prestación por invalidez.

44 — Sentencia de 18 de julio de 2006 (C-406/04, Rec. p. I-6947).

45 — Sentencia De Cuyper, citada en la nota anterior, apartado 25: «[…] a efectos de su calificación de prestaciones de seguridad social, debe considerarse que las prestaciones son de la misma naturaleza, con independencia de las características propias de las diferentes legislaciones nacionales, cuando su objeto y su finalidad, así como su base de cálculo y sus requisitos de concesión sean idénticos. Por el contrario, no deben considerarse como elementos constitutivos, para la clasificación de las prestaciones, las características meramente formales.»

47. A su vez, el Sr. Petersen y el Gobierno español discrepan de los precedentes Gobiernos y de la Comisión, por entender que la prestación en liza es una asistencia social por incapacidad, al amparo del artículo 4, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 1408/71.

48. El Reino de España, remitiéndose a una interpretación literal de la sentencia De Cuyper, sostiene que, al no haber capacidad para trabajar, la ayuda tiende a cubrir la eventual invalidez del Sr. Petersen. El objeto de la prestación por desempleo es «permitir que los trabajadores afectados puedan subvenir a sus necesidades tras la pérdida involuntaria de su puesto de trabajo, cuando disfrutan aún de la capacidad de trabajar». [46] Este último inciso, que requeriría de quien pide una ayuda al desempleo ser apto para el mercado de trabajo, descartaría al Sr. Petersen y convertiría su anticipo en una prestación por incapacidad.

49. La representación del Sr. Petersen no acude a la sentencia De Cuyper y centra su defensa en la calificación de la ayuda como una prestación de seguridad social, aduciendo las sentencias Jauch [47] y Offermanns. [48]

C. *Apreciación*

50. Las alegaciones esgrimidas reflejan el dilema al que se enfrenta el Tribunal de Justicia, habiendo argumentos a favor y en contra de cada opción. En principio, se trata de una prestación *sui generis,* difícil de incardinar en la tipología comunitaria, que aspira a solventar las deficiencias de quienes creen tener derecho a ciertas ayudas sociales.

51. Pero hay motivos poderosos para calificar la ayuda como una asistencia al desempleo más que como una prestación por incapacidad.

52. Es verdad que el anticipo discutido no exige a quien lo solicita la capacidad para trabajar [49] ni estar a disposición de la administración laboral. [50] Si se decide la prestación por incapacidad, la resolución adquiere una suerte de retroactividad respecto del anticipo, convirtiéndola de raíz en una ayuda de las previstas en el artículo 4, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 1408/71 y el organismo responsable de la invalidez compensa

46 — Sentencia De Cuyper, citada en nota 44, apartado 27.

47 — Sentencia de 8 de marzo de 2001 (C-215/99, Rec. p. I-1901).

48 — Sentencia de 15 de marzo de 2001 (C-85/99, Rec. p. I-2261).

49 — Artículo 23, apartado 2, párrafo 1, de la AlVG.

50 — Una consecuencia lógica de la exención anterior.

a la administración encargada de las prestaciones por desempleo, por el disfrute del anticipo. [51] Finalmente, la sentencia De Cuyper definió la prestación por desempleo en unos términos estrictos, subrayando la capacidad para trabajar del interesado. [52]

53. Con estos fundamentos podría pensarse que el anticipo litigioso es una prestación por incapacidad, pero hay importantes razones para rebatir esa precipitada toma de posición.

54. La primera razón se asienta en el carácter *sui generis* del anticipo, concebido como una prestación específica para socorrer una situación singular. Tal como lo describió la Comisión en la vista, el anticipo en liza existe en una suerte de «limbo» jurídico. Tiene caracteres de una y otra categoría, pero también *carece* de algunos elementos representativos de ambas tipologías, revelándose imposible ubicarlo bajo una rúbrica que reúna al cien por ciento los rasgos que configuran las ayudas de incapacidad o de desempleo en el derecho comunitario.

55. Con esta idea como trasfondo, ha de relativizarse el hecho de que el Sr. Petersen, al igual que cualquier otro titular del anticipo, no pueda trabajar ni rendir cuentas ante la administración laboral durante el periodo de desempleo. De la misma manera que el anticipo se aparta de la prestación de desempleo en estos aspectos (que constituyen requisitos esenciales, a la luz del artículo 7, apartado 1, párrafo 1, de la AlVG), también adolece de una condición sustancial de la prestación por incapacidad, el contenido económico, que se calcula conforme a las normas de las ayudas de desempleo. [53]

56. La segunda razón pone en tela de juicio que la asistencia por incapacidad se retrotraiga para compensar financieramente el importe de la ayuda por desempleo. El referido anticipo se transforma cuando la petición de ayuda por incapacidad se resuelve favorablemente, pero, cuando se deniega, se consolida como una prestación por desempleo en sentido estricto, sin que proceda compensar cantidad alguna entre las administraciones competentes. [54]

57. También conviene relativizar la importancia de la sentencia De Cuyper para comprenderla en su justa medida. En el

51 — Artículo 23, apartado 5, de la AlVG.
52 — Sentencia De Cuyper, citada en nota 44, apartado 27.
53 — Artículo 23, apartado 4, de la AlVG.
54 — Artículo 23, apartados 5 y 6, de la AlVG.

citado asunto, un nacional belga percibía una ayuda de desempleo con la peculiaridad de que se le dispensaba de inscribirse como demandante de empleo y, por consiguiente, de la obligación de permanecer disponible en el mercado laboral. [55] Esta exención, que suponía una excepción a las condiciones tasadas legalmente para la concesión de las prestaciones de paro, no impidió al Tribunal de Justicia calificar la ayuda de asistencia por desempleo. La sentencia, en su apartado 27, describió estas prestaciones como aquellas en las que el beneficiario aún goza de capacidad para trabajar, pero consideró que una prestación semejante, a pesar de incumplir una de las condiciones, ostentaba la calificación de ayuda por desempleo, lo que podría aplicarse al asunto de autos, pues el anticipo austriaco, aun faltándole una condición esencial para acomodarse a la definición de las ayudas de desempleo, cosecha una amplia gama de rasgos que lo asemejan a este tipo de prestaciones.

58. En primer lugar, el anticipo se paga porque hay un trabajador en paro, que, además, ha solicitado una prestación de incapacidad, lo que sugiere que se trata de alguien especialmente vulnerable. [56] En estas circunstancias, se provee una ayuda por desempleo, con cargo a los fondos del seguro de desempleo y con arreglo a las normas de estas ayudas. En segundo lugar, el anticipo se extingue automáticamente, si el beneficiario acepta un puesto de trabajo durante el procedimiento para la tramitación de la prestación por incapacidad. Al igual que el desempleado pierde el derecho a una prestación de paro cuando accede a un trabajo, el titular del anticipo sufre una idéntica secuela. En tercer lugar, el sistema de cálculo del anticipo se realiza conforme a las normas de las prestaciones de desempleo, aunque con un criterio corrector para evitar liquidaciones sustanciales en caso de que, en el futuro, se conceda la ayuda por incapacidad. En cuarto lugar, la invalidez del beneficario del anticipo es sólo una hipótesis, pues la única certidumbre es el desempleo, por lo que parece adecuado que el anticipo se articule como tal.

59. Pero el elemento primordial para inclinar el fiel de la balanza a favor de la calificación del anticipo como una prestación por desempleo es su finalidad. [57] De la letra y del espíritu de la legislación austriaca, se desprende que esta ayuda se propone suplir los ingresos

55 — Sentencia De Cuyper, citada en la nota 44, apartado 30.

56 — El artículo 23, apartado 2, párrafo 3, de la AlVG, exige, para el otorgamiento del anticipo a quienes reclaman una ayuda de incapacidad, que el «organismo asegurador competente certifique que probablemente no pueda resolverse definitivamente sobre la prestación en un plazo inferior a dos meses desde el devengo del derecho a pensión», lo que demuestra que el anticipo se atribuye para suplir el desfase temporal que provoca un prolongado procedimiento administrativo.

57 — Sentencia De Cuyper, citada en la nota 44, apartado 25.

del empleo en un periodo temporal que puede, aunque aún no se sepa con seguridad, terminar en una vuelta o en una expulsión del mercado de trabajo. De esta manera se busca mantener al solicitante económicamente activo en dicho mercado, pero también, como ha apuntado el Gobierno alemán, psicológicamente animado.

60. Así pues, el anticipo cubre un doble riesgo: el de que la solicitud de una prestación por incapacidad sea desestimada y el de que el solicitante decida retornar al mercado de trabajo, abandonando su pretensión inicial.

61. De todo lo expuesto se infiere que el anticipo regulado en el artículo 23 de la AlVG es una prestación por desempleo, en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra g), del Reglamento nº 1408/71, aunque tal calificación no resulta determinante de cara a la segunda cuestión prejudicial planteada, que es, sin duda, la clave para resolver este asunto.

VII. La segunda cuestión prejudicial: el requisito de la residencia aplicado al anticipo

A. *Preámbulo*

62. La siguiente pregunta del Verwaltungsgerichtshof, consecuencia lógica de la primera, se refiere a la residencia reclamada al Sr Petersen para disfrutar del anticipo.

63. Al calificar la ayuda como una prestación por desempleo, el artículo 69 del Reglamento nº 1408/71 impone tres condiciones para que un particular pueda residir en otro Estado miembro al tiempo que cobra una prestación por desempleo: estar inscrito, con anterioridad al traslado, en los servicios de empleo; inscribirse posteriormente en el Estado de acogida; y empezar a trabajar en un periodo determinado.

64. Evidentemente, el Sr. Petersen no cumple ninguna de esas tres condiciones.

65. A diferencia de la Comisión y del recurrente, a dicho incumplimiento se han aferrado todos los Gobiernos que han presentado observaciones en este proceso prejudicial, justificando así la suspensión del anticipo percibido por el Sr. Petersen. Pero esta alegación envuelve una trampa de la que urge escapar.

B. *Alegaciones de los Gobiernos, de la Comisión y del Sr. Petersen*

66. Los Gobiernos alemán, austriaco, español e italiano coinciden en alegar dos motivos. Por un lado, que el Sr. Petersen no reúne ninguna de las condiciones previstas en el Reglamento nº 1408/71 para trasladar su prestación social. Por otro lado, que es aplicable la sentencia De Cuyper, ya citada.

67. Para los cuatro Gobiernos, exigir un requisito de residencia a un trabajador como el Sr. Petersen no es desproporcionado, pues los artículos 69 a 71 del Reglamento nº 1408/71 contemplan varias hipótesis en las que cabe exportar las ayudas y el recurrente no se encuentra en ninguna. Hay, por tanto, cierto consenso en que el Reglamento nº 1408/71 contiene una enumeración exhaustiva, fuera de la que no se admite la ayuda, cuando el titular se desplaza a otro Estado miembro.

68. Además, la sentencia De Cuyper avala la tesis de los Gobiernos, al declarar la compatibilidad de un requisito de residencia con el artículo 18 CE; entendió que, en un caso como el que estaba conociendo, las inspecciones de la administración laboral sólo serían eficaces si el beneficiario de las ayudas, que debía estar a disposición de la oficina de empleo, residía en el Estado prestador.

69. Sin embargo, la Comisión considera que una cláusula de residencia infringe el artículo 39 CE, basándose también en la sentencia De Cuyper; en su opinión, hay una diferencia esencial entre los hechos de este asunto y los del ahora debatido: mientras que el Sr. De Cuyper debía permanecer a disposición de la oficina de empleo, el anticipo del Sr. Petersen conlleva la exención total de esta obligación. Si la lucha contra el fraude pasa a un segundo plano, una medida como la enjuiciada en esta ocasión deviene desproporcionada. Por tanto, aunque el Reglamento nº 1408/71 no recoja un supuesto como el de autos, no significa que quede al margen de la protección que dispensan los Tratados. Al contrario, el ordenamiento de la Comunidad lo tutela y proscribe un requisito de residencia como el suscitado en esta oportunidad.

70. El Sr. Petersen examina la ilegalidad del requisito de residencia en dos vertientes: la infracción del derecho fundamental de propiedad y la del principio de igualdad. La reducción exorbitante de un activo patrimonial, unida al trato discriminatorio que recibe el recurrente respecto de los austriacos que no se desplazan a otro Estado miembro, justificaría la incompatibilidad de la decisión nacional con el derecho comunitario.

C. *Apreciación*

71. Ni el Verwaltungsgerichtshof ni los litigantes han discutido la condición de «trabajador» del Sr. Petersen. La Comisión se ha limitado a afirmar que, si se le estima un empleado por cuenta ajena, se le aplica el artículo 39 CE; de lo contrario, el 18 CE.

72. Me inclino por reconocer al recurrente el estatuto de trabajador, ya que el derecho controvertido deriva de una relación laboral. Aunque la sentencia De Cuyper resulte ambigua sobre este particular, entiendo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha confirmado la aplicación del artículo 39 CE cuando los derechos en juego traían causa directa de una relación laboral. [58] En este asunto, el vínculo de la prestación con la cualidad de trabajador del Sr. Petersen es patente, pues se trata de un anticipo dependiente de dos circunstancias simultáneas: el desempleo y la incapacidad, ambas asociadas con una relación laboral previa.

73. No obstante, aunque, para resolver la cuestión prejudicial, tenga especial relevancia el artículo 39 CE, conviene atender también al artículo 18 CE. Según he avanzado, el Sr. Petersen representa un ejemplo de *circulación de ciudadanos libres* que, en los términos expuestos en los puntos 25 a 38 de estas conclusiones, atribuye una singular fuerza normativa a la coyuntura individual y colectiva del recurrente.

1. La posición jurídica individual del Sr. Petersen

74. El Sr. Petersen es un desempleado que en su día, como consecuencia de su trabajo por cuenta ajena, cubrió un periodo de carencia que le da derecho a una prestación por incapacidad. Hallándose desempleado, solicitó un anticipo concebido para

58 — Sentencias Martínez Sala, citada en la nota 5, apartado 32; de 27 de noviembre de 1997, Meints (C-57/96, Rec. p. I-6689), apartados 16 y 17; y de 6 de noviembre de 2003, Ninni-Orasche (C-413/01, Rec. p. I-13187), apartado 34.

amparar a los parados que, al mismo tiempo, reclaman una prestación por incapacidad. El mencionado anticipo se confería siempre que concurrieran los requisitos de la ayuda por desempleo, pero eximiendo al beneficiario de buscar trabajo. Las normas nacionales de seguridad social se *flexibilizan* al efecto, pero los Gobiernos que han acudido a este proceso prejudicial reclaman al Tribunal de Justicia una interpretación *estricta* de las normas comunitarias de seguridad social, ya que el Sr. Petersen no satisface los requisitos de los artículos 69 a 71 para autorizar la exportación de las prestaciones, de suerte que se ha de revocar el anticipo, cuando el recurrente traslade su residencia a otro Estado miembro.

75. Esta trama conduce al Sr. Petersen a un dilema trágico, ya que, haga lo que haga, siempre pierde. Si cumple los requisitos, no cobra el anticipo. Si cumple todos excepto el que le está permitido eludir, tampoco lo cobra por cambiar de residencia. Y, si no lo cobra, corre el riesgo de que posteriormente no se le conceda la prestación por incapacidad y se le relegue del mercado de trabajo. Sólo le queda pedir una prestación por desempleo ordinaria, aunque, dadas las dificultades que atraviesa (reclamando una prestación de incapacidad), quizás no esté en las mejores condiciones para lograr un puesto de trabajo en un entorno medianamente competitivo.

76. Es irrelevante que la eventualidad específica del Sr. Petersen no aparezca entre las hipótesis enumeradas en el Reglamento nº 1408/71, pues este texto no pretende excluir todas las demás hipótesis, sino desarrollar el artículo 39 CE. Todo precepto de derecho derivado se interpreta y aplica a la luz del derecho originario, algo que implica que un requisito de residencia como el de autos carece de una justificación objetiva y razonable, a lo que debe sumarse que nadie en este proceso, destacadamente tampoco el Gobierno austriaco, ha conseguido explicar la negativa de la administración a autorizar el cambio de residencia del Sr. Petersen. [59]

77. A pesar de que la ciudadanía europea exige una atención prioritaria a la coyuntura jurídica del individuo, es evidente que, aunque no haya derechos fundamentales en juego, la resolución austriaca difícilmente superaría un control comunitario de proporcionalidad. [60] Por tanto, a tenor del artículo 39 CE y del artículo 18 CE, una medida como la recurrida, que conlleva un trato diferenciado en función del lugar de residencia del beneficiario de una prestación social, es incompatible con el derecho comunitario.

59 — Los apartados 12 a 14 de las observaciones escritas del Gobierno austriaco se reducen a reiterar el contenido del artículo 39 CE, así como el de los artículos 10 y 67 del Reglamento nº 1408/71. No aportan elementos sustantivos para salvar la denegación al Sr. Petersen de exportar su anticipo, al trasladar su residencia a otro Estado miembro.

60 — Punto 27 de estas conclusiones.

2. Las condiciones de pertenencia a la comunidad política

78. El Sr. Petersen es un nacional alemán que ha llevado a cabo gran parte de su actividad profesional en Austria. Tras varios años de residencia legal en este país, retorna a su país natal después de haber solicitado a las autoridades austriacas una prestación de incapacidad y un anticipo a cuenta. No hay duda de que el recurrente está directamente ligado al Estado austriaco, aunque sólo sea por haber aportado sus contribuciones sociales a la administración laboral austriaca, hasta cubrir el periodo legal de carencia. La ligazón del Sr. Petersen con Austria habla por sí misma, máxime al apreciar el tipo de ayuda que se le está denegando.

79. Si el Tribunal de Justicia se inclinara por calificar el anticipo como una prestación por incapacidad, se toparía con que el Reglamento nº 1408/71 imposibilita la suspensión o la modificación de este tipo de ayudas sociales por causa de la residencia. [61] Esta limitación tiene su lógica, pues pretende potenciar la libre circulación de quienes han finalizado su vida laboral y deciden residir en otros Estados miembros, sea por motivos climáticos, familiares o sentimentales.

80. Pero, si prefiriera entender que el Sr. Petersen disfruta de una ayuda por desempleo, no debería olvidarse que el anticipo es la antesala para recibir una prestación por incapacidad, que, si no se logra, transforma la ayuda en una prestación por desempleo, siempre que el interesado supere los requisitos de los artículos 69 a 71 del Reglamento nº 1408/71 cuando cambie de residencia. No obstante, uno de esos requisitos radica en que, «a tenor de las circunstancias del caso, sea previsible la concesión de la prestación [por incapacidad]». [62] Por consiguiente, el Sr. Petersen puede residir en Alemania, exento de control por la administración laboral, por un periodo determinado: la duración del procedimiento para otorgar la prestación por incapacidad.

81. A lo largo de este tiempo la administración austriaca, que con antelación ha incitado al Sr. Petersen a instar un anticipo con el que implícitamente se le reconoce que es «previsible la concesión de la prestación» que ha reclamado, puede asumir la carga económica de la ayuda aquí discutida. Si se le deniega la prestación por incapacidad, el recurrente recupera su situación originaria. Pero, mientras tanto, el cambio de residencia del Sr. Petersen, realizado en el curso de un procedimiento que probablemente le confiera una ayuda que le permita residir en cualquier Estado miembro, de ninguna manera condiciona la capacidad de actuación

61 — Artículo 10 del Reglamento nº 1408/71.

62 — No me parece determinante el hecho de que al Sr. Petersen se le hubiera denegado la prestación en un primer momento. Tal como aclaró el experto del Gobierno austriaco en el transcurso de la vista, el 60 % de las solicitudes de prestación por incapacidad son desestimadas, lo que muestra una política administrativa restrictiva en la apreciación de las condiciones que permiten crear el derecho a cobrar la ayuda. Entiendo, por tanto, que la desestimación inicial de la petición del Sr. Petersen no significa *prima facie* que no fuera previsible la concesión eventual de la prestación.

o la integridad financiera de las autoridades austriacas.

82. El vínculo que ha demostrado ostentar el Sr. Petersen justifica la desproporción de la medida adoptada por la administración laboral de Austria. Al ponderar la pertenencia del Sr. Petersen a la comunidad con la que ha estado vinculado de forma efectiva, hay que interpretar el artículo 39 CE a la luz del artículo 18 CE. Por tanto, aplicando un elevado estándar de protección al ciudadano europeo, finalizo mi propuesta en el entendimiento de que ambos preceptos han sido vulnerados.

VIII. Conclusión

83. De acuerdo con las explicaciones precedentes, sugiero al Tribunal de Justicia responder a la cuestión prejudicial del Verwaltungsgerichtshof, declarando que:

«Una prestación en metálico del seguro de desempleo, que se concede a los desempleados que hayan solicitado una prestación por incapacidad laboral, constituye una prestación de desempleo en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra g), 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.

Los artículos 18 CE y 39 CE se oponen a una disposición nacional que prevé la suspensión del derecho a tal prestación cuando el desempleado reside en otro Estado miembro.»