CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. G. FEDERICO MANCINI

presentadas el 5 de mayo de 1988 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Mediante resolución de 21 de enero de 1987, el Bundessozialgericht preguntó al Tribunal de Justicia si, para el cálculo de la pensión de un trabajador fronterizo, los períodos en los que el mismo ha disfrutado de las prestaciones de paro total deben ser tomados en consideración por la entidad gestora del Estado de residencia o por el organismo análogo del país en el que el pensionado ejerció su actividad laboral.

Los hechos. El Sr. Josef Rebmann, ciudadano alemán, ha residido siempre en Alemania. En el período que va desde el 1 de agosto de 1959 al 30 de junio de 1972 trabajó en Francia como fronterizo satisfaciendo las correspondientes cotizaciones al régimen de seguridad social de dicho Estado. En junio de 1972, el Sr. Rebmann se quedó sin trabajo. Se inscribió por lo tanto en los registros de la Oficina de Empleo de Saarbrücken, percibiendo entre el 13 de julio siguiente y el 31 de julio de 1974 las prestaciones por desempleo de acuerdo con las normas del Derecho alemán.

En 1980, el Sr. Rebmann se jubiló con una pensión de jubilación pagada por la caja francesa. Por otra parte, mediante decisión de 10 de diciembre de 1980, el Bundesversicherungsanstalt für Angestellte de Berlín (en lo sucesivo, «BfA») le otorgó una pensión de invalidez sobre la base de los años de trabajo (1974-1980) prestado en Alemania. Sin embargo, al calcular el importe de esta pensión, la entidad no tuvo en cuenta el período durante el cual había quedado sin empleo el beneficiario. En efecto, de acuerdo con los números 3 y 3a) de la primera frase del apartado 1 del artículo 36 de la Angestelltenversicherungsgesetz («AVG»), los períodos de desempleo son computables a efectos del cálculo de la pensión solamente si interrumpen el ejercicio de una actividad profesional sujeta al seguro según la Ley alemana. Es cierto que pueden quedar equiparados a períodos de cotización alemanes si así lo disponen acuerdos o convenciones internacionales de las que sea parte la República Federal, pero, en este caso, esta posibilidad no está prevista ni por el convenio franco-alemán vigente en la materia ni por las normas de Derecho comunitario.

La reclamación, el recurso y la apelación que el jubilado interpuso contra la decisión resultaron infructuosos. En casación, el Sr. Rebmann sostenía que la citada disposición de la AVG es contraria al epígrafe ii) de la letra a) del apartado 1 del artículo 71 del Reglamento nº 1408/71, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (en la versión publicada en el DO L 230 de 22.8.1983, p. 8; EE 05/03, p. 53). Según esta disposición, en caso de desempleo, el trabajador fronterizo debe pedir la correspondiente indemnización exclusivamente a la autoridad competente del Estado de residencia.

* Traducido del italiano.

Es indiscutible —admitió el demandante— que la norma no se refiere directamente al caso de autos; pero es igualmente cierto —añadió— que sólo la aplicación de la *lex domicilii* evita al trabajador fronterizo quedar discriminado respecto a los demás migrantes por no poder reunir en el Estado de residencia ni en el de empleo los requisitos a los que subordina la normativa nacional el reconocimiento de los períodos de desocupación. En lo que se refiere al Derecho francés, en efecto, el Sr. Rebmann no podría probar que no ha recibido indemnización de desempleo alguna, mientras que, a tenor de la normativa alemana, su actividad laboral sujeta a seguro no habría resultado interrumpida.

En estas circunstancias, el Bundessozialgericht consideró oportuno preguntar al Tribunal de Justicia cual sería, según el Derecho comunitario, la entidad gestora competente para computar a efectos del cálculo de pensión los períodos de desempleo durante los cuales el trabajador fronterizo disfrutó, de acuerdo con el epígrafe ii) de la letra a) del apartado 1 del artículo 71 del Reglamento nº 1408/71, de las correspondientes indemnizaciones. En particular, el Juez remitente desea saber:

a) si, a la luz de la citada norma comunitaria, los períodos de desempleo deben ser tomados en consideración por el Estado de residencia, como si durante su último empleo el trabajador hubiese estado sujeto a la ley de dicho Estado;

b) si, por el contrario, los mismos períodos deben ser tomados en consideración de acuerdo con la normativa de pensiones del Estado de desempleo, como si durante el desempleo hubiese estado sujeto a la ley de este Estado;

c) si la elección de la entidad a la que solicitar que tenga en cuenta los períodos de desocupación corresponde al trabajador interesado.

En el presente procedimiento han presentado observaciones escritas la BfA, los Gobiernos de Roma y La Haya y la Comisión de las Comunidades Europeas. Excepto los Países Bajos, los mismos sujetos intervinieron en la vista.

2. El BfA y el Gobierno italiano subrayan, en primer lugar, que la falta de una norma comunitaria *ad hoc* no permite ignorar los intereses de los trabajadores fronterizos y que la solución del problema debe buscarse en los principios enunciados por el Reglamento nº 1408/71. A este respecto, sostienen que, al imponer el abono de las prestaciones de desempleo a las autoridades del Estado de residencia, el artículo 71 ha establecido una excepción a la regla según la cual la adopción de todas las medidas de carácter social y de previsión corresponde al país en el que ejerce su actividad el trabajador migrante.

Al ser de naturaleza excepcional, por tanto, la norma no es aplicable por vía analógica o extensiva, tal como afima el Gobierno neerlandés, a otras prestaciones sociales; y ello también a los efectos, si bien limitados, del cómputo de los años durante los cuales el beneficiario de la pensión estuvo en situación de desempleo. En caso contrario, subraya la BfA, se llegaría a un resultado paradójico: por el mero hecho de haber abonado indemnizaciones por desempleo, el Estado de residencia debería reconocer un derecho a pensión independiente en favor del trabajador fronterizo que nunca ha trabajado en su territorio. El dilema propuesto por el Juez remitente debe quedar resuelto en definitiva apelando al criterio general del Estado de empleo.

La Comisión opina lo contrario. Dicho criterio —reconoce— es efectivamente más conforme con la sistemática del Reglamento. Sin embargo, plantea serios problemas de coordinación entre las normativas de seguro de los Estados miembros y, en particular, respecto a aquellas, como la francesa, que excluyen la posibilidad de computar a efectos de la jubilación los períodos de desempleo por los que no se han pagado indemnizaciones. En el caso en el que el trabajador fronterizo no haya trabajado nunca en el Estado de residencia, pero haya pasado en él períodos de desempleo percibiendo las correspondientes prestaciones, debería aplicarse en cambio el principio de la totalización de los períodos correspondientes. Por analogía con lo previsto en el artículo 48, deberían quedar entonces obligadas a computar los períodos citados las instituciones del Estado de empleo.

3. La pregunta que plantea a este Tribunal el Bundessozialgericht saca a la luz la existencia de una grave laguna en el Reglamento nº 1408/71; es evidente que los intereses de una importante categoría de trabajadores comunitarios, como es la de los trabajadores fronterizos, obligan a llenarla.

Una premisa de orden general. Para la «determinación de la legislación aplicable», el Consejo estableció que los trabajadores por cuenta ajena que no residen en el Estado de empleo (entre los que figuran obviamente los fronterizos) están sujetos a la ley de éste Estado [letra a) del apartado 2 del artículo 13]. El principio así sancionado, por otra parte, no carece de excepciones. En particular, se inspiran en el criterio de la *lex domicilii*: a) los apartados 2 y 3 del artículo 25 respecto a las prestaciones por enfermedad y maternidad a las que tiene derecho el trabajador fronterizo en situación de desempleo; b) el apartado 5 del artículo 39, en materia de invalidez; c) el citado epígrafe ii) de la letra a) del apartado 1 del artículo 71. Este dispone en efecto que «el trabajador fronterizo [...] en paro total disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida, como si hubiera estado sometido a dicha legislación mientra ocupaba su último empleo».

Ahora bien, la *ratio* de este precepto es evidente: al encontrarse sin empleo —estimó el legislador comunitario— el trabajador fronterizo puede verse mejor y más fácilmente asistido por las autoridades del país de residencia en el que evidentemente conserva vínculos familiares y sociales más estables. Este aspecto queda bastante bien aclarado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. «Las disposiciones del artículo 71 —afirma éste en la sentencia dictada el 12 de junio de 1986 en el asunto 1/85 (Miethe, Rec. 1986, p. 1837) [...] tratan de garantizar al trabajador migrante que se beneficie de las prestaciones de desempleo en las condiciones más favorables mientras busca un nuevo trabajo. Dichas prestaciones incluyen no solamente contribuciones en dinero, sino también la ayuda a su reciclaje profesional que proporcionan los servicios de empleo a los trabajadores que se han puesto a su disposición» (véanse apartado 16 y jurisprudencia citada en el mismo).

Dicho esto, examinemos cuál de las soluciones propuestas por el Juez *a quo* es más conforme con el espíritu que animó al Consejo a dictar las disposiciones relativas al *status* del trabajador fronterizo.

La última hipótesis del Bundessozialgericht puede excluirse inmediatamente: una facultad de opción reconocida a los trabajadores fronterizos sería contraria a la letra del artículo 71 —que, como hemos visto, habilita a los trabajadores a dirigirse únicamente a las autoridades del Estado de residencia— e ingnoraría «el alcance del Reglamento nº 1408/71 que trata [...] de coordinar las

legislaciones nacionales de seguridad social en el marco de la libre circulación de los trabajadores nacionales de los Estados miembros» (sentencia Miethe, antes citada, apartado 11).

Por el contrario, la segunda alternativa presenta al menos dos ventajas: la de conformarse a la regla fijada por el artículo 13 y a los objetivos perseguidos por el artículo 51 del Tratado y la de permitir que los períodos de desempleo se añadan sin solución de continuidad a los períodos de contribución efectuados por el trabajador fronterizo al amparo del régimen de jubilaciones del Estado de empleo. De esta forma, cuando el trabajador encuentra un nuevo empleo en dicho Estado, las autoridades de este último, competentes para liquidar sus derechos a pensión, tendrán en cuenta igualmente los años durante los cuales no pudo trabajar.

Sin embargo, como ha demostrado la Comisión, esta misma solución da lugar a serias dificultades de coordinación entre las normas del Estado de empleo en materia de cálculo de la pensión y las del Estado de residencia a quien corresponde dictar las normas relativas al pago de los subsidios por desempleo. Aún hay más. Dicha solución pierde toda utilidad práctica cuando el trabajador fronterizo encuentra un empleo en su lugar de origen gracias a los esfuerzos de la Oficina de Empleo a la que se ha dirigido a tenor del artículo 71. En este caso, en efecto, por las razones expuestas al examinar la hipótesis contraria, parece más lógico atribuir a las autoridades del Estado de residencia la obligación de computar, en el momento de liquidar la pensión, los períodos de desempleo. Añado que la paradoja a la que alude el BfA es poco aceptable; en efecto, el trabajador fronterizo que no haya trabajado en su Estado de residencia no puede, por lo mismo, alcanzar ningún derecho a pensión al término de su relación laboral.

En definitiva, la línea sostenida por la BfA y por el Gobierno italiano no parece más útil para los intereses del trabajador fronterizo que la que proponen los Países Bajos. Es cierto que, como cualquier norma de naturaleza excepcional, el artículo 71 debe limitarse al ámbito para el que se dictó. Estoy convencido, sin embargo, de que esta disposición no se limita a introducir una excepción al criterio general de la *lex loci laboris*, sino que establece, junto con el apartado 2 del artículo 25, un régimen destinado específicamente a los trabajadores fronterizos y distinta del vigente para los demás trabajadores. Se ha visto, en efecto, que el criterio de la *lex domicilii* responde en este caso particular a una finalidad principal: permitir a quien cruza diariamente una frontera para trabajar «en el otro lado», encontrar después del paro un empleo en el país donde vive.

Según el Reglamento nº 1408/71, pues, el desempleo del trabajador fronterizo —como situación que es objeto de tutela jurídica— está sujeto a un régimen especial, anclado en el criterio de la *lex domicilii* y paralelo al de la *lex loci laboris*, que rige todos, pero también exclusivamente, los derechos y los deberes del trabajador fronterizo desde el día en que se queda sin trabajo hasta el momento en que lo vuelve a encontrar. Por el contrario, al período anterior y posterior a este paréntesis se aplica con toda evidencia el régimen general, es decir, aquél según el cual las obligaciones respecto a las prestaciones de seguridad social del trabajador no residente corresponden únicamente al Estado en el que éste ha trabajado. Por otra parte, este mismo criterio de interpretación condujo al Tribunal de Justicia a afirmar que, de acuerdo con la citada letra a) del apartado 2 del artículo 13, el «trabajador que cesa en las actividades ejercidas en el territorio de un Estado miembro [...] queda sujeto a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio ha ejercido su última acti-

vidad, cualquiera que sea el período transcurrido desde el cese de las actividades de que se trate y la terminación de la relación laboral». A este trabajador se aplica por lo tanto «únicamente [..] la legislación de este Estado miembro» (sentencia de 12 de junio de 1986, asunto 302/84, Ten Holder, Rec. 1986, p. 1827, apartados 1 y 2 del fallo).

Las dificultades de coordinación a las que alude la Comisión deben superarse en suma recurriendo al criterio del Estado de empleo. En realidad, excluir al trabajador fronterizo de la *lex loci laboris* constituiría un obstáculo para acumulación ininterrumpida de sus derechos a pensión y sería incompatible con las finalidades del Tratado. A este respecto, recuerdo que el artículo 51 pretende «garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes [...] 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*» (el subrayado es mío).

4. A la luz de las consideraciones que anteceden, sugiero al Tribunal de Justicia que responda como sigue a la cuestión planteada por el Bundessozialgericht mediante resolución de 21 de enero de 1987 en el asunto pendiente ante el mismo entre el Sr. Josef Rebmann y el Bundesversicherungsanstalt für Angestellte:

«A tenor de la letra a) del apartado 2 del artículo 13 del Reglamento nº 1408/71 y a falta de una disposición comunitaria específica, los períodos de paro total cumplidos por un trabajador fronterizo en el Estado de residencia deben ser tomados en consideración, a efectos del cálculo de la pensión, por la legislación del Estado en el que estuvo empleado por última vez.»