CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. WALTER VAN GERVEN

presentadas el 14 de marzo de 1989 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El Centrale Raad van Beroep de Utrecht ha planteado al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales sobre ciertas disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, [1] relativas a los derechos a prestaciones de desempleo de los trabajadores migrantes dentro de la Comunidad.

Antecedentes de hecho y procedimiento

2. La Sra. Warmerdam-Steggerda (en lo sucesivo, «Sra. Warmerdam») percibía inicialmente en los Países Bajos una prestación de desempleo. Posteriormente, en el período comprendido entre el 17 de marzo y el 8 de agosto de 1975, trabajó como alfarera para una empresa en Escocia. Por razón de este trabajo estuvo legalmente asegurada del 17 de marzo al 6 de abril de 1975 (pagando la correspondiente cotización) contra accidentes laborales, pero no contra otros riesgos cubiertos por la Seguridad Social británica, ya que sus ingresos eran muy bajos. El 6 de abril de 1975 dejó de surtir efecto la National Insurance (Industrial Injuries) Act 1965-1974, en la que se basaba este seguro contra accidentes. A partir de esta fecha entró en vigor la Social Security Act 1975, que, según una declaración aparecida en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, [2] constituye un régimen como los contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 4 del Reglamento nº 1408/71 y a los que en consecuencia es aplicable dicho Reglamento. [3] A partir de esa fecha no se percibió en el Reino Unido ninguna cotización en concepto de seguro contra accidentes laborales de la Sra. Warmerdam, ya que la nueva legislación establecía que como consecuencia de sus bajos ingresos ya no debía pagar cotización alguna.

El motivo de la estancia de la Sra. Warmerdam en el Reino Unido fue que a la sazón su marido seguía un período de prácticas en aquel país. Al término de este período la Sra. Warmerdam puso fin a su relación laboral y el matrimonio, después de un viaje de vacaciones por Escocia, volvió a los Países Bajos en fecha 30 de agosto de 1975. El 1 de septiembre de 1975 la Sra. Warmerdam se registró como solicitante de empleo en los Países Bajos.

3. En fecha 3 de marzo de 1977 la Dirección de la Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging (junta Rectora de la Nueva Asociación General de Empresas; en lo sucesivo, «BNAB») decidió no conceder a la Sra.

* Lengua original: neerlandés.

1 — 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 de 5.7.1971; EE 05/01, p. 98); para la última versión coordinada véase el anexo al Reglamento (CEE) nº 2001/83 del Consejo (DO L 230 de 22.8.1983, p. 8; EE 05/03, p. 53).

2 — DO C 245 de 25.10.1975, p. 1.

3 — El artículo 4 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 deja bien claro entre otras cosas a qué ramas de la Seguridad Social se aplica este reglamento (en el apartado 1) y dispone que también es aplicable a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empresario referentes a estas prestaciones.

Warmerdam prestación de desempleo. La BNAB alegaba que, como la Sra. Warmerdam durante el período en que trabajó en el Reino Unido no había estado asegurada contra las consecuencias económicas del desempleo, no se podía considerar que fuera trabajadora por cuenta ajena en el sentido del Reglamento nº 1408/71. Dado que este Reglamento sólo prevé prestaciones de desempleo en favor de los trabajadores por cuenta ajena, según la resolución la Sra. Warmerdam no tenía derecho a tales prestaciones.

La Sra. Warmerdam recurrió contra esta resolución ante el Raad van Beroep de Arnhem, que en sentencia de 8 de septiembre de 1977 declaró fundado su recurso y remitió el asunto a la BNAB para que adoptara una nueva resolución teniendo en cuenta esta sentencia. La BNAB recurrió en apelación contra esta sentencia ante el Centrale Raad van Beroep de Utrecht solicitando la anulación de la sentencia del primer Juez y que declarase infundado el recurso interpuesto en primera instancia por la Sra. Warmerdam.

El Centrale Raad van Beroep estimó necesario plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) El hecho de que una persona esté asegurada, en el sentido del Reglamento nº 1408/71, tal como estaba redactado a la sazón, exclusivamente contra una o varias contingencias correspondientes a una sola rama de la Seguridad Social [en el caso de autos la rama a que se refiere la letra e) del apartado 1 del artículo 4] ¿le concede también la condición de trabajador por cuenta ajena exigida para disfrutar los beneficios que dicho Reglamento concede en relación con otra rama de la Seguridad Social [en el caso de autos la rama a que se refiere la letra g) del artículo 4]?

»2) ¿Puede la institución competente de un Estado miembro, mencionada al principio del apartado 1 del artículo 67 del Reglamento nº 1408/71, tal como estaba redactado a la sazón, al aplicar la legislación de dicho Estado miembro, computar los "períodos de empleo" cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro —que cumplan la condición de que se hubieran considerado como períodos de seguro en el supuesto de haber sido cubiertos bajo la legislación aludida en primer lugar— únicamente si dichos períodos de empleo también se definen o admiten como períodos de seguro con relación a la misma rama de la Seguridad Social conforme a la legislación bajo la cual se cubrieron?»

La cuestión jurídica en el litigio principal se refiere al alcance del inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71

4. Según se desprende de la resolución de remisión, la Sra. Warmerdam ha fundamentado su reclamación contra la BNAB en el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 del Reglamento nº 1408/71.

Esta disposición forma parte del capítulo 6 del Reglamento nº 1408/71, titulado «Desempleo», que contiene cierto número de normas que los trabajadores migrantes dentro de la Comunidad pueden invocar para adquirir un derecho a prestación de

desempleo. Las secciones 1 y 2 de este capítulo contienen normas generales sobre la totalización de los períodos de seguro o de empleo en diversos Estados miembros (artículo 67), el cálculo de las prestaciones (artículo 68) y la concesión de prestaciones a desempleados que se desplazan a otro Estado miembro (artículos 69 y 70). La sección 3 de este capítulo consta únicamente del artículo 71, que garantiza bajo determinadas condiciones a los trabajadores fronterizos [letra a) del apartado 1] y a los demás trabajadores por cuenta ajena [letra b) del apartado 1] que antes de quedarse sin trabajo desempeñaron su último empleo en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado miembro competente,[4] un derecho a prestación de desempleo con arreglo a la legislación bien del Estado miembro en el que desempeñaron su último empleo [inciso i) de la letra b)], bien del Estado miembro donde residen [inciso ii) de la letra b)]. El inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 dice como sigue:

«1) El trabajador en situación de desempleo que residiera, mientras ocupaba su último empleo, en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente, disfrutará de las prestaciones conforme a las normas siguientes:

(...)

»b) (...)

»ii) el trabajador que no sea fronterizo, que se halle en paro total y que se ponga a disposición de los servicios de empleo en el territorio del Estado miembro donde resida, o que regrese a dicho territorio, disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación de ese Estado, como si hubiese ocupado allí su último empleo [...].»

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71

5. La sentencia que dicte el Tribunal de Justicia deberá permitir al Juez remitente aplicar correctamente el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71. Por ello, antes de examinar las cuestiones planteadas, estimo interesante recordar la anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre esta disposición. Esta jurisprudencia me parece especialmente aclaratoria en relación con la finalidad y el alcance del artículo 71 que, en mi opinión, determinarán la respuesta que el Tribunal de Justicia deba dar a las cuestiones planteadas por el Juez remitente.

En primer lugar, procede mencionar la sentencia de 15 de diciembre de 1976 (Mouthaan, 39/76, Rec. 1976, p. 1901) en la que el Tribunal de Justicia aclaró: «[de conformidad con el noveno considerando del Reglamento nº 1408/71] el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 tiene por objeto garantizar al trabajador que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en dicho artículo el derecho a prestaciones de desempleo en circunstancias que faciliten la búsqueda de un nuevo empleo» (apartado 13). Esta decisión se reiteró

4 — La letra q) del artículo 1 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 define este término como el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la institución competente. La letra o) del artículo 1 describe la «institución competente», entre otras, como la institución a la cual el interesado esté afiliado en el momento de la solicitud de prestaciones, o la institución de la cual el interesado tiene derecho a prestaciones o tendría derecho a prestaciones si residiera, o si el miembro o los miembros de su familia residieran en el territorio del Estado miembro donde se encuentra esta institución.

recientemente en la sentencia de 12 de junio de 1986 (Miethe, 1/85, Rec. 1986, p. 1837, apartado 16) y en la sentencia de 22 de septiembre de 1988 (Bergemann, 236/87, Rec. 1988, p. 5125, apartado 18).

La segunda sentencia que deseo recordar aquí es de 27 de mayo de 1982 (Aubin, 227/81, Rec. 1982, p. 1991). En esta sentencia el Tribunal declaró que el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 en sustancia tiene por finalidad brindar una posibilidad de elección a los desempleados que durante su último empleo residían en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado miembro competente. Pueden escoger entre el régimen de prestaciones del Estado en el que han desempeñado su último empleo y el régimen de prestaciones de su Estado de residencia (apartados 13 y 19; véase también la sentencia Miethe, ya citada, apartados 9 y 10).

Por último, quisiera mencionar la sentencia de 17 de febrero de 1977 (Di Paolo, 76/76, Rec. 1977, p. 315). Este asunto fue remitido al Tribunal de Justicia por la Corte de Casación belga que debía juzgar sobre una solicitud de prestaciones de desempleo de una residente belga que había desempeñado su último empleo en el Reino Unido y que posteriormente había vuelto a casa de su familia en Bélgica, donde solicitó la concesión de prestaciones de desempleo. Uno de los requisitos de concesión de dichas prestaciones en Bélgica es que se aporte la prueba de haber trabajado determinado número de días. Con miras a aportar esta prueba, la trabajadora había solicitado la aplicación del artículo 67. El apartado 3 de este artículo establece que las «reglas de totalización» de los apartados 1 y 2 del artículo sólo se aplicarán a condición de que el interesado haya cubierto en último lugar períodos de seguro o períodos de empleo con arreglo a lo dispuesto en la legislación a cuyo amparo sean solicitadas las prestaciones. Según el mismo apartado 3, este requisito no rige para los casos a que se refiere el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71, entre otros.

El Tribunal de Justicia aclaró en su sentencia que el apartado 1 del artículo 71 establece una excepción, en ciertas condiciones, a la norma del apartado 3 del artículo 67 en favor de los trabajadores fronterizos y de otros trabajadores. El principal requisito es que el interesado resida en un Estado miembro distinto del Estado a cuya legislación estuvo sometido durante su último empleo (apartados 10 y 11). La sentencia subrayaba que esta disposición tiene por objeto que los costes de las prestaciones de desempleo corran a cargo del Estado de residencia (en lugar del Estado del último empleo), en el caso de ciertos trabajadores que hayan conservado estrechos lazos con el país en el que están establecidos y residen habitualmente. Sin embargo, esta regla ya no se justifica «cuando, como consecuencia de una interpretación demasiado amplia del término residencia, quedan sometidos al ámbito de aplicación del artículo 71 del Reglamento nº 1408/71 todos los trabajadores migrantes que trabajan en un Estado miembro mientras que sus familias residen en otro Estado miembro»; por esta razón el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 debe interpretarse en sentido estricto (apartados 12 y 13).

Por lo que respecta al requisito de la residencia, la sentencia planteó el significado de la expresión «el Estado miembro donde resida», que figura en el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71. Con esta expresión debe entenderse el Estado miembro donde el trabajador, aunque trabaje en otro Estado miembro, tiene su residencia habitual y donde se halla el centro habitual

de sus intereses. El añadido «o que regrese a dicho territorio» significa sencillamente que el concepto de residencia no excluye necesariamente que el interesado pueda tener una residencia temporal en otro Estado miembro. Por tanto, debe tomarse en consideración la duración y la continuidad de la residencia antes de que el interesado se desplace, la duración y la finalidad de su ausencia, la naturaleza del trabajo realizado en el otro Estado miembro así como la intención del interesado tal como se desprenda de todos los hechos (apartados 17 a 22). De este modo, la sentencia hizo patente que el término «residiera», que aparece en la frase inicial del apartado 1 del artículo 71, se refiere a una residencia temporal en el Estado miembro donde desempeñaba su último empleo; por el contrario, el término «resida» del inciso ii) de la letra b) del apartado 1 se refiere a la residencia habitual que el trabajador interesado ha tenido durante el último empleo en el extranjero y donde también se halla el centro habitual de sus intereses. [5]

En la resolución de remisión no aparece con claridad si la Sra. Warmerdam conservó su residencia en los Países Bajos mientras desempeñaba su empleo en Gran Bretaña. A lo largo de mi exposición daré por sentado que en el caso de autos no se discute el requisito de la residencia (que, sin embargo, deberá verificar el Juez remitente) y que por tanto se puede considerar que, durante su estancia en Gran Bretaña, la Sra. Warmerdam conservó su residencia en los Países Bajos. [6] Por consiguiente, me centraré en el requisito de aplicación del inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71, expuesto por el Juez remitente en la cuestión, a saber, la calidad de trabajador.

Primera cuestión: el concepto de trabajador por cuenta ajena en el artículo 71

6. Tomando como telón de fondo lo que precede, abordaré ahora la primera cuestión planteada por el Centrale Raad van Beroep. En mi opinión, se debe entender esta cuestión en el sentido de que se pretende saber si quien durante su último empleo está asegurado exclusivamente contra contingencias correspondientes a una sola rama de la Seguridad Social (en el caso de autos, la rama de accidentes laborales) adquiere con ello la calidad de trabajador, necesaria para gozar de las ventajas que concede el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 (a saber, el derecho a prestación en la rama correspondiente al desempleo).

Para responder a esta cuestión, en las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia, se parte en general de la definición de trabajador por cuenta ajena dada en la letra a) del artículo 1 del Reglamento nº 1408/71. En este párrafo se recogen varias definiciones alternativas de los conceptos de «trabajador por cuenta ajena» y de «trabajador por cuenta propia». La extensión y la complejidad de este artículo son consecuencia

5 — La terminología del artículo 71 ha inducido al Gobierno neerlandés a error. En efecto, en sus observaciones este Gobierno señala que la Sra. Warmerdam no está incluida en el ámbito de aplicación del inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 porque durante su último empleo no residía en el territorio de un Estado miembro distinto del afectado, por lo que el Gobierno neerlandés ha interpretado manifiestamente el término «residía» (en neerlandés: «wonde») como «teniendo residencia» (en neerlandés «woonplaats hebbend»).

6 — De no ser así la Sra. Warmerdam no podrá pretender la aplicación del artículo 71 ni, por consiguiente, la posibilidad de elección en él prevista. En tal caso se verá sometida a las reglas de totalización «de Derecho común» del artículo 67. Sin embargo, el apartado 3 del artículo 67 (del que se tratará en el punto 12) establece una condición restrictiva para la aplicación de estas reglas de totalización: el trabajador debe haber cubierto «en último lugar» períodos de seguro o de empleo con arreglo a lo dispuesto en la legislación a cuyo amparo sean solicitadas las prestaciones.

de la necesidad de utilizar un solo concepto de trabajador por cuenta ajena para gran número de regímenes de Seguridad Social, con miras a la aplicación del Reglamento nº 1408/71.

La Sra. Warmerdam, con quien en este extremo coincide el Gobierno neerlandés, estima que su calidad de trabajador por cuenta ajena resulta claramente del texto de la letra a) del artículo 1. Señalan ambos que esta disposición vincula la calidad de trabajador por cuenta ajena al hecho de estar asegurado contra una o varias contingencias correspondientes a las ramas de un régimen de Seguridad Social, sin juzgar dicha calidad en función de cada rama de la Seguridad Social. En su argumentación se subraya que el concepto de «trabajador por cuenta ajena» es un concepto comunitario que ciertamente debe ser completado a nivel nacional, siempre que el complemento nacional sea conforme con el Derecho comunitario. En las observaciones de la Sra. Warmerdam sobre este punto también se hace referencia a la sentencia de 19 de marzo de 1964 (Unger, 75/63, Rec. 1964, p. 347), que tenía por objeto la definición de trabajador en el Reglamento nº 3,[7] que fue el predecesor del Reglamento (CEE) nº 1408/71. En esta sentencia el Tribunal de Justicia confirmó que el concepto «trabajador por cuenta ajena» tiene sentido comunitario y señaló que dicho concepto comprende a todos aquellos que, bajo cualquier denominación, estén cubiertos como tal por los regímenes nacionales de Seguridad Social.[8] La Sra. Warmerdam y el Gobierno neerlandés concluyen también que para la aplicación del inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 sólo se requiere la calidad de trabajador por cuenta ajena en general y no la calidad de trabajador por cuenta ajena asegurado contra el desempleo.

7 — Reglamento nº 3 del Consejo sobre la Seguridad Social de los trabajadores migrantes (DO L 30 de 16.12.1958, p. 561 y ss).

8 — Rec. 1964, p. 3. Se debe señalar que el Reglamento nº 3 no recogía una definición particular del concepto de trabajador.

7. La BNAB ha expresado otra opinión y es apoyada en sus pretensiones por la Comisión. De forma general, la BNAB hace valer que las dos cuestiones formuladas por el Centrale Raad van Beroep plantean un mismo problema, a saber, si un trabajador que en un Estado miembro sólo ha estado cubierto contra un riesgo, de este seguro limitado puede obtener en otro Estado miembro el derecho a un seguro contra otros riesgos. La BNAB sostiene que se debe responder negativamente a esta cuestión, pues otra postura constituiría un aliciente para asegurarse en un Estado miembro contra un solo riesgo y luego, valiéndose de este seguro, solicitar las ventajas de la aplicación de todas las demás ramas de la Seguridad Social.[9]

Más específicamente en relación con la primera cuestión del Centrale Raad van Be-

9 — Considerándola de modo general, esta postura me parece incorrecta. La obtención de la calidad de trabajador en determinado Estado miembro no da *ipso facto* derecho a que se concedan las ventajas de todas las ramas de la Seguridad Social en otro Estado miembro. El Reglamento (CEE) nº 1408/71 tiene por finalidad, en primer lugar, la coordinación y de ningún modo la armonización de los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros. El principio básico del Reglamento (CEE) nº 1408/71 busca además que los trabajadores migrantes tengan derecho a prestaciones de Seguridad Social independientemente del lugar donde trabajen o residan, de modo que se facilite en la medida de lo posible el ejercicio en todo el territorio de la Comunidad de los derechos que han *adquirido*, sin tocar empero la manera en que se adquieren derechos a la Seguridad Social en los Estados miembros. Este principio se realiza gracias a la introducción de «reglas de totalización» y a la concesión de prestaciones con independencia del lugar donde residan (véase el preámbulo del Reglamento (CEE) nº 1408/71, DO L 149 de 5.7.1971, p. 2; EE 05/01, p. 98), pero con arreglo a la legislación del Estado miembro que debe garantizar las prestaciones. Como demostraré a continuación (en el apartado 9), el artículo 71 concuerda con este principio.

roep, la BNAB no niega que la definición de trabajador contenida en la letra a) del artículo 1 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 también sea válida para la aplicación del artículo 71, pero alega que no se puede considerar aisladamente el texto de la letra a) del artículo 1. Señala que esta disposición tiene por finalidad separar la categoría de trabajadores por cuenta ajena de la categoría de trabajadores por cuenta propia y que dicha disposición faltaba en el anterior Reglamento nº 3. Este Reglamento no recogía ninguna definición de trabajador y, según la BNAB, la calidad de trabajador debía deducirse de la aplicación de las disposiciones relativas a cada una de las ramas de la Seguridad Social. Este enfoque, así lo alega la BNAB, se siguió en las sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 1968 (De Cicco, 19/68, Rec. 1968, p. 689) y de 27 de octubre de 1971 (Janssen, 23/71, Rec. 1971, p. 859).

Por último, la BNAB se remite asimismo a la sentencia de 29 de septiembre de 1976 (Brack, 17/76, Rec. 1976, p. 1429) de la que cree poder deducir que también en el Reglamento (CEE) nº 1408/71 actualmente en vigor se debe apreciar la calidad de trabajador según cada una de las ramas de la Seguridad Social. En esta sentencia se planteaba la cuestión de si un contable británico, que había estado cubierto 17 años por la Seguridad Social en calidad de trabajador por cuenta propia (después de haber estado asegurado con anterioridad 9 años como trabajador por cuenta ajena), podía ser considerado como trabajador por cuenta ajena en relación con la aplicación del apartado 1 del artículo 22 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, que, básicamente, contiene un régimen de reembolso de los gastos de prestaciones médicas satisfechas en otro Estado miembro. La BNAB se remite al apartado 30 de la sentencia, en la que el Tribunal de Justicia a modo de conclusión declaró que se debían considerar como «trabajadores» en el sentido de este Reglamento a las personas (como el Sr. Brack) que se encontrasen en las circunstancias descritas por el Juez remitente inglés, *con miras a la aplicación del inciso ii) de la letra a) del apartado 1 del artículo 22 del Reglamento (CEE) nº 1408/71.* [10] La Comisión también opina que del asunto Brack se puede deducir que, para la aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71, la calidad de trabajador debe ser considerada en función de cada riesgo.

Por otro lado, la BNAB estima que en el sistema del Reglamento (CEE) nº 1408/71, más concretamente en las denominadas «reglas de totalización», puede encontrar un fundamento para su tesis. El Reglamento (CEE) nº 1408/71 contiene reglas que permiten totalizar los períodos de trabajo y de seguro, cubiertos en distintos Estados miembros, para determinar los derechos que concede el Reglamento. La BNAB señala que estas reglas de totalización están reguladas en el Reglamento por separado para cada rama de seguro (y, a lo que yo entiendo, de una manera diferente). [11]

Por su parte, la Comisión también señala que la definición del inciso ii) de la letra a) del artículo 1 *considerada en conjunto* es incompatible con la proposición de que el

10 — Subrayado añadido por la BNAB. Me permito decir ya desde ahora que me parece incorrecta esta lectura de la sentencia del Tribunal de Justicia. Ciertamente, según resulta del apartado 17 de la sentencia, el Tribunal de Justicia solamente tomó en consideración la cuestión del Juez remitente para el caso de «enfermedad». Sin embargo, de los considerandos de esta sentencia no se puede deducir de ningún modo que el Tribunal quiera apreciar la calidad de «trabajador» por cada rama de la Seguridad Social. El Tribunal sólo dedujo en su sentencia esta calidad del seguro contra un solo riesgo, a saber, el único que se encontraba en litigio en aquel asunto.

11 — Por lo que respecta a las prestaciones de enfermedad, la BNAB se remite al artículo 18 y respecto a las prestaciones de invalidez al artículo 38.

concepto de trabajador por cuenta ajena en el Reglamento (CEE) nº 1407/71 es un concepto unitario que no debería ser apreciado en función de cada rama de la Seguridad Social. Para un desarrollo más amplio de esta alegación, me remito al informe para la vista (véase el apartado 4).

8. Debo ahora definir mi postura sobre la primera cuestión. De la anterior sinopsis de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia resalta principalmente que en verdad dichas observaciones parten de la definición del concepto de trabajador por cuenta ajena que figura en la letra a) del artículo 1, pero que no parecen hacer distinción alguna entre las definiciones alternativas, cuatro en total, que se vuelven a encontrar en este pasaje. En las observaciones del Gobierno neerlandés se admite aparentemente que es aplicable la definición del inciso i) de la letra a) del artículo 1 (tal es la definición que corresponde al sistema neerlandés). Parece que la Sra. Warmerdam también parte de esta idea. Por el contrario, la Comisión analiza en sus observaciones tanto la definición del inciso i) de la letra a) como la del inciso ii) de la letra a) (según parece, ésta es la definición que corresponde al sistema de Gran Bretaña). Por último, la BNAB sólo se refiere de un modo general al texto de la letra a) del artículo 1.

Aunque estas definiciones son bastante parecidas y su aplicación (al menos en el caso presente) no conduce a resultados distintos, la dicotomía existente muestra claramente que la calidad de «trabajador por cuenta ajena» se determina en el Reglamento (CEE) nº 1408/71, principal sino exclusivamente, en función del régimen nacional (aplicable) más que en función de la rama de la Seguridad Social.

9. Sin negar que el concepto de trabajador del artículo 71 se debe definir en relación con la letra a) del artículo 1, opino que la respuesta a la primera cuestión planteada por el Centrale Raad van Beroep debe buscarse más bien en el inciso ii) mismo de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 (en el que la Sra. Warmerdam fundamenta su pretensión de prestaciones, como se ha dicho antes). De la jurisprudencia citada anteriormente (véanse las sentencias Mouthaan, Aubin y Di Paolo) se puede deducir que esta norma (en relación con la norma general contenida en el artículo 67) establece una *excepción* con la que se pretende ofrecer a los trabajadores migrantes, bajo determinadas condiciones, la elección entre dos Estados miembros diferentes por lo que se refiere a la concesión de prestaciones de desempleo, para facilitarles la búsqueda de un nuevo empleo. Estas sentencias muestran claramente que esta disposición, que se debe interpretar en sentido estricto, no *crea* ningún derecho a prestaciones de desempleo. Más bien, permite a los trabajadores migrantes, que pierden su empleo en un Estado miembro distinto del Estado donde tienen su residencia, elegir el ejercicio de los derechos a prestación adquiridos en el Estado miembro en el que desempeñaron el último empleo o en el Estado miembro de residencia, *de conformidad con la legislación del Estado elegido.* [12]

12 — Además, cuando se opta por el Estado miembro de residencia, el reglamento crea la ficción de que el último empleo se desarrolló en este Estado miembro (véase más adelante en este apartado, y, en relación con la segunda cuestión, véase el apartado 13). Por otra parte, la institución competente del Estado miembro de residencia, al determinar los derechos a prestación del trabajador migrante, también puede tener en cuenta las circunstancias materiales de la terminación del último empleo. Así se desprende de la resolución de remisión, como se confirma en las observaciones presentadas por la Sra. Warmerdam, que la interesada misma abandonó por propia decisión su empleo en el Reino Unido. Si la legislación del Estado miembro de opción no previera en semejante situación ningún derecho a prestaciones, tampoco se podría deducir tal derecho del inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71. El representante de la BNAB ha explicado en la vista que el Juez de primera instancia (el Raad van Beroep de Arnhem) había considerado que se debía calificar el despido de la Sra. Warmerdam de involuntario y que no se interpuso recurso contra este extremo de la sentencia.

Del texto del artículo 71 y de la mencionada jurisprudencia también se puede deducir que de esta libertad de elección del lugar de las prestaciones de desempleo sólo pueden disponer los *trabajadores* migrantes. Existen pues dos posibilidades: o bien se trata de personas que ya tenían la calidad de trabajador por cuenta ajena en el sentido del Reglamento (CEE) nº 1408/71 al desplazarse a otro Estado miembro (en el que desempeñaron su último empleo antes de quedar en situación de desempleo),[13] o bien se trata de personas que adquirieron la calidad de trabajador *durante* su último empleo *y por razón de* éste.[14] La idea fundamental del artículo 71, que es favorecer la movilidad facilitando la búsqueda de un nuevo empleo, me parece que justifica la concesión de la libertad de elección en ambas situaciones.

10. En consecuencia, estimo que pueden aspirar al régimen del artículo 71 tanto las personas que al iniciar su último empleo ya poseían la calidad de trabajador por cuenta ajena [que se debe determinar de acuerdo con la definición de la letra a) del artículo 1, que corresponde al régimen del Estado miembro de residencia] y que conservaron esta calidad durante su último empleo en el otro Estado miembro [por lo que el concepto de trabajador se debe definir de acuerdo con la letra a) del artículo 1, que corresponde al régimen del Estado miembro del último empleo], como las personas que adquirieron la calidad de trabajador (que se debe determinar de acuerdo con la definición que corresponde al régimen del Estado miembro del último empleo) mientras desempeñaron su último empleo.

Concretamente, el Centrale Raad van Beroep deberá dilucidar si la Sra. Warmerdam (suponiendo que hubiera conservado su residencia en los Países Bajos, apartado 5 anterior) poseía en este Estado la calidad de trabajador por cuenta ajena en el sentido del inciso i) de la letra a) del artículo 1 en el momento de trasladarse de los Países Bajos al Reino Unido en marzo de 1975, o si por razón de su empleo en el Reino Unido se puede considerar que adquirió en este Estado la calidad de trabajador en el sentido del inciso ii) de la letra a) del artículo 1. Este examen se hará respecto a cada Estado miembro (lo que por otra parte, como ya se ha dicho, emana de la estructura del Reglamento (CEE) nº 1408/71, que se remite a las legislaciones nacionales para completar el concepto de trabajador por cuenta ajena). Sin embargo, en el marco de esta investigación no es necesario examinar, como se sugiere en el planteamiento del Juez remitente, si el trabajador ha estado asegurado en el Estado miembro del último empleo contra el riesgo de desempleo, y ello por dos razones. En primer lugar, con arreglo al artículo 71 el trabajador sólo adquiere derecho a las prestaciones de desempleo según la legislación *del Estado miembro de su elección*, en el caso de autos los Países Bajos; en ello no interviene la legislación del Estado de la última residencia. En segundo lugar, el artículo 71 introduce la ficción de que se considera que se ha ocupado el último «empleo»[15] en el Estado miembro de residencia (en el caso de autos, por supuesto, nuevamente los Países Bajos); tampoco, según este texto, tienen importancia las características ni el alcance del régimen de Seguridad Social en el Estado miembro del último em-

13 — Éste era el caso, por ejemplo, en el litigio principal del asunto Mouthaan (39/76, ya citado, véase el apartado 5 anterior) y del asunto Aubin (227/81, ya citado, véase el apartado 5 anterior).

14 — Esta situación se daba posiblemente en el litigio principal del asunto Di Paolo (76/76, ya citado), en el que se trataba de una persona que al término de sus estudios en Bélgica había aceptado un empleo temporal en el Reino Unido.

15 — Obsérvese que en el artículo 71 no se utilizan los términos técnicos «períodos de empleo» o «períodos de seguro» del artículo 67.

pleo (en el caso de autos, Gran Bretaña) y por tanto no se debe plantear la cuestión de si el trabajador estuvo asegurado en este país contra el riesgo de desempleo.

Segunda cuestión: aplicación de las «reglas de totalización»

11. Ahora paso a abordar la segunda cuestión del Centrale Raad van Beroep.

Esta cuestión, que da por sentado que la Sra. Warmerdam tiene efectivamente la calidad de trabajadora por cuenta ajena en el sentido del Reglamento (CEE) nº 1408/71, es planteada en relación con una discusión que no ha surgido entre las partes más que ante el Centrale Raad van Beroep. El Raad van Beroep de Arnhem (la primera instancia que conoció del litigio principal) había considerado que la Sra. Warmerdam reunía el «requisito de días» que establece la legislación neerlandesa como condición para conceder el subsidio de desempleo. La BNAB impugnó este fundamento ante el Juez remitente alegando lo siguiente: dado que el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 declara aplicable la legislación del Estado miembro de residencia (en el presente caso, los Países Bajos) por cuanto atañe al derecho a prestaciones, la Sra. Warmerdam entre otras cosas debe haber cubierto un mínimo de períodos de seguro. En su caso, sólo se podría aportar la prueba de los períodos de seguro exigidos teniendo en cuenta los días laborales prestados en el Reino Unido. Según la BNAB, ello sólo puede ser aplicando las reglas de totalización del artículo 67 del Reglamento (CEE) nº 1408/71. Pues bien, la BNAB opina que esta disposición solamente autoriza la totalización de los períodos de empleo cubiertos en otro Estado miembro en la medida en que dichos períodos valgan como períodos de seguro en ese otro Estado miembro, es decir, períodos de seguro de la *misma rama de la Seguridad Social* que aquella cuyas ventajas se solicitan. Dado que la Sra. Warmerdam durante su empleo en el Reino Unido no estuvo asegurada contra el riesgo de desempleo, el trabajo que realizó en dicho país no puede ser considerado como «período de seguro» a efectos de totalización.

Después de esta discusión, el Juez remitente ha planteado al Tribunal de Justicia una segunda cuestión relativa a la interpretación del apartado 1 del artículo 67 del Reglamento (CEE) nº 1408/71. Se pregunta si esta disposición subordina la totalización de los períodos de empleo cubiertos en otro Estado miembro al requisito de que dichos períodos también sean calificados de períodos de seguro según la legislación en la que se han cubierto *para la misma rama de la Seguridad Social.*

12. En relación con esta pregunta debo señalar en primer lugar una ambigüedad en cuanto al objeto de la interpretación solicitada. Mientras que el apartado 1 del artículo 67 contiene reglas de totalización aplicables por la institución competente de un Estado miembro «cuya legislación subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones, al requisito de haber cubierto determinados períodos de seguro», las reglas de totalización del apartado 2 de este artículo son aplicables en Estados miembros «cuya legislación subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de haber cubierto determinados períodos de empleo». El Gobierno neerlandés y

la Sra. Warmerdam hacen observar que en el caso de autos procede la totalización de períodos *de empleo*, porque en los Países Bajos, en la época de los hechos litigiosos, el derecho a la prestación de desempleo estaba subordinado al requisito de haber cubierto determinados períodos *de empleo*. En lo sucesivo, para tener absoluta seguridad, introduciré en mi examen ambas disposiciones.

En segundo lugar, al interpretar el artículo 67 debe tenerse en cuenta el apartado 3 del mismo. En éste se establece un requisito adicional para la aplicación de las reglas de totalización en los apartados 1 y 2: estas reglas sólo pueden ser invocadas por trabajadores que hayan cubierto «en último lugar» (es decir, justo antes de quedar desempleados) períodos de seguro o de empleo con arreglo a lo dispuesto en la legislación a cuyo amparo sean solicitadas las prestaciones. Según los hechos expuestos por el Centrale Raad van Beroep no es éste el caso, porque la Sra. Warmerdam inmediatamente después de regresar del Reino Unido se inscribió como solicitante de empleo en los Países Bajos.

El apartado 3 del artículo 67 dispone que este requisito de aplicación complementario no está previsto en «los casos a que se refiere el inciso ii) de la letra a) y en el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71». De esto resulta que el Centrale Raad van Beroep en primer lugar deberá dilucidar si la Sra. Warmerdam puede invocar la regla del inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 (véanse al respecto los apartados 5, 8 y 9 anteriores relativos al examen de la primera cuestión) antes de poder llegar a una conclusión sobre la aplicación del artículo 67.

13. Contemplo para empezar el caso en el que el Juez remitente aplicara el *apartado 2* del artículo 67 (y sin prestar atención, en una primera fase del razonamiento, al apartado 3 del artículo 67). Como ya se ha señalado, esta disposición debe aplicarse en los Estados miembros «cuya legislación subordina el [...] derecho a las prestaciones al requisito de haber cubierto determinados períodos de empleo». En tales Estados miembros, la institución competente debe computar:

«los períodos de seguro o de empleo cubiertos en calidad de trabajador por cuenta ajena bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratase de períodos de empleo cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplique».

Examinando este texto, no parece que sea procedente la cuestión (planteada por la BNAB) de si los períodos de empleo cubiertos en otro Estado miembro se consideran en este Estado como períodos de seguro de la misma rama de la Seguridad Social: en efecto, con arreglo al apartado 2 del artículo 67 *se consideran* tales períodos «como si se tratase de períodos de empleo cubiertos bajo la legislación que [la institución competente] aplique», de modo que sencillamente no viene a colación la cuestión de la calificación de tales períodos.

Sin embargo, la BNAB se aferra en sus observaciones al texto del apartado 2 del artículo 67 y mantiene que la institución competente debe computar «los períodos [...] *de empleo* cubiertos en calidad de trabajador por cuenta ajena *bajo la legislación* de cualquier otro Estado miembro». De esto la BNAB deduce que, conforme a este artículo

67, la cuestión de si determinado período puede ser considerado como un período de empleo se puede apreciar en primer lugar de acuerdo con la legislación bajo la cual ha sido cubierto. Con otras palabras, debe tratarse de períodos de empleo «que como tales son definidos o calificados en un Estado miembro distinto del Estado al que pertenece la institución competente».[16] Pues bien, según la BNAB, los períodos de empleo cubiertos en otro Estado miembro sólo pueden ser computados a efectos de la regla de totalización del artículo 67, cuando con arreglo a la legislación de ese Estado miembro *son tenidos en cuenta para la rama de desempleo de la Seguridad Social.*

Este razonamiento no me puede convencer porque, como se señala acertadamente en las observaciones de la Sra. Warmerdam, establecería un requisito adicional para la totalización de los períodos de empleo, a saber, que los períodos de empleo prestados en otro Estado miembro con arreglo a la legislación de ese Estado miembro valieran como períodos durante los cuales el trabajador *estuvo asegurado para la misma rama de la Seguridad Social.* Semejante requisito no se encuentra en el texto del apartado 2 del artículo 67 ni en la jurisprudencia.

En todo caso, en relación con el litigio pendiente ante el Juez remitente (ahora tomo en consideración el apartado 3 del artículo 67), se debe señalar que el requisito de aplicación del artículo 67 defendido por la BNAB no rige cuando es aplicable el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71. Este artículo prevé (como la Comisión ha hecho observar acertadamente) una regla de totalización distinta y más favorable que el artículo 67. En efecto, según el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71, el trabajador por cuenta ajena tiene derecho a prestación con arreglo a la legislación del Estado miembro de residencia «como si hubiese ocupado allí su último empleo». Esta regla de totalización deja sumamente claro que sólo se tendrá en cuenta la legislación del Estado miembro competente[17] *y* que en la determinación de los derechos a prestación se deberá tener en cuenta el empleo desempeñado en el otro Estado miembro (con otras palabras, el «último empleo») *como* si se hubiera realizado en el Estado miembro de residencia.[18]

14. Abordo ahora el caso en el que el Juez remitente aplicara el *apartado 1* del artículo 67. Esta disposición debe aplicarse en Estados miembros «cuya legislación subordine el [...] derecho a las prestaciones al requisito de haber cubierto determinados períodos de seguro». En dichos Estados miembros, la institución competente debe computar:

«los períodos de seguro o de empleo cubiertos en calidad de trabajador por cuenta ajena bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratase de períodos de seguro cubiertos bajo la legislación aplicada por ella, a condición, sin embargo, de que los períodos de empleo hubieran sido considerados como períodos de seguro en el supuesto de haber sido cubiertos bajo dicha legislación».

16 — Esta frase procede del apartado 6 de la sentencia de 15 de marzo de 1978 citada por la BNAB (Frangiamore, 126/77, Rec. 1978, p. 725).

17 — Lo cual implica, tal como lo he señalado antes (en el apartado 10), que no vienen al caso las características y el alcance del régimen de Seguridad Social del Estado miembro del último empleo.

18 — Para la aplicación de esta regla, véase entre otras la citada sentencia Mouthaan, apartados 12 a 15.

Según la segunda cuestión del Centrale Raad van Beroep, el Raad considera cumplido el requisito establecido al final de esta disposición («a condición, sin embargo, [...]»). Por ello, parece que se da la misma situación que cuando se aplica el apartado 2 del artículo 67: los períodos de empleo cubiertos en el otro Estado miembro deben considerarse como períodos de seguro cubiertos bajo la legislación que la institución competente aplique. Aquí tampoco el artículo 67 y la regla del artículo 71 dan lugar al requisito de que los períodos de empleo sean considerados, bajo la legislación de ese otro Estado miembro, como períodos de seguro de la rama de desempleo de la Seguridad Social.

Conclusión

15. En virtud de lo que precede, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones del Centrale Raad van Beroep de la siguiente forma:

«1) El inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que ofrece una elección entre regímenes de prestaciones *tanto* a las personas que al comienzo de su último empleo ya tenían la calidad de trabajador por cuenta ajena según el régimen de Seguridad Social del Estado miembro donde residen [por lo que debe determinarse dicha calidad según la regla de la letra a) del artículo 1 de este Reglamento aplicable en el Estado miembro de residencia] y que durante su último empleo conservan la calidad de trabajador por cuenta ajena [por lo que debe determinarse dicha calidad según la regla de la letra a) del artículo 1 de este Reglamento aplicable en el Estado miembro del último empleo] *como* a las personas que obtienen la calidad de trabajador por razón de su último empleo [por lo que debe determinarse dicha calidad según la regla de la letra a) del artículo 1 de este Reglamento aplicable en el Estado miembro del último empleo]; además no se requiere que dicho trabajador, si opta por la legislación del Estado miembro de residencia, haya estado asegurado en el Estado miembro de su último empleo contra el riesgo de desempleo.

»2) El inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que la institución del lugar donde reside el trabajador, al determinar los derechos de éste a prestación, procede como si el último empleo del trabajador hubiera sido desempeñado en el territorio del Estado miembro de residencia; en tal caso no se requiere que dicho empleo sea calificado, por la legislación del Estado miembro en el que realmente se desempeñó, como períodos de seguro de la misma rama de la Seguridad Social.»