

LOS CONCEPTOS DE TRABAJADOR POR CUENTA AJENA, ASEGURADO SOCIAL Y CIUDADANO DE LA UNIÓN EUROPEA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. SUS CONSECUENCIAS Y CONTROVERSIA

Concepts of employed person, insured person and eu national according to the caselaw of ecj. Consequences and dispute

BELÉN ALONSO-OLEA GARCÍA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UNED
Letrada de la Administración de la Seguridad Social

Revista Española de Derecho Europeo 62
Abril – Junio 2017
Págs. 93 – 125

SUMARIO: I. EL CONCEPTO DE TRABAJADOR POR CUENTA AJENA. II. EL CONCEPTO DE ASEGURADO SOCIAL. III. EL CONCEPTO DE CIUDADANO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO SOCIAL: LA CONTROVERSIA SUSCITADA POR LA COMISIÓN.

RESUMEN: La jurisprudencia del TJUE, basada en los principios de igualdad así como libre circulación y prestación de servicios, denota la viveza del concepto de trabajador por cuenta ajena; de ella se desprende que no es concepto unívoco, que posee un alcance comunitario y autónomo, y que no debe interpretarse de forma restrictiva. En cuanto al de asegurado social, ha sido introducido e implantado por el TJUE con fundamento en los principios de igualdad y libre circulación, conviviendo con el tradicional de afiliación, lo que ha supuesto la deslaborización del ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004 de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Hasta aquí las consecuencias. La controversia se suscita por la Comisión al entender que el Reglamento

de Seguridad Social es aplicable a los ciudadanos que no ejercen actividad económica alguna por el hecho de tener la condición de ciudadano de la Unión Europea y residir en un Estado miembro de acogida imponiendo a estos Estados el reconocimiento del derecho a prestaciones no contempladas -incluso, expresamente excluidas- del campo de aplicación material de los Reglamentos de Seguridad Social, invocando el artículo 258 TFUE, lo que nos lleva analizar las especiales y específicas normas de conflicto de Seguridad Social de las que se desprende porqué esta materia está excluida tanto de Roma I como de Bruselas I bis.

ABSTRACT: The ECJ case law, based on the principles of equality and the free movement of labour and provision of services, reflects the dynamic nature of the

concept of employed persons. The concept is therefore not one-dimensional; it has an EU and autonomous scope and should not be construed restrictively. From the standpoint of insured persons under social security systems, it has been brought in and implemented by the ECJ on the basis of the principles of equality and free movement, living alongside the traditional systems of membership, which has led to a reduction in the employment-related aspects of the scope of application of Regulation 883/2004 on the coordination of social security systems (Persons covered). The results are thus. Dispute arises at the level of the EU Commission as a result of understanding that the Social Security Regulation applies to nationals who do not perform any economic activity whatsoever simply because they are EU nationals and have their residence in a host member State, forcing those States to recognise the right to benefits that are not included –or that are even expressly excluded– from the material scope of application of Social Security Regulations (Matters covered), by invoking article 258 TFEU. We are thus forced to analyse

the special and specific rules of conflict related to the social security from which it can be deduced why this matter is excluded from both Rome I and Brussels I bis.

PALABRAS CLAVE: Conceptos de trabajador por cuenta ajena – asegurado social y ciudadano de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Social – Normas de conflicto aplicables, en especial, a las relaciones jurídicas de Seguridad Social. Reglamento 883/2004 del Parlamento Europea y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza).

KEYWORDS: Concept of employed persons – insured person and EU nationals in the context of social law. Applicable conflict of law rules – in particular the rules governing the legal relationships of the social security. Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems (Text with relevance for the EEA and for Switzerland)

Fecha de recepción: 03/03/2017

Fecha de aceptación: 08/05/2017

I. EL CONCEPTO DE TRABAJADOR POR CUENTA AJENA

Como señala el *ex* Abogado General, CRUZ VILLALÓN, «una de las singularidades del Derecho de la Unión en materia laboral, derivada de la técnica normativa empleada, consiste en la ausencia, cuando menos formal, de un concepto comunitario de trabajador, en sentido de que no existe una delimitación general y común de qué haya de entenderse por trabajador sometido a la normativa laboral de la Unión; para ser más precisos, no existe una identificación de los rasgos definitorios del tipo de relaciones laborales a las que se aplica el acervo normativo comunitario en materia laboral. Más aun, en la mayoría de las ocasiones las Directivas proceden directamente a regular la materia objeto de la misma, aplicable a las relaciones laborales, pero sin contener definición precisa de cuáles son esas concretas relaciones laborales a las que se aplica las Directivas de armonización de la política social de los Estados miembros»¹.

Esta técnica normativa lleva a su vez aparejada que el TJUE no haya elaborado un concepto unívoco de trabajador por cuenta ajena porque, cuando lo ha definido –o establecido cuáles son esos rasgos definitorios–, lo ha hecho en función de la normativa, de la Directiva específica y concreta, que tenía que aplicar e interpretar.

Ahora bien, como señala el mencionado autor, explicando su porqué, «el propio Tribunal europeo ha tenido la oportunidad de ir precisando el alcance subjetivo de las diferentes Directivas, de modo que ello, por vía indirecta, puede ir propiciando el asen-

1. *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Temas Laborales núm. 130 (2015), págs. 29 y 30.

tamiento de un concepto más o menos preciso del trabajador (por cuenta ajena) como sujeto destinatario de las prescripciones contenidas en las misma»², así como de los rasgos definitorios del tipo de relaciones a las que se aplica el Derecho Social comunitario en materia laboral.

Es esto lo que se pretende con el presente trabajo, en lo que nos afecta al presente epígrafe, analizar la jurisprudencia del TJUE para poder extraer el concepto de trabajador por cuenta ajena que nos dé, sino un concepto unívoco, sí uniforme, de trabajador por cuenta ajena y de los caracteres que tienen que existir para que una relación sea calificada como por cuenta ajena, laboral, sometida al Derecho del Trabajo.

Entrando en materia, según jurisprudencia del TJUE, el concepto de trabajador del artículo 45 TFUE, «posee un alcance comunitario y no debe interpretarse de forma restrictiva». Así, pues, la primera premisa de la que hay que partir es que tal concepto tiene un «alcance autónomo propio del Derecho de la Unión» y, en su virtud, «no puede ser objeto de una interpretación variable según los Derechos nacionales». Además, tiene que «definirse según criterios objetivos que caracterizan a la relación laboral atendiendo a los derechos y los deberes de las personas interesadas» [SSTJUE de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum (C-66/85)³; de 23 de marzo de 2004, Collins (C-138/02)⁴; de 14 de octubre de 2010, Union syndicale Solidaires Isère (C-428/09)⁵; y de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14)⁶].

Debe considerarse trabajador «cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio». La característica esencial de la relación laboral «radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución» [SSTJUE de 23 de marzo de 1982, Levin (C-53/81)⁷; de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum (C-66/85)⁸; de 26 de febrero de 1992, Raulin (C-357/89)⁹; de 23 de marzo de 2004, Collins (C-138/02)¹⁰; de 7 de septiembre de 2004, Trojani (C-456/02)¹¹; de 17 de marzo de 2005, Kranemann (C-109/04)¹²; de 3 de mayo de 2012, Neidel (C-337/10)¹³; de 11 de septiembre de 2008, Petersen (C-228/07)¹⁴; y de 1 de octubre de 2011, O (C-432/14)¹⁵].

2. *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, ob, cit., págs. 30-31.

3. Apartados 16 y 17.

4. Apartado 26.

5. Apartado 28.

6. Apartado 22.

7. Apartados 15 y 16.

8. Apartados 16 y 17.

9. Apartado 14.

10. Apartado 26.

11. Apartado 15.

12. Apartado 12.

13. Apartado 23.

14. Apartado 45.

15. Apartado 22.

Este carácter excluyente de las actividades marginales y accesorias está siendo matizado por el propio TJUE en base a la declaraciones tales como que «si bien es cierto que la retribución de las prestaciones efectuadas constituye una característica esencial de la relación laboral, no es menos cierto que ni el nivel limitado de la retribución ni el origen de los recursos... pueden tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de “trabajador” a efectos del Derecho comunitario» [SSTJUE de 23 de marzo de 1982, Levin (C-53/81)¹⁶; 31 de mayo de 1989, Bettray (C-344/87)¹⁷; de 17 de marzo de 2005, Kranemann (C-109/04)¹⁸; de 30 de marzo de 2006, Mattern y Cikotic (C-10/05)¹⁹; y de 4 de junio de 2009, Vatsouras (C-22/08)²⁰]. En su virtud, el hecho de que los ingresos de una actividad por cuenta ajena sean inferiores al mínimo vital «no impide considerar a la persona que la ejerza como trabajador con arreglo al artículo 39 CE» (actual 45 TFUE) [SSTJUE de 23 de marzo de 1982, Levin (C-53/81)²¹; de 14 de diciembre de 1995, Nolte (C-317/93)²²; y de 4 de junio de 2009, Vatsouras (C-22/08)²³], aunque la persona que la ejerza «trate de completar la remuneración percibida con otros medios de vida, como una ayuda económica procedente de fondos públicos del Estado de residencia» [SSTJUE sentencia de 3 de junio de 1986, Kempf (C-139/85)²⁴ y de 4 de junio de 2009, Vatsouras (C-22/08)²⁵]. Con otras palabras, el hecho de que «los ingresos del trabajador no cubran todas sus necesidades no puede privarle de su condición de persona activa y que una actividad por cuenta ajena cuyos ingresos sean inferiores al mínimo vital o cuya duración normal de trabajo no exceda siquiera de 10 horas semanales no impide considerar a la persona que la ejerza como trabajador con arreglo al artículo 39 CE» [SSTJUE 14 de diciembre de 1995, Megner y Scheffel (C-444/93)²⁶; de 18 de julio de 2007, Geven (C-213/05)²⁷; y de 4 de febrero de 2010, Genc (C-14/09)²⁸].

Por lo que se refiere específicamente a la duración de la actividad ejercida, «la circunstancia de que una actividad por cuenta ajena sea de corta duración no puede, por sí sola, excluirla del ámbito de aplicación del artículo 39 TCE» [SSTJUE de 26 de febrero de 1992, Bernini (C-3/90)²⁹; de 6 de noviembre de 2003, Ninni-Orasche (C-413/01)³⁰; y de 4 de junio de 2009, Vatsouras (C-22/08)³¹].

16. Apartado 16.

17. Apartado 15.

18. Apartado 17.

19. Apartado 22.

20. Apartado 27.

21. Apartados 15 y 16.

22. Apartado 19.

23. Apartado 28.

24. Apartado 14.

25. Apartado 28.

26. Apartado 18.

27. Apartado 27.

28. Apartado 25.

29. Apartado 16.

30. Apartado 25.

31. Apartado 29.

Incluso, el período de prácticas profesionales, «si las prácticas se desarrollan en las condiciones de una actividad por cuenta ajena real y efectiva, el hecho de que el período de prácticas pueda considerarse una preparación práctica vinculada al ejercicio mismo de la profesión no puede impedir la aplicación del artículo 39 CE» [SSTJUE de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum (C-66/85)³², de 17 de marzo de 2005, Kranemann (C-109/04)³³; y de 30 de marzo de 2006, Mattern y Cikotic (C-10/05)³⁴].

En resumen, se puede mantener, siguiendo las últimas sentencias del Alto Tribunal que, «si bien es verdad que la circunstancia de que una persona sólo trabaje un número muy escaso de horas en el marco de una relación laboral puede ser un indicio de que las actividades ejercidas son meramente marginales y accesorias» [STJUE de 26 de febrero de 1992, Raulin (C-357/89)³⁵], no es menos cierto que, «con independencia del nivel limitado de la retribución obtenida de una actividad profesional y del número de horas dedicadas a ésta, no cabe excluir que, tras una apreciación global de la relación laboral examinada, las autoridades nacionales pueden considerarla real y efectiva, permitiendo así atribuir a su titular la condición de «trabajador» en el sentido del Derecho de la Unión» [SSTJUE de 4 de junio de 2009, Vatsouras (C-22/08)³⁶; de 4 de febrero de 2010, Genc (C-14/09)³⁷; y de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14)³⁸]. Esta apreciación global, implica «la consideración de los elementos relativos no sólo a la duración del trabajo y al nivel de la retribución, sino también a los posibles derechos a vacaciones pagadas, al mantenimiento del salario en caso de enfermedad, a la sujeción del contrato laboral al convenio colectivo aplicable, al pago de cotizaciones y, en su caso, a la naturaleza de éstas» [SSTJUE de 4 de febrero de 2010, Genc (C-14/09)³⁹ y de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14)⁴⁰].

El análisis de las consecuencias que «el conjunto de los elementos que caracterizan una relación laboral puede tener respecto a la apreciación del carácter real y efectivo de la actividad por cuenta ajena realizada por el demandante en el litigio principal, y por tanto respecto a su condición de trabajador, es competencia del órgano jurisdiccional nacional. En efecto, éste es el único que tiene un conocimiento directo de los hechos del asunto principal y, por ello, es el que se halla en mejor situación para proceder a las comprobaciones necesarias» [SSTJUE de 4 de febrero de 2010, Genc (C-14/09)⁴¹ y de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14)⁴²]. Por lo tanto, «corresponde al órgano jurisdiccional remitente llevar a cabo una valoración detallada de todos los elementos pertinentes... para determinar si el contrato de trabajo del que era titular el demandante en el litigio principal puede

32. Apartado 19.

33. Apartado 13.

34. Apartado 21.

35. Apartado 14.

36. Apartado 30.

37. Apartado 26.

38. Apartado 24.

39. Apartado 27.

40. Apartado 25.

41. Apartado 32.

42. Apartado 26.

permitirle invocar la condición de «trabajador» a efectos del Derecho de la Unión» [STJU de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14)⁴³].

La conclusión que se extrae de la jurisprudencia citada es que el concepto de trabajador no es unívoco, posee un alcance comunitario y autónomo, y no debe interpretarse de forma restrictiva. Es un término a concretar en función de la Directiva concreta a aplicar, de las circunstancias concurrentes, siendo al juez nacional al que le compete tal calificación, tras apreciar y valorar la existencia de los elementos que caracterizan una relación laboral. Lo único que es seguro, como rasgos definitorios⁴⁴, es que ha de tratarse de una persona que realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración⁴⁵, en suma, los propios del concepto de trabajador, de trabajo por cuenta ajena como objeto del Derecho del Trabajo, que nos dieron nuestros maestros, por todos, ALONSO OLEA en su manual Derecho del Trabajo⁴⁶, que es a lo que hay también que atender.

Es el concepto de trabajador en la Unión Europea, en este sentido, «un concepto vivo, como el propio proceso de integración de la misma, es un concepto que tiene que concretarse, a definirse, pero lentamente, pues se está ante un proceso general tendente a la convergencia lenta pero imparable de muchos aspectos de los ordenamientos de los miembros de la Unión Europea»⁴⁷. Es asimismo un concepto vivo por el mundo digitalizado, robotizado, en el que nos hallamos que está teniendo un impacto transcendental e imparable sobre el concepto de trabajador por cuenta ajena y los rasgos definitorios de la(s) relación(es) laboral(es), circunstancias éstas que, honestamente, no se cree que sean ignoradas por los jueces nacionales ni de la Unión Europea, muy al contrario, lo tienen muy presente, tema éste que excede con creces del objeto del presente trabajo pero al que es inevitable aludir.

43. Apartado 27.

44. A los que se ha atendido prioritariamente. A título ilustrativo, de soslayo se señala que el TJUE también ha declarado que «un nacional de la Unión que trabaje en un Estado miembro diferente de su Estado de origen y que haya aceptado un empleo en una organización internacional está comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 45 TFUE» [STJUE de 15 de marzo de 1989, Echternach y Moritz (asuntos acumulados C-389/87 y 390/87), apartado 11; de 16 de febrero de 2006, Rockler (C 137/04), apartado 15; de 4 de julio de 2013, Gardella (C 233/12), apartado 25; y de 6 de octubre de 2016, Adrien y otros (C-466/15), apartado 24].

45. Teniendo, además en cuenta que, «en el desarrollo de la relación laboral, las notas características de la prestación de servicios -ajenidad y dependencia- se van concretando en la interacción entre quien dirige y recibe los servicios y quien los presta a cambio de una remuneración de aquel», GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *Expatriación de trabajadores y ley aplicable a la relación laboral*, Revista de Información Laboral núm.11 (2016), pág. 14. Cuestión ésta, la de la expatriación, que complica, aún más, la temática que estamos tratando.

46. En todas sus ediciones, su última, la vigésima primera (2003), Civitas, págs. 43-49. En cuanto al objeto, a saber, éste ha de ser: humano, productivo, por cuenta ajena y libre.

47. ESPÍN SAEZ, M., *El concepto de trabajador en la Unión Europea. A propósito de la STJUE de 12 de marzo de 1998*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 17 (2000), pág. 264.

Esta amplitud del concepto de trabajado, su «viveza» en la interpretación que elabora el TJUE de él, responde, se considera, a que el TJUE tiene un objetivo muy claro y preciso, a saber, garantizar los principios de igualdad (artículo 18 TFUE), libre circulación de los trabajadores (artículo 45 TFUE) y libre prestación de servicios (artículo 56 TFUE).

Efectivamente, estos principios impregnan sus sentencias, tanto cuando el trabajador nacional de un Estado miembro va en búsqueda de empleo a otro Estado miembro, como cuando nos hallamos ante el fenómeno de la expatriación, esto es, cuando un trabajador, contratado previamente por una empresa en un Estado, es desplazado por ésta para prestar sus servicios en otro Estado miembro. La jurisprudencia del TJUE viene entendiendo que, en el primer supuesto, trabajador en búsqueda de empleo, nos hallamos ante el principio de libre circulación mientras que en el segundo, tratándose de desplazamientos temporales, que nos encontramos ante el principio de libre prestación de servicios, debiendo el trabajador desplazado volver «a su país de origen después de haber concluido su misión, sin acceder en ningún momento al mercado de trabajo del Estado miembro de acogida» [STJUE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa* (C-113/89)⁴⁸]. Ha de quedar claro, en palabras del Alto Tribunal que, cuando una empresa establecida en un Estado miembro desplaza a sus propios trabajadores por un período determinado, «una situación de hecho de esta índole...está comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos 56 TFUE y 57 TFUE» [SSTJUE de 25 de octubre de 2001, *Finalarte y otros* (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98)⁴⁹ y de 7 de octubre de 2010, *Dos Santos Palhota y otros* (C-515/08)⁵⁰].

Esta apreciación se basa en la jurisprudencia del TJUE que se pasa a exponer la cual acredita que nos hallamos ante supuestos de hecho distintos.

Los nacionales de un Estado miembro que buscan empleo en otro Estado miembro «están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 39 CE (actual artículo 45 TFUE) y, por consiguiente, tienen derecho a la igualdad de trato regulada en el apartado 2 de dicha disposición» [SSTJUE de 15 de septiembre de 2005; de 15 de septiembre de 2005, *Ioannidis* (C-258/04)⁵¹; y de 4 de junio de 2009, *Vatsouras* (C-22/08)⁵²].

Los nacionales de los Estados miembros que buscan empleo en otro Estado miembro y han establecido vínculos reales con el mercado de trabajo de este Estado «pueden invocar el artículo 39 CE, apartado 2, para obtener una prestación económica destinada a facilitar el acceso al mercado de trabajo»; incumbe a «las autoridades nacionales competentes y, en su caso, a los tribunales nacionales no sólo constatar la existencia de un vínculo real con el mercado de trabajo, sino también analizar los elementos constitutivos de dicha prestación, especialmente sus objetivos y los requisitos de su concesión» [STJUE de 4 de junio de 2009, *Vatsouras* (C-22/08)⁵³]. Habida cuenta de la creación de la

48. Apartado 15.

49. Apartado 20.

50. Apartado 28.

51. Apartado 21.

52. Apartado 36.

53. Apartados 40 y 41.

ciudadanía de la Unión y de la interpretación del derecho a la igualdad de trato del que gozan quienes ostentan dicha ciudadanía, «no es posible excluir del ámbito de aplicación del artículo 39 CE, apartado 2, una prestación de naturaleza financiera destinada a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de un Estado miembro» [SSTJUE de 23 de marzo de 2004, Collins (C-138/02)⁵⁴; de 15 de septiembre de 2005, Ioannidis (C-258/04)⁵⁵; y de 4 de junio de 2009, Vatsouras (C-22/08)⁵⁶], si bien «resulta legítimo que el legislador nacional solo conceda tal prestación tras asegurarse de la existencia de un vínculo real entre el demandante de empleo y el mercado laboral de este Estado» [SSTJUE de 11 de julio de 2002 D’Hoop (C-224/98)⁵⁷; de 15 de septiembre de 2005, Ioannidis (C-258/04)⁵⁸; y de 4 de junio de 2009, Vatsouras (C-22/08)⁵⁹]. La existencia de este vínculo podría comprobarse, en especial, «mediante la constatación de que la persona de que se trate ha buscado empleo de manera efectiva y real en el Estado miembro en cuestión durante un período razonable» [SSTJUE de 23 de marzo de 2004, Collins (C-138/02)⁶⁰ y de 4 de junio de 2009, Vatsouras (C-22/08)⁶¹].

Por el contrario, en los supuestos de desplazamientos temporales, rige el principio de libre prestación de servicios lo que implica «la eliminación de cualquier discriminación respecto del prestador de servicios de otro Estado miembro, bien por razón de su nacionalidad, bien por el hecho de que esté establecido en el territorio de un Estado miembro diferente de aquél en que se ejecuta la prestación de servicios de sus trabajadores» [SSTJUE de 26 de febrero de 1991, Comisión/ Francia (C-154/89)⁶²; de 26 de febrero de 1991, Comisión/Italia (C-180/89)⁶³; y de 11 de diciembre de 1990 Comisión/ Grecia (C-189/89)⁶⁴].

El artículo 56 TFUE «no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos» [SSTJUE de 25 de julio de 1991, Säger (C-76/90)⁶⁵; de 9 de agosto de 1994, Vander Elst (C-43/93)⁶⁶; de 28 de marzo de 1996, Guiot (C-272/94)⁶⁷; de 12 de diciembre de 1996, Reisebüro

54. Apartado 63.

55. Apartado 22.

56. Apartado 37.

57. Apartado 38.

58. Apartado 30.

59. Apartado 38.

60. Apartado 70.

61. Apartado 39.

62. Apartado 12.

63. Apartado 15.

64. Apartado 16.

65. Apartado 12.

66. Apartado 14.

67. Apartado 10.

Broede (C-3/95)⁶⁸; de 9 de julio de 1997, Parodi (C-222/95)⁶⁹; de 23 de noviembre de 1999, Arblade y Leloup (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96)⁷⁰, en adelante Arblade (C-396/96); de 21 de septiembre de 2006, Comisión/Austria (C-168/04)⁷¹; de 7 de octubre de 2010, Dos Santos Palhota y otros (C-515/08)⁷²; de 11 de septiembre de 2014, Essent Energie Productie (C-91/13)⁷³; y de 3 de diciembre de 2014, De Clercq (C-315/13)⁷⁴].

Los artículos 56 y 57 TFUE se oponen a que «un Estado miembro prohíba a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro desplazarse libremente por su territorio con todo su personal, o a que dicho Estado miembro someta el desplazamiento del referido personal a condiciones restrictivas como son una condición de contratación *in situ* o la obligación de ser titular de un permiso de trabajo. En efecto, el hecho de imponer tales condiciones al prestador de servicios de otro Estado miembro lo discrimina con respecto a sus competidores establecidos en el país de acogida, que pueden servirse libremente de su propio personal, y afecta además a su capacidad para llevar a cabo la prestación» [STJUE de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa (C-113/89)⁷⁵].

Confiere «derechos no sólo al propio prestador de servicios, sino también al destinatario de dichos servicios, una situación de hecho de esta índole está comprendida en el ámbito de aplicación» de los artículos 56 TFUE y 57 TFUE [SSTJUE de 7 de octubre de 2010, Dos Santos Palhota y otros (C-518/08)⁷⁶; de 19 de junio de 2014, Strojírny Prostějov y ACO Industries Tábor (asuntos acumulados C-53/13 y C-80/13)⁷⁷; y de 3 de diciembre de 2014, De Clercq (C-315/13)⁷⁸].

Este principio admite medidas limitativas. Ahora bien, aun a falta de armonización en la materia, la libre prestación de servicios, «sólo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Estado de destino, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido» [SSTJUE de 17 de diciembre de 1981, Webb (C-279/80)⁷⁹; de 26 de febrero de 1991, Comisión/Italia (C-180/89)⁸⁰; de 26 de febrero de 1991, Comisión/Grecia (C-198/89)⁸¹; de 25 de julio de 1991, Säger (C-76/90)⁸²;

68. Apartado 25.

69. Apartado 18.

70. Apartado 33.

71. Apartado 36.

72. Apartado 29.

73. Apartado 44.

74. Apartado 53.

75. Apartado 12.

76. Apartado 28.

77. Apartado 26.

78. Apartado 52.

79. Apartado 17.

80. Apartado 17.

81. Apartado 18.

82. Apartado 15.

de 9 de agosto de 1994, Vander Elst (C-43/93)⁸³; de 28 de marzo de 1996, Guiot (C-272/94)⁸⁴; y de 23 de noviembre de 1999, Arblade (C-396/96)⁸⁵. La aplicación «de las normas nacionales de un Estado miembro a los prestadores establecidos en otros Estados miembros debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo» [SSTJUE de 25 de julio de 1991, Säger (C-76/90)⁸⁶; de 31 de marzo de 1993, Kraus (C-19/92)⁸⁷; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94)⁸⁸; de 28 de marzo de 1996, Guiot (C-272/94)⁸⁹; Arblade (C-396/96)⁹⁰; de 7 de octubre de 2010, Dos Santos Palhota (C-515/08)⁹¹; y de 3 de diciembre de 2014, De Clercq (C-315/13)⁹²].

Entre «las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción a la libertad de prestación de servicios reconocidas por el Tribunal de Justicia figura la protección de los trabajadores» [SSTJUE de 17 de diciembre de 1981, Webb (C-279/80)⁹³; de 3 de febrero 1982, Seco y Desquenue & Giral (asuntos acumulados C-62/81 y 63/81)⁹⁴; de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa (C-113/89)⁹⁵; de 25 de octubre de 2001, Finalarte y otros (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98)^{96,97,98}, en adelante Finalarte (C-49/98); de 21 de octubre de 2004, Comisión/Luxemburgo (C-445/03)⁹⁹; y de 7 de octubre de 2010, Dos Santos Palhota (C-515/08)¹⁰⁰], en particular, «la protección social de los trabajadores del sector de la construcción» [SSTJUE de 28 de marzo de 1996, Guiot (C-272/94)¹⁰¹; de 23 de noviembre de 1999, Arblade (C-396/96)¹⁰²; de 25 de octubre de 2001, Finalarte (C-49/98)¹⁰³; de 21 de octubre de 2004, Comisión/Luxemburgo (C-445/03)¹⁰⁴; de 7 de octubre de 2010, Dos Santos Palhota (C-515/08)^{105,106}; y de 3 de diciembre

83. Apartado 16.

84. Apartados 11 y 13.

85. Apartado 34.

86. Apartado 15.

87. Apartado 32.

88. Apartado 37.

89. Apartados 11 y 13.

90. Apartado 35.

91. Apartado 45.

92. Apartado 62.

93. Apartado 19.

94. Apartado 14.

95. Apartado 18.

96. Apartado 33.

97. Apartado 29.

98. Apartado 47.

99. Apartados 16.

100. Apartado 36.

101. Apartado 33.

102. Apartado 29.

103. Apartado 29.

104. Apartado 62.

105. Apartados 35, 36 y 41.

106. Apartado 42.

de 2014, De Clercq (C-315/13)¹⁰⁷]; «la prevención de la competencia desleal por parte de empresas que retribuyan a sus trabajadores desplazados a un nivel inferior al correspondiente al salario mínimo, dado que este objetivo engloba una meta de protección de los trabajadores mediante la lucha contra el *dumping social*» [STJUE, de 12 de octubre de 2004, Wolff & Müller (C-60/03)¹⁰⁸] así como «la lucha contra el fraude, en especial social, y la prevención de los abusos, sobre todo el combate contra el trabajo encubierto, en la medida en que este objetivo puede vincularse en particular al objetivo de protección del equilibrio financiero de los sistemas de seguridad social» [SSTJUE de 3 de abril de 2008, Ruffert (C-346/06)¹⁰⁹ y de 3 de diciembre de 2014, De Clercq (C-315/13)¹¹⁰].

En cambio, «consideraciones de orden meramente administrativo no pueden justificar que un Estado miembro establezca excepciones a las normas de Derecho comunitario, máxime cuando la referida excepción equivalga a excluir o restringir el ejercicio de una de las libertades fundamentales del Derecho comunitario» [SSTJUE de 26 de enero de 1999 Terhoeve (C-18/95)¹¹¹ y de 23 de noviembre de 1999, Arblade (C-369/96)¹¹²]. Un procedimiento que «supedite el ejercicio de determinadas prestaciones de servicios mediante trabajadores desplazados al territorio nacional, por parte de una empresa domiciliada en otro Estado miembro, a la concesión de (tal) autorización administrativa, puede constituir una restricción a la libre circulación de servicios a efectos del artículo 56 TFUE», no puede justificar las restricciones a la libre prestación de servicios [STJUE de 7 de octubre de 2010, Dos Santos Palhota (C-515/08)¹¹³ y de 19 de enero de 2006, Comisión/Alemania (C-244/04)¹¹⁴].

Reconoce asimismo el Alto Tribunal la facultad de los Estados miembros «de comprobar la observancia de las disposiciones nacionales y del Derecho de la Unión en materia de prestación de servicios» y «admite las medidas de control que sean necesarias para comprobar el respeto de las exigencias justificadas por razones de interés general» [SSTJUE de 23 de noviembre de 1999, Arblade (C-369/96)¹¹⁵ y de 21 de septiembre de 2006, Comisión/Austria (C-168/04)¹¹⁶].

Desde la perspectiva de Derecho del Trabajo, estos trabajadores temporalmente desplazados, están sujetos a la sujetos a la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (en adelante Directiva 96/71/CE), la cual se aplica «en particular, a una situación en que una empresa establecida en un Estado miembro desplaza, por su cuenta y bajo su dirección, al territorio de otro Estado

107. Apartado 65.

108. Apartado 45.

109. Apartado 37.

110. Apartado 35.

111. Apartado 34.

112. Apartado 38.

113. Apartado 36.

114. Apartado 19.

115. Apartado 76.

116. Apartado 45.

miembro, en el marco de una prestación de servicios transnacional, a trabajadores en méritos de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en otro Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre dicha empresa y el trabajador durante el período de desplazamiento» [STJUE de 3 de abril de 2008, Rüffert (C-346/06)¹¹⁷]. La Directiva tiene por objeto «asegurar a los trabajadores desplazados que se les apliquen las normas de protección mínima del Estado miembro de acogida, mientras realizan actividades con carácter temporal en el territorio de dicho Estado miembro» [SSTJUE de 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri (C-341/05)¹¹⁸ y de 3 de diciembre de 2014, De Clercq (C-315/13)¹¹⁹]. Coordina «las disposiciones nacionales materiales referentes a las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores desplazados, independientemente de las normas administrativas accesorias destinadas a permitir la comprobación de la observancia de dichas condiciones»; por consiguiente, «estas medidas pueden ser libremente definidas por los Estados miembros, respetando el Tratado y los principios generales del Derecho comunitario» [SSTJUE de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania (C-490/04)¹²⁰; de 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri (C-341/05)¹²¹; y de 7 de octubre de 2010, Dos Santos (C-518/08)¹²²].

Estas condiciones mínimas de trabajo y empleo están recogidas en el artículo 3.1 Directiva 96/71/EC¹²³ y «las legislaciones de los Estados miembros deben ser coordinadas a fin de establecer un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que habrán de ser respetadas, en el Estado de acogida, por los empresarios que desplacen a trabajadores» [SSTJUE de 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri (C-341/05)¹²⁴ y de

117. Apartado 19.

118. Apartado 60.

119. Apartados 26 y 27.

120. Son las siguientes: a) Los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso. b) La duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas. c) Las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias. d) Las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino, aludiendo a las empresas de trabajo temporal. e) La salud, la seguridad y la higiene en el trabajo. f) Las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes. g) La igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

121. Apartado 59.

122. Apartado 24.

123. Apartado 75.

124. Se aclara, por si fuera necesario, que la jurisprudencia que analiza el presente artículo, como reza su título, es la del TJUE y no la de los tribunales nacionales. Además, para que no haya confusión, en este epígrafe se estudia el concepto (general) de asegurado social, no el (específico) de asegurado, a los efectos de beneficiario, titular, del derecho a las acciones (en especial, las prestaciones sanitarias y farmacéuticas) contempladas en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (artículo 3 Ley 16/2003 en su redacción dada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones). A título ilustrativo, *vid* STC 139/2016, de 21 de julio de 2016 (RTC 2016, 139) y, sobre el

19 de junio de 2008, Comisión/Luxemburgo (C-319/06)¹²⁵]. Tienen por objeto asegurar una «competencia leal entre las empresas nacionales y las empresas que realicen una prestación de servicios transnacional en la medida en que obliga a estas últimas a reconocer a sus trabajadores, respecto a una lista limitada de materias, las condiciones de trabajo y empleo fijadas, en el Estado miembro de acogida, por las disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas o por los convenios colectivos o los laudos arbitrales» a que se refiere el artículo 3.8 de la Directiva 96/71; por tanto, esta norma impide el *dumping social*, «que, mediante una aplicación a sus trabajadores, en relación con estas materias, de las condiciones de trabajo y empleo vigentes en el Estado miembro de origen, las empresas establecidas en otros Estados miembros puedan ejercer una competencia desleal hacia las empresas del Estado miembro de acogida, en el marco de una prestación de servicios transnacional, cuando el nivel de protección social es más elevado en el Estado miembro de acogida» [STJUE de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri* (C-341/05)¹²⁶].

Este trabajador, ya en búsqueda de empleo ya desplazado por su empresa, es el que ha estado incluido, por tanto protegido, por los Reglamentos de Seguridad Social, lo que nos lleva al siguiente epígrafe, donde se aprecia la evolución del concepto de afiliación al de asegurado social, por obra, precisamente, de la jurisprudencia del TJUE inspirada en que los mencionados Reglamentos buscan, de una parte, que se tenga en cuenta la actividad por cuenta desempeñada por los trabajadores de la Unión Europea en otros Estados miembros y sus derechos adquiridos; de otra, facilitar la aplicación de las normas sobre determinación de la legislación aplicable a las relaciones jurídicas de Seguridad Social (afiliación/cotización) para que, de esta forma, el trabajador pueda viajar con su Seguridad Social, sea cual sea la modalidad contractual bajo la que preste sus servicios, su duración y remuneración.

II. EL CONCEPTO DE ASEGURADO SOCIAL

Analizado el concepto de trabajador por cuenta ajena, lo siguiente es extraer el de asegurado social, de nuevo, de la jurisprudencia del TJUE, con una premisa previa, a

reconocimiento y control de tal condición (artículo 3 bis Ley 16/2003), STC 33/2017, de 1 de marzo de 2017 (RTC 2017, 33); ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Derecho de la Protección Social: Derecho a la seguridad social, Derecho a la asistencia sanitaria y Derecho a los servicios sociales*, Civitas Thomson Reuters, 3.ª edición (2016), págs. 417-432.

125. Puntualizar que, aunque a nuestros efectos, se habla en pasado, el Reglamento 1408/71 sigue en vigor, por lo tanto es aplicable a determinados supuestos, caso de nacionales de terceros países con residencia legal en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea de acuerdo con el Reglamento 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento 1408/71 y del Reglamento 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas.

126. De hecho, «si observamos las numerosas modificaciones que se han ido produciendo en los Reglamentos (de Seguridad Social), veremos cómo en todos los casos dichas modificaciones se basan en una previa línea jurisprudencial asentada por el Tribunal (TJUE), el cual, al analizar los casos concretos, detecta las discriminaciones e injusticias que la normativa provoca en su aplicación práctica y las intenta solventar» RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, J., *Visión general de la Seguridad Social en el Derecho Comunitario Europeo*, Revista de Trabajo y Asuntos Sociales núm.2 (1997), pág. 115.

saber: así como la técnica normativa en Derecho del Trabajo es la Directiva, la fuente de regulación del Derecho de la Seguridad Social es el Reglamento, lo cual incide en el estudio del presente epígrafe en el sentido en que el Alto Tribunal tiene, digamos, más libertad para definir tal concepto, el de asegurado social¹²⁷, aunque no plena porque la Unión Europea carece de competencias armonizadoras sobre esta materia y éste, el Reglamento, además, es de coordinación de sistemas como se concreta posteriormente.

La idea de la que hay que partir es que el Derecho del Trabajo se basa en el concepto de trabajador por cuenta ajena, eje sobre el que reposaba la aplicación del Reglamento 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. En su virtud, su campo de aplicación personal era el trabajador por cuenta ajena, afiliado a un sistema de la Seguridad Social [artículo 2.1 en relación con el 1.a) Reglamento 1408/71¹²⁸].

Por el contrario, los actuales Reglamentos de Seguridad Social, el 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los Sistemas de la Seguridad Social (en adelante Reglamento 883/2004) y el 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (en adelante Reglamento 987/2009), se fundamentan en el concepto de asegurado social por obra, precisamente, de la jurisprudencia del TJUE¹²⁹.

Efectivamente, el Reglamento 883/2004, no define «trabajador por cuenta ajena» sino «actividad por cuenta ajena», entendiendo por tal «toda actividad o situación asimilada considerada como tal a efectos de la legislación de seguridad social del Estado miembro en el que se ejerza dicha actividad o se produzca dicha situación» [artículo 1.a) Reglamento 883/2004], lo que supone un concepto, sino distinto del de Derecho del Trabajo, sí propio del Derecho de la Seguridad Social de tal manera que Reglamento 883/2004 acoge la jurisprudencia del TJUE, en virtud de la cual, «procede señalar que el concepto de «trabajador» en Derecho comunitario no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate» [SSTJUE de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala (C-85/96)¹³⁰ y de 7 de junio de 2005 Dodl (C-543/03)¹³¹] y designa a toda persona que esté asegurada «aunque sólo sea contra una contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo en el marco de un régimen general o particular de seguridad social...y ello con independencia de la existencia de una relación laboral» [SSTJU de 31 de mayo de 1979, Pierik II (C-182/78)¹³²; de 9 de julio de 1987, Laborero y Sabato (asuntos acu-

127. Apartado 31.

128. Apartado 27.

129. Apartados 4 y 7.

130. Apartados 17.

131. Apartado 36.

132. Apartado 21.

mulados 82/86 y 103/86)¹³³; de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala (C-85/96)¹³⁴; de 11 de junio de 1998, Kuusijärvi (C-275/96)¹³⁵; de 7 de junio de 2005, Dodl (C-543/03)¹³⁶; y de 1 de febrero de 2017, Tolley (C-430/15)¹³⁷. Ha de tratarse de un «asegurado social» como le denomina en una de sus sentencias más reciente [STJUE de 4 de junio de 2015, Fischer-Lintjens (C-543/13)¹³⁸]; en palabras del Reglamento 883/2004, de una «persona asegurada», definida como «en relación con las ramas de seguridad social contempladas en los capítulos 1 y 3 del título III, toda persona que reúna las condiciones requeridas por la legislación del Estado miembro competente con arreglo al título II para tener derecho a las prestaciones, habida cuenta de las disposiciones del presente Reglamento» [artículo 1.c) Reglamento 883/2004].

Ello supone, pues, que la aplicación de las disposiciones del Reglamento de Seguridad Social «no está condicionada al ejercicio de una actividad profesional» [STJUE de 26 de febrero de 2015, Ruyter (C-623/13)¹³⁹]; que la existencia de una relación laboral carezca «de pertinencia para su aplicación» [SSTJUE de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala (C-85/96)¹⁴⁰; de 10 de marzo de 2011, Borger (C-516/09)¹⁴¹; y de 26 de febrero de 2015, Ruyter (C-623/13)¹⁴²]. A los efectos de aplicación de los Reglamentos de Seguridad Social, pues, lo definitivo es tener una persona la condición de asegurado.

A esta jurisprudencia, se considera, obedece el cambio de redacción operado en el Reglamento 883/2004 para definir su campo de aplicación personal (artículo 2.1 Reglamento 883/2004), que establece que están en él incluidos los nacionales de un Estado miembro que estén o hayan estado asegurados bien en el régimen general bien en alguno de los regímenes especiales de los sistemas de seguridad Social de los Estados miembros, ya sea mediante seguro obligatorio, ya voluntario¹⁴³. Teniendo una persona la condición de asegurado, es cuando ya no puede «verse privado de protección en materia de seguridad social a falta de legislación que le sea aplicable» [SSTJUE de 11 de junio de 1998, Kuusijärvi (C-275/96)¹⁴⁴; de 4 de junio de 2015, Fischer-Lin-

133. Apartado 30.

134. Apartado 38.

135. Apartado 38.

136. Apartado 30.

137. Apartado 36.

138. Apartados 26 y 28.

139. Apartado 31.

140. Se aclara que los Reglamentos de Seguridad Social son también textos pertinentes a aplicar a los nacionales de Suiza (desde el 1 de abril de 2012) y a los nacionales de los Estados Parte del Espacio Económico Europea, es decir, Islandia, Liechtenstein y Noruega (desde el 1 de junio de 2012). Se aplica también a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros y a los miembros de la familia y los supérstites de las personas anteriormente mencionadas.

141. Apartado 28.

142. Apartados 58 y 59.

143. Apartado 52.

144. TORRENTE GARI, S., *Las prestaciones no contributivas en la normativa comunitaria en La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2005), pág. 280. Mismo sentido, PÉREZ CASTILLO, A. M. y CARPENA NIÑO, J. M.,

tjens (C-543/13)¹⁴⁵; y de 1 de febrero de 2017, Tolley (C-430/15)¹⁴⁶]. Resulta, pues, «evidente que se encuentran protegidas todas aquellas personas que a su vez estén asistidas por la Seguridad Social de un Estado Miembro»¹⁴⁷.

Ello lleva como consecuencia que la jurisprudencia del TJUE haya deslaboralizado los Reglamentos de Seguridad Social, su ámbito de aplicación personal, de forma progresiva, patente y persistente¹⁴⁸ a través de la creación, vía jurisprudencial, del concepto de asegurado social; éste «puede ser trabajador activo o no»¹⁴⁹, puede ser, pues, trabajador y/o perceptor de prestación incluida en su ámbito de aplicación material, esto es, beneficiario de prestación contributiva (artículo 3.1 Reglamento 883/2004) o de una prestación no contributiva (artículo 3.3 Reglamento 883/2004). Como afirma el TJUE, «la referencia al «trabajador» recogida... (en el Reglamento de Seguridad Social) no pretende limitar el ámbito de aplicación de esta disposición a los trabajadores activos frente a los trabajadores inactivos» [SSTJUE de 31 de mayo de 1979, Pierik, (182/78)¹⁵⁰ y de 1 de febrero de 2017, Tolley (C-430/15)¹⁵¹].

Esta apreciación lleva aparejada que la afiliación no vaya a ser el (único) criterio determinante de inclusión en el campo de aplicación personal del Reglamento 883/2004, que del concepto de afiliado se vaya evolucionando al de asegurado social¹⁵². En esta fase en la que nos hallamos, conviven los conceptos afiliado/asegurado; aparece tanto el Estado de afiliación como el Estado de aseguramiento como Estado(s) competente(s) para reconocer una u otra condición a partir de la cual se reconoce el derecho a una prestación y la posibilidad de exportar tal derecho.

Esta jurisprudencia obedece, de nuevo se considera, a la aplicación de los principios de igualdad y libre circulación al ámbito propiamente de los Reglamentos de Seguridad

La Seguridad Social de los trabajadores migrantes: realidad actual y perspectivas de futuro, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 59 (2005), pág. 79.

145. Esta tendencia, por cierto, ya se vislumbraba en los años 60, «al igual que el término “trabajador” de los artículos 48 a 51 del Tratado CEE, el concepto de “trabajador por cuenta ajena o asimilado” utilizado por el Reglamento 3 del Consejo de la CEE relativo a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, tiene un alcance comunitario, que abarca a todos quienes, en cuanto tales, y bajo cualquier denominación, se hallan cubiertos por los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social» [STJUE de 19 de marzo de 1964, Unger (C-75/63), apartado 1].

146. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., *Concepto de trabajador. Prestación familiar. Requisito de un permiso de residencia. Aplicación del artículo 8 A del Tratado de la Unión. Comentario a la STHUE de 12 de marzo de 1998*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm.17 (1999), pág. 251.

147. Apartado 7.

148. Apartado 80.

149. Por si hubiera duda al respecto, el concepto de afiliación/afiliado no ha desaparecido ni normativa ni jurisprudencialmente, *vid* STJUE de 26 de febrero de 2015, Ruyter (C-623/13) apartado 39, y se emplea cuando estamos ante la modalidad contributiva de la Seguridad Social.

150. RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, J., *Visión general de la Seguridad Social en el Derecho Comunitario Europeo*, ob.cit., pág. 120.

151. Apartado 19.

152. Apartado 20.

Social, si bien, al Derecho de la Seguridad Social, le es indiferente cuál es el motivo del desplazamiento, ya sea búsqueda de empleo ya porque el trabajador ha sido destacado por la empresa a otro Estado miembro para ejercer su actividad laboral (expatriado), porque su objetivo es proteger al trabajador/asegurado y que no se vean perjudicados sus derechos por el desplazamiento.

Efectivamente, tanto el derecho originario (artículo 18 y 45 TFUE) como el derecho derivado [Reglamentos de Seguridad Social (Reglamento 883/2004 y su predecesor el Reglamento 1408/1971)], basan su regulación en los principios de igualdad de trato y de libre circulación de trabajadores, y el TJUE ha tenido multiplicidad de ocasiones de aplicar tales principios propia y específicamente al Derecho de la Seguridad Social.

El principio de igualdad de trato «reviste una importancia especial para los trabajadores que no residen en el Estado miembro en el que trabajan» (Considerando 8 Reglamento 883/2004). Es la base «sobre la que se asienta todo el sistema de la coordinación comunitaria y, en definitiva, una condición imprescindible para que la libre circulación de trabajadores sea un hecho»¹⁵³. Está establecido en su artículo 4 Reglamento 883/2004, a cuyo tenor, «las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento».

En palabras del Alto Tribunal, el Reglamento de Seguridad Social «establece el principio de la igualdad de trato de los trabajadores bajo las distintas legislaciones nacionales y pretende garantizar lo mejor posible la igualdad de trato de todos los trabajadores que desarrollan sus actividades en el territorio de un Estado miembro, así como no penalizar a aquellos que ejerciten su derecho a la libre circulación» [SSTJUE de 9 de marzo de 2006, Piatkowski (C-493/04)¹⁵⁴; de 18 de julio de 2006, Nikula (C-50/05)¹⁵⁵; de 3 de abril de 2008, Derouin (C-103/06)¹⁵⁶; de 3 de marzo de 2011, Tomaszewska (C-440/09)¹⁵⁷; y de 12 de febrero de 2015, Bouman (C-114/13)¹⁵⁸], de tal manera que «las diferencias de fondo y de procedimiento entre los regímenes de seguridad social de cada Estado miembro y, por consiguiente, entre los derechos de las personas afiliadas a ellos» no tienen que afectar a los ciudadanos de la Unión [SSTJUE de 16 de julio de 2009, Chamier-Glisczinski (C-208/07)¹⁵⁹; de 14 de octubre de 2010, Van Delft (C-345/09)¹⁶⁰; y de 30 de junio de 2011, Da Silva Martins (C-388/09)¹⁶¹].

Sus normas se basan, tiene por objeto, «garantizar, con arreglo al artículo 45 TFUE, en beneficio de las personas a quienes se aplica el Reglamento, la igualdad en materia de segu-

153. Apartado 20.

154. Apartado 28.

155. Apartado 38.

156. Apartado 84.

157. Apartado 99.

158. Apartado 71.

159. Apartado 29.

160. Apartado 23.

161. Apartado 22.

ridad social sin distinción de nacionalidad, suprimiendo toda discriminación a este respecto que resulte de las legislaciones nacionales» [SSTJUE de 25 de junio de 1997, Mora Romero (C-131/96)¹⁶²; de 21 de septiembre de 2000, Borawitz (C-124/99)¹⁶³; de 18 de enero de 2007, Celozzi (C-332/05)¹⁶⁴; y de 18 de diciembre de 2014, Larcher (C-523/13)¹⁶⁵].

Prohíbe «no sólo las discriminaciones ostensibles, basadas en la nacionalidad de los beneficiarios de los regímenes de seguridad social, sino también toda forma encubierta de discriminación que, por aplicación de otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado» [SSTJUE de 21 de septiembre de 2000, Celozzi (C-332/05)¹⁶⁶ y de 18 de diciembre de 2014, Larcher (C-523/13)¹⁶⁷], es decir, tanto las directas como las indirectas. Por ello, a menos que «esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido, una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios nacionales e implique, por consiguiente, el riesgo de perjudicar más en particular a los primeros» [SSTJUE de 27 de noviembre de 1997, Meints (C-57/96)¹⁶⁸; de 18 de julio de 2007, Hartmann (C-212/05)¹⁶⁹; de 18 de julio de 2007, Geven (C-213/05)¹⁷⁰; y de 11 de septiembre de 2008, Petersen (C-228/07)¹⁷¹]. En consecuencia, los artículos 45-48 TFUE «se oponen a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado» FUE [SSTJUE de 31 de marzo de 1993, Kraus (C-19/92)¹⁷²; de 9 de septiembre de 2003, Burbaud (C-285/01)¹⁷³; de 5 de octubre de 2004, CaixaBank France (C-442/02)¹⁷⁴; de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française y gouvernement wallon (C-212/06)¹⁷⁵; de 10 de marzo de 2011, Casteels (C-379/09)¹⁷⁶; de 5 de febrero de 2015, Comisión/Bélgica (C-317/14)¹⁷⁷; y de 6 de octubre de 2016, Adrien y otros (C-466/15)¹⁷⁸]; están destinados «a suprimir todas las medidas que, en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores, imponen a un nacional de otro Estado miembro un trato más riguroso o le colocan en una situación de Derecho o de hecho desfavorable,

162. Apartado 30.

163. Apartado 23.

164. Apartado 31.

165. Apartado 44.

166. Apartado 30.

167. Apartado 19.

168. Apartado 53.

169. Apartado 32.

170. Apartado 95.

171. Apartado 11.

172. Apartado 45.

173. Apartado 22.

174. Apartado 23.

175. Apartado 26.

176. Apartado 14.

177. Apartado 30.

178. Apartado 5.

respecto a la situación de un nacional en las mismas circunstancias» [SSTJUE 13 de diciembre de 1984, Haug-Adrion (C-251/83)¹⁷⁹ y de 9 de noviembre de 2006, Monique Chateignier (C-346/05)¹⁸⁰].

Las disposiciones del Reglamento 883/2004, «adoptadas de conformidad con el artículo 48 TFUE, deben ser interpretadas a la luz del objetivo de este artículo, que es contribuir al establecimiento de la más amplia libertad posible en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores migrantes» [SSTJUE de 12 de octubre de 1978, Belbouab (10/78)¹⁸¹; de 8 de marzo de 2001, Jauch¹⁸²; de 21 de febrero de 2006, Hosse (C-286/03)¹⁸³; de 11 de septiembre de 2007, Hendrix (C-287/05)¹⁸⁴; y de 30 de junio de 2011, Da Silva Martins (C-388/09)¹⁸⁵].

La finalidad del Reglamento de Seguridad Social es garantizar la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena «respetando las características propias de las legislaciones nacionales de seguridad social» [SSTJUE de 9 de marzo de 2006, Piatkowski (C-493/04)¹⁸⁶; de 18 de julio de 2006, Nikula (C-50/05)¹⁸⁷; de 3 de abril de 2008, Derouin (C-103/06)¹⁸⁸; de 3 de marzo de 2011, Tomaszewska (C-440/09)¹⁸⁹; y de 12 de febrero de 2015, Bouman (C-114/13)¹⁹⁰]. Esta finalidad no se alcanzaría si, «como consecuencia del ejercicio de su derecho a la libre circulación, los trabajadores migrantes llegaran a perder determinados beneficios de seguridad social que les garantiza la legislación de un solo Estado miembro» [SSTJUE de 21 de febrero de 2006, Hosse (C-286/03)¹⁹¹; de 9 de noviembre de 2006, Nemeč (C-205/05)¹⁹²; de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française y gouvernement wallon (C-212/06)¹⁹³; de 30 de junio de 2011, Da Silva Martins (C-388/09)¹⁹⁴; de 18 de abril de 2013, Mulders (C-548/11)¹⁹⁵; de 21 de enero de 2016, Comisión/Chipre (C-515/14)¹⁹⁶; y de 13 de julio de 2016, Pöpperl (C-187/15)¹⁹⁷]; en especial, «cuando esos beneficios representan la contrapartida de las cotizaciones que han pagado» [SSTJUE de 21 de octubre de 1975, Petroni (24/75)¹⁹⁸; de

179. Apartado 20.

180. Apartado 24.

181. Apartado 52.

182. Apartado 70.

183. Apartado 19.

184. Apartado 20.

185. Apartado 20.

186. Apartado 28.

187. Apartado 38.

188. Apartado 24.

189. Apartado 38.

190. Apartado 46.

191. Apartado 74.

192. Apartado 46.

193. Apartado 41.

194. Apartado 25.

195. Apartado 13.

196. Apartado 19.

197. Apartado 17.

198. Apartado 20.

25 de febrero de 1986, Spruyt (C-284/84)¹⁹⁹; de 27 de febrero de 1997, Bastos Moriana (C-59/95)²⁰⁰; de 8 de marzo de 2001, Jauch (C-215/99)²⁰¹; de 15 de diciembre de 1995, Bosmann (C-415/93)^{202,203,204}; de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon, (C-212/06)²⁰⁵; de 30 de junio de 2011, Da Silva Martins (C-388/09)²⁰⁶; de 18 de abril de 2013, Mulders (C-548/11)²⁰⁷ y de 6 de octubre de 2016, Adrien y otros (C-466/15)²⁰⁸]; puesto que «tal consecuencia podría disuadir al trabajador comunitario de ejercitar su derecho a la libre circulación y constituiría, por lo tanto, un obstáculo para dicha libertad» [entre otras, SSTJUE de 4 de octubre de 1991, Paraschi (C-349/87)²⁰⁹; de 8 de marzo de 2001, Jauch (C-215/99)²¹⁰; de 21 de febrero de 2006, Hosse (C-286/03)²¹¹; y de 11 de septiembre de 2008, Petersen (C-228/07)²¹²]. Tampoco se lograría dicha finalidad u objetivo, si los trabajadores migrantes sufrieran «una reducción de la cuantía de éstas (las prestaciones) por haber ejercitado el derecho a la libre circulación que les reconoce el Tratado» [SSTJUE de 9 de agosto de 1994, Reichling (C-406/93)²¹³; de 12 de septiembre de 1996, Lafuente Nieto (C-251/94)²¹⁴; de 9 de octubre de 1997, Naranjo Arjona (C-31/96)²¹⁵; de 17 de diciembre de 1998, Grajera Rodríguez (C-153/97)²¹⁶; de 9 de noviembre de 2006, Nemec (C-205/05)²¹⁷; de 20 de mayo de 2008, Bosmann (C-352/06)²¹⁸; de 12 de junio de 2012, Hudzinski (C-611/10)²¹⁹; de 21 de febrero de 2013, Salgado González (C-282/11)²²⁰; de 12 de febrero de 2015, Bouman (C-114/13)²²¹; y Comisión/Chipre (C-515/14)²²²].

Las normas para la coordinación de las legislaciones nacionales de Seguridad Social que el Reglamento establece «se insertan en el marco de la libre circulación de personas y deben contribuir a mejorar su nivel de vida» [SSTJUE de 20 de mayo de 2008, Bosmann

-
- 199. Apartado 29.
 - 200. Apartado 46.
 - 201. Apartado 74.
 - 202. Apartado 46.
 - 203. Apartado 26.
 - 204. Apartado 22.
 - 205. Apartado 20.
 - 206. Apartado 24.
 - 207. Apartado 43.
 - 208. Apartados 21 y 22.
 - 209. Apartado 28.
 - 210. Apartado 20.
 - 211. Apartado 17.
 - 212. Apartado 38.
 - 213. Apartado 29.
 - 214. Apartado 46.
 - 215. Apartado 43.
 - 216. Apartado 39.
 - 217. Apartado 34.
 - 218. Apartado 30.
 - 219. Apartado 47.
 - 220. Apartado 40.
 - 221. Apartado 72.
 - 222. Apartado 43.

(C-352/06)²²³; de 12 de junio de 2012, Hudzinski (C-611/10)²²⁴; y de 12 de febrero de 2015, Bouman (C-114/13)²²⁵].

Es por (todo) este contexto, por lo que «el Derecho primario de la Unión no puede garantizar a un asegurado que el desplazamiento a otro Estado miembro sea neutro en lo que respecta a la seguridad social» [SSTJUE de 30 de junio de 2011, Da Silva Martins (C-388/09)²²⁶; de 12 de junio de 2012, Hudzinski y Wawrzyniak (asuntos acumulados C-611/10 y C-612/10)²²⁷; de 18 de abril de 2013, Mulders (C-548/11)²²⁸; Comisión/ Chipre (C-515/14)²²⁹; de 13 de julio de 2016, Pöpperl (C- 187/15)²³⁰; y de 6 de octubre de 2016, Adrien y otros (C-466/15)²³¹].

223. Apartado 45.

224. Apartado 40.

225. Apartado 24.

226. Apartado 27.

227. Mismo sentido, CORREA CARRASCO, M., *El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones* en La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2005), págs. 23-24; y GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *Expatriación de trabajadores y ley aplicable a la relación laboral*, Ob.cit., pág. 15.

228. Este carácter público e imperativo, no dispositivo, se agudizada en extremo en los desplazamientos temporales, en los que los Estados rompen con el principio de territorialidad, permitiendo las normas de conflicto contenidas en los Reglamentos que las relaciones jurídicas de Seguridad Social se sigan manteniendo con el Estado de envío (reglas especiales) emitiendo, al efecto, sus instituciones competentes, los correspondientes certificados de legislación aplicable (el A1 y el S1), por cuya virtud, no se aplica la regla general *lex locis laboris*, esto es, la legislación del Estado de empleo.

229. Coordinar «consiste en ajustar las partes de un todo con arreglo a un plan lógico para un fin determinado», en materia jurídica «regular las relaciones entre sistemas jurídicos o instituciones diferentes en la medida necesaria para el orden que se desee establecer en estas relaciones...sin alterar sustancialmente el contenido de las normas, de los sistemas o de las propias instituciones» [Vander Elst y Mónaco citados por VAN RAEPENBUSCH, S, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (1992), pág. 73]. En materia de Seguridad Social, «se trata de regular las relaciones entre sistemas nacionales de Seguridad Social, aplicando unos principios esenciales para garantizar una protección completa y constante a los trabajadores que realizan sus actividades profesionales total o parcialmente en un país diferente al suyo de origen» (VAN RAEPENBUSCH, S, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo*, ob.cit., pág. 73).

230. Con otras palabras, «los sistemas públicos de seguridad social de cada Estado se coordinan para su aplicación a las situaciones internacionales, y aunque se trata en verdad de sistemas públicos, su coordinación se realiza mediante el diseño e implementación de técnicas de Derecho Internacional Privado, básicamente normas de conflicto. El punto de partida de todas estas técnicas es, por tanto, el carácter nacional de los sistemas públicos de seguridad social que deben ser coordinados. Y el principal cometido de estas técnicas será la determinación de la legislación nacional aplicable a cada supuesto de hecho de seguridad social internacional», GÓMEZ ABELLEIRA, F., *La seguridad social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas* en La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2005), pág. 466.

231. Como señala la doctrina, «no parece posible decidir si la Seguridad Social pertenece en bloque al Derecho internacional público o al privado, en cuanto que se articula, no en una sola relación jurídica, sino en un sistema de relaciones de muy diversa condición» MONTOYA MELGAR, A., *El Derecho Internacional de la Seguridad Social*, Revista de Política Social núm. 61 (1964), pág. 399.

Pues bien, toda esta jurisprudencia en materia de Seguridad Social, reposa sobre la condición de **trabajador y/o asegurado social** (afiliado/persona asegurada en el marco de uno de los regímenes de seguridad social) y hay un factor esencial diferenciador entre una y otra figura, a saber, en el caso de los trabajadores, su relación laboral se ampara en un contrato de trabajo; por el contrario, en el caso de los afiliados/asegurados sociales, requiere de un acto administrativo de reconocimiento, por las instituciones competentes de los Estados, de la condición de afiliado y/o de asegurado.

Esta diferenciación obedece a que en el contrato de trabajo participan dos sujetos privados, empresario y trabajador, nos hallamos ante relaciones jurídicas privadas, mientras que en las relaciones jurídicas de Seguridad Social (afiliación/aseguramiento), aunque presupongan esta relación privada, se mantienen con el Estado lo que las dota de un eminente carácter *público* puesto que requieren la actuación de la Administración Pública, la de la Seguridad Social, la cual establece cuáles son los requisito condición de afiliado/asegurado, en base a los cuales, reconoce tal(es) condición(es); en el caso de España, tratándose del Régimen General, requieren de la actuación de la Tesorería General de la Seguridad Social (afiliación) y del Instituto Nacional de la Seguridad Social (asegurado social)²³². Ello conlleva que, mientras que en las del contrato de trabajo se da cabida a la autonomía de la voluntad de la partes para determinar cuál es la norma a aplicar a su contrato de trabajo (artículos 3.1 y 8.1 Roma I), en las relaciones jurídicas de Seguridad Social es inexistente esta libertad puesto que son *imperativas*²³³.

Pero hay una tercera característica de suma importancia que diferencia a las normas de conflicto laborales (Roma I) de las de Seguridad Social (Título II de los dos Reglamentos de Seguridad Social, el 883/2004 y 987/2009) y es que las normas sobre determinación de la legislación aplicable a las relaciones jurídicas de Seguridad Social son de *coordinación*²³⁴, tal y como expresamente se denomina el Reglamento 883/2004. Están destinadas a coordinar los sistemas públicos de Seguridad Social de los Estados miembros acudiendo a una técnica propia del Derecho Internacional Privado mediante el establecimiento de normas de conflicto²³⁵.

Ahora bien, estas normas de conflicto no son de leyes sino que son de conflicto de sistemas. En su virtud, no designan qué ley es aplicable sino qué sistema de Seguridad Social es aplicable; fijado éste por la norma de conflicto, ya se aplica la legislación nacional del Estado que resulte competente, su regulación sustantiva y/o material.

Son estos rasgos particulares: su carácter imperativo, público y de coordinación de sistemas basados en conceptos y técnicas tanto del Derecho Internacional Público como de Derecho Internacional Privado²³⁶, lo que hace que el Derecho de la Seguridad Social Internacional sea tan peculiar y complejo. A ellos obedece porqué la materia «Seguridad Social» quede excluida tanto de Roma I como de Bruselas I bis.

232. Apartado 20.

233. Apartados 25 y 28.

234. Apartado 34.

235. Apartado 10.

236. Apartado 41.

En palabras del TJUE, estas reglas contenidas en el Título II de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, tienen como objetivo garantizar la libre circulación de los trabajadores en la Unión Europea, estableciendo «un sistema de coordinación en su Título II, que determina cuál o cuáles serán las legislaciones aplicables a los trabajadores por cuenta ajena... que ejercitan, en distintas circunstancias, su derecho a la libre circulación» [SSTJUE de 3 de abril de 2008, Derouin (C-103/06)²³⁷; de 3 de marzo de 2011, Tomaszewska (C-440/09)²³⁸; y de 26 de febrero de 2015, Ruyter (C-623/13)²³⁹]; «promover la libre prestación de servicios en beneficio de empresas que lo utilicen para enviar trabajadores a Estados miembros distintos de aquel en el cual están establecidas», estando destinadas a «superar las trabas que pudieran obstaculizar la libre circulación de los trabajadores y a favorecer la interpenetración económica, evitando complicaciones administrativas, en particular, a los trabajadores y las empresas» [SSTJUE Manpower (C-35/70)²⁴⁰ y de 10 de febrero de 2000, FTS (C-202/97)]; que «todo asegurado social que esté comprendido en su ámbito de aplicación disfrute de una cobertura continua, sin que dicha continuidad pueda verse afectada por las decisiones discrecionales de los individuos o de las instituciones competentes de los Estados miembros» [STJUE de 4 de junio de 2015, Fischer-Lintjens (C-543/13), apoyándose en las conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi²⁴¹].

Las disposiciones del Título II de los Reglamentos de Seguridad Social «constituyen un sistema completo y uniforme de normas de conflicto de leyes» cuya finalidad es «someter a los trabajadores que se desplazan dentro de la Unión al régimen de seguridad social de un único Estado miembro, para evitar la acumulación de las legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que de ello pueden derivarse» [SSTJUE de 12 de junio de 1986, Ten Holder (C-302/84)²⁴²; de 10 de julio de 1986, Luijten (C-60/85)²⁴³; de 3 de mayo de 1990, Kits van Heijningen (C-2/89)²⁴⁴; de 16 de febrero de 1995, Calle Grenzshop Andresen (C-425/93)²⁴⁵; de 13 de marzo de 1997, Huijbrechts (C-131/95)²⁴⁶; de 11 de junio de 1998, Kuusijärvi (C-275/96)²⁴⁷; 10 de febrero de 2000, FTS (C-202/97)²⁴⁸; de 9 de noviembre de 2000, Plum (C-404/98)²⁴⁹; 7 de julio de 2005, van Pommeren-Bourgondiën (C-227/03)²⁵⁰; de 20 de mayo de 2008,

237. Apartado 19.

238. Apartado 12.

239. Apartado 12.

240. Apartado 9.

241. Apartado 17.

242. Apartado 28.

243. Apartado 20.

244. Apartado 18.

245. Apartado 38.

246. Apartado 16.

247. Apartado 40.

248. Apartado 53.

249. Apartado 41.

250. Apartado 41.

Bosmann (C-352/06)²⁵¹, Schwemmer (C-16/09)²⁵²; de 30 de junio de 2011, Da Silva Martins (C-388/09)²⁵³; de 12 de junio de 2012, Hudzinski (C-611/10)²⁵⁴; de 23 de abril de 2015, Franzen (C-382/13)²⁵⁵; y de 1 de febrero de 2017, Tolley (C 430/15)²⁵⁶, dependiendo su aplicación «únicamente de la situación objetiva en la que se encuentra el trabajador interesado» [SSTJUE de 29 de junio de 1994, Aldewereld (C-60/93)²⁵⁷; de 9 de febrero de 2011, Van Delft y otros (C-345/09)²⁵⁸; y de 4 de junio de 2015, Fischer-Lintjens (C-543/13)²⁵⁹]. Se basan pues, en el denominado, **principio de unicidad** [SSTJUE de 5 de mayo de 1977, Perenboom (C-102/76)²⁶⁰; de 24 de marzo de 1994, Van Poučke (C-71/93)²⁶¹; de 16 de febrero de 1995, Calle Grenzshop Andresen (C-425/93)²⁶²; de 13 de marzo de 1997, Huijbrechts (C-131/95)²⁶³; de 11 de junio de 1998, Kuusijärvi (C-275/96)²⁶⁴; 10 de febrero de 2000, FTS (C-202/97)²⁶⁵; de 14 de octubre de 2010, Schwemmer (C-16/09)²⁶⁶; de 12 de junio de 2012, Hudzinski (C-611/10)²⁶⁷; 19 de marzo de 2015, Kik (C-266/13)²⁶⁸; de 11 de septiembre de 2014, B (C-394/13)²⁶⁹; de 26 de febrero de 2015, Ruyter (C-623/13)²⁷⁰; y de 1 de febrero de 2017, Tolley (C 430/15)²⁷¹].

Con otras palabras, estas disposiciones sobre determinación de la legislación aplicable, «forman un sistema de normas de conflicto que, por ser completo, sustrae a los legisladores nacionales la competencia para determinar el ámbito y los requisitos de aplicación de su legislación nacional en esta materia en lo que respecta a las personas sujetas a ella y al territorio en que las disposiciones nacionales surten efectos» [SSTJUE de 12 de junio de 1986, Ten Holder (C-302/84)²⁷²; de 10 de julio de 1986, Luijten (C-60/85)²⁷³; de 11 de noviembre de 2004, Adanez-Vega (C-372/02); de 9 de febrero de 2011, Van

-
- 251. Apartado 58.
 - 252. Apartados 16 a 20.
 - 253. Apartado 52.
 - 254. Apartado 38.
 - 255. Apartado 11.
 - 256. Apartado 22.
 - 257. Apartado 9.
 - 258. Apartado 17.
 - 259. Apartado 28.
 - 260. Apartado 20.
 - 261. Apartado 40.
 - 262. Apartado 41.
 - 263. Apartado 47.
 - 264. Apartado 41.
 - 265. Apartado 36.
 - 266. Apartado 58.
 - 267. Apartado 21.
 - 268. Apartado 14.
 - 269. Apartado 51.
 - 270. Apartado 54.
 - 271. Apartado 37.
 - 272. Apartado 35.
 - 273. Apartado 12.

Delft (C-345/09)²⁷⁴; de 5 de noviembre de 2014, Somova (C-103/13)²⁷⁵; de 4 de junio de 2015, Fischer-Lintjens (C-543/13)²⁷⁶; y de 26 de febrero de 2015, Ruyter (C-623/13)²⁷⁷. Tratan «no sólo evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales y las complicaciones que pueden resultar de ello, sino también impedir que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del mismo reglamento se vean privadas de protección en materia de seguridad social, a falta de legislación aplicable» [SSTJUE de 10 de julio de 1986, Luijten (C-60/85)²⁷⁸; de 11 de junio de 1998, Kuusijärvi (C-275/96)²⁷⁹; de 7 de julio de 2005, Van Pommeren-Bourgonadiën (C-227/03)²⁸⁰; de 16 de mayo de 2013, Wencel (C-589/10)²⁸¹; de 12 de junio de 2012, Hudzinski (C-611/10)²⁸²; de 18 de abril de 2013, Mulders (C-548/11)²⁸³; Dumont de Chassart (C-619/11)²⁸⁴; 19 de septiembre de 2013, Brey (C-140/12)²⁸⁵; de 5 de junio de 2014, I (C-255/13)²⁸⁶; de 4 de junio de

274. Apartado 28.

275. Apartado 34.

276. Apartados 45 y 46.

277. Apartado 41.

278. Apartado 39.

279. Apartado 38.

280. Apartado 40.

281. Apartado 40.

282. Apartado 39.

283. Apartado 64.

284. Apartado 52 y jurisprudencia que cita en dicho apartado.

285. Apartado 38.

286. Las no contributivas, tienen «carácter mixto. Se caracterizan por estar relacionadas, por un lado, con la seguridad social, al reconocerse a quienes cumplen los requisitos para percibir la prestación de seguridad social a la que están vinculadas, y, por otro lado, con la asistencia social, puesto que no se basan en períodos de actividad o de cotización y pretenden atenuar una situación manifiesta de necesidad» [STJUE de 29 de abril de 2004, Skalka (C-160/02)]. Su función «es compensar la insuficiencia de los recursos económicos del interesado de modo que pueda alcanzar el nivel mínimo de ingresos garantizado por la Ley, cuando, por lo menos, resida en el territorio del Estado que concede la prestación» [STJUE de 22 de abril de 1993, Levatino (C 65/92)]; «es reconocer ingresos complementarios a los beneficiarios de prestaciones de seguridad social insuficientes, garantizando a quienes perciben ingresos totales por debajo del límite legal un mínimo de medios de vida. Puesto que pretende garantizar a los titulares de pensiones medios mínimos de subsistencia, la mencionada prestación tiene carácter de ayuda social. Dicha prestación se halla estrechamente relacionada con la situación económica y social del país de que se trate y su importe, fijado por la ley, tiene en cuenta el nivel de vida en dicho país. En consecuencia, su finalidad se vería frustrada si se concediera fuera del Estado de residencia» [STJUE de 29 de abril de 2004, Skalka (C-160/02)]. Por ello: 1) son inexportables, en especial, cuando estén «dirigidas a la cobertura de gastos estrechamente ligados al entorno social y, por consiguiente, a la residencia de los interesados» [SSTJUE de 27 de septiembre de 1988, Lenoir (C-313/86) y de 31 de mayo de 2001, Leclere y Deaconescu (C 43/99)]; 2) el reconocimiento del derecho a causarlas «está sujeto al requisito de la residencia» [STJUE de 5 de mayo de 1983Piscitello (C-139/82)]. Cumplen, pues, una doble función, «garantizar un mínimo de medios de vida a las personas que lo necesitan y, por otra parte, asegurar un complemento de ingresos a los beneficiarios de insuficientes prestaciones de seguridad social» [STJUE de 24 de febrero de 1987, Giletti (C- 379/85, 380/85)]. Su naturaleza jurídica puede devenir de

2015, Fischer-Lintjens (C- 543/13)²⁸⁷; y de 14 de junio de 2016, Comisión/Reino Unido (C-308/14)²⁸⁸, entre otras].

Se imponen «de manera imperativa a los Estados miembros». En su virtud, «no cabe admitir, con mayor motivo, que los asegurados sociales comprendidos en el ámbito de aplicación de esas normas puedan contrarrestar sus efectos al contar con la posibilidad de sustraerse a ellas» [SSTJUE de 9 de febrero de 2011 Van Delft (C-345/09)²⁸⁹ y de 4 de junio de 2015, Fischer-Lintjens (C-543/13)²⁹⁰].

Extraído los conceptos de trabajador y asegurado de la jurisprudencia del TJUE, se debería dar por concluido el presente trabajo sino fuera por la controversia suscitada (en especial por la Comisión) en torno al derecho a causar las prestaciones sociales que se está planteando, actualmente, en la Unión Europea que está llevando aparejado el que se considere (no así por el TJUE) que cualquier ciudadano de la Unión Europea, incluido, el que no ejerce actividad económica alguna, aunque no sea un asegurado social, está incluido en el campo de aplicación personal de los Reglamentos de Seguridad Social.

Estas prestaciones sociales, salvo mejor opinión fundada en Derecho, son: las prestaciones de los sistemas de seguridad social (contributivas y no contributivas) y las prestaciones de asistencia social. El tema está íntimamente vinculado a la naturaleza jurídica de las mismas y se plantea por las similitud entre las no contributivas²⁹¹ y

dos sentidos negativos: por un lado, no pueden ser prestaciones de seguridad social, a efectos del artículo 3.1 Reglamento 883/2004, «sólo pueden ser prestaciones concedidas con carácter supletorio, complementario o accesorio a las prestaciones de las ramas del seguro» [STJUE de 17 de diciembre de 1987, Zaoui (C-147/87) y de 11 de junio de 1991, Comisión/Francia (C 307/89)]; por otro, «tampoco pueden constituir simples prestaciones de asistencia social» a efectos del artículo 3.5 Reglamento [STJUE de 17 de diciembre de 1987, Zaoui (C-147/87)]. En su virtud, habrá que analizar cada prestación en concreto, de aquí su complejidad, puesto que la «respuesta a la pregunta de si existe una prestación especial dependerá, en primer lugar, de si la concesión de la prestación está vinculada a una prestación de seguridad social, lo cual la diferencia de una prestación de asistencia social. En segundo lugar, no podrá tratarse de una prestación de seguridad social, lo cual quedará excluido si reviste elementos de asistencia social» [STJUE de 29 de abril de 2004, Skalka (C-160/02), acogiendo las Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott].

287. Son «ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para subvenir a sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia» [SSTJUE de 11 de noviembre de 2014, Dano (C-333/13); de 15 de septiembre de 2015, Alimanovic (C-67/14)].

288. ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social*, decimoséptima edición, Civitas (2000), pág. 30.

289. Este es el criterio de nuestro Tribunal Constitucional, *vid*, entre otras, SSTC 76/1986, de 9 de junio (RTC 1986, 76); 146/1996, de 25 de noviembre; 13/1992, de 6 de febrero (RTC 1992, 13); y 239/2002, de 11 de noviembre.

290. Número 2009/2341 [C (2011) 8391 final]. ¿Es éste uno de los motivos por los que se habla de turismo sanitario?.

291. A cuyo tenor, «si la Comisión estimase que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto,

las asistenciales²⁹² (en ambas, ha de acreditarse los requisitos de residencia y carencia de ingresos, las dos se financian con cargo a fondos públicos y son inexportables) pero, a nuestro entender, hay un punto diferencial entre ellas, a saber, las asistenciales se han convertido en no contributivas cuando los Estados miembros las han incluido en sus sistemas de Seguridad Social, de tal manera que «la Seguridad Social acoge en su seno, cada vez con amplitud mayor, las viejas y no desaparecidas prestaciones de beneficencia pero elevándolas al plano de exigibilidad jurídica, eliminando su carácter graciable o discrecional»²⁹³, es decir, las *Poor Law*, propias de la beneficencia se han ido, se están, convirtiendo progresivamente en prestaciones de Seguridad Social (no contributivas). En su virtud, se mantiene que solo las asistenciales, convertidas en no contributivas por las legislaciones nacionales de los Estados miembros, son Seguridad Social; las que quedan *extramuros*, fuera de los sistemas de Seguridad Social²⁹⁴, mientras no sean integradas en ellos por los Estados (no por la Unión Europea que carece de competencia), siguen manteniendo el carácter asistencial y son concedidas por otras instituciones públicas de los Estados miembros que no son las propias de la Seguridad Social.

Ello lleva como consecuencia que las no contributivas estén expresamente contenidas en los Reglamentos 883/2004, siempre que figuren en el Anexo X al que se remite el artículo 70.2.c) Reglamento 883/2004, mientras que las asistenciales estén expresamente excluidas [artículo 3.5.a) Reglamento 883/2004], estando su regulación contenida en la Directiva 2004/38 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (en adelante Directiva 2004/38).

Pues bien, toda esta cuestión no está siendo pacífica y ha conllevado el que el TJUE se haya pronunciado en las sentencias de 19 de septiembre de 2013, Brey (C-140/112); de 11 de noviembre de 2014, Dano (C-333/13); de 15 de septiembre de 2015, Alimanovic (C-67/14); y de 16 de junio de 2016, Comisión/ Reino Unido (C-308/14). Ha llevado, incluso, a la Comisión a ejercitar el artículo 258 TFUE (contra España) y a interponer un recurso por incumplimiento (contra el Reino Unido), lo que nos lleva al siguiente epígrafe, atendiendo, en especial, a la controversia suscitada por la Comisión.

después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviera a dicho dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

292. A cuyo tenor, «el presente Reglamento no se aplicará a la asistencia social y sanitaria».

293. Esta problemática está analizada en ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, Aranzadi (2016), págs. 181-232.

294. de 12 de junio de 2009 relativa al establecimiento de un procedimiento de diálogo y conciliación sobre la de los documentos, la determinación de la legislación aplicable y el abono de prestaciones de acuerdo con el Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

III. EL CONCEPTO DE CIUDADANO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO SOCIAL: LA CONTROVERSI A SUSCITADA POR LA COMISIÓN

De la jurisprudencia mencionada en el epígrafe anterior se desprende que la afiliación no va a ser el (único) criterio determinante de su inclusión en el campo de aplicación personal del Reglamento 883/2004, en su virtud, se ha deslaboralizado su aplicación y adoptado el concepto de asegurado social. Ahora bien, una cosa es esto y otra (muy distinta) lo que pretende la Comisión, a saber, que el Reglamento 883/2004 se aplique a los ciudadanos que no ejercen una actividad económica alguna por el hecho de ser ciudadanos de la Unión Europea y residir en un Estado miembro de acogida.

Esta controversia se plasma en su intención (e imposición a los Estados miembros) de reconocer a ciudadanos inactivos (no son trabajadores, no son asegurados sociales), residentes en un Estado de acogida, la condición de asegurado social con derecho a prestaciones no contempladas en el campo de aplicación material de los Reglamentos de Seguridad Social [prestación no contributiva, artículo 70.2.c) en relación con el Anexo X Reglamento 883/2004, STJUE de 16 de junio de 2016, Comisión/ Reino Unido (C-308/14)], incluso, expresamente excluidas [las prestaciones sanitarias universales, artículo 3.5.a) Reglamento 883/2004], cuando los Estados de donde son nacionales, los competentes en aplicación de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, les deniegan la condición de asegurado y, por ello, no les expide los certificados de legislación aplicable pertinentes, el S1 y la tarjeta Sanitaria Europea (en adelante TSE).

Muestra de ello es su Dictamen motivado de la Comisión²⁹⁵, emitido contra el Reino de España en aplicación del artículo 258 TFUE²⁹⁶, en virtud del cual:

A) Obligó a las Comunidades Autónomas (dos de ellas, Andalucía y Valencia) a expedir la TSE a los ciudadanos de la Unión Europea residentes en ellas, que no ejercen ninguna actividad económica alguna, imponiéndolas la obligación de reembolsar los gastos de la asistencia sanitaria dispensada por la «institución del lugar de estancia» [artículo 1.r) Reglamento 883/2004], convirtiéndolas en «instituciones competentes» [artículo 1.q) Reglamento 883/2004] a los efectos de los Reglamentos de Seguridad Social.

B) Universalizó el derecho a las prestaciones sanitarias universales, expresamente excluidas por el artículo 3.5.a) Reglamento 883/2004²⁹⁷ –declarándolas, además, contributivas–, no solo en España sino en todo el territorio de la Unión Europea puesto que con dicha TSE el ciudadano de la Unión Europea, que no ejerce ninguna actividad económica alguna, puede exportar el derecho a dicha prestación y disfrutar de ella en cualquier territorio de un Estado miembro cuando se halle en situación de estancia²⁹⁸.

295. GARCÍA VIÑA, J., *Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril*, Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos Sociales núm.64 (2006), pág. 68.

296. Apartado 43.

297. Apartado 75.

298. Apartado 35.

De esta forma, a nuestro entender y con el debido respeto, la Comisión quebró los principios y la esencia de los Reglamentos de Seguridad Social, del Derecho Internacional de la Seguridad Social, en general.

En primer lugar, porque cualquier país de la Unión Europea, en este caso España, como Estado de acogida, no es competente para expedir un certificado de legislación aplicable (en el caso que nos ocupa, la TSE) a una persona que no ejerce actividad económica alguna por el hecho de residir en él puesto que *el Estado de aseguramiento competente es su país de origen* (de donde es nacional) y, precisamente, este Estado no procede a su expedición porque este ciudadano carece de la condición de asegurado; *es la institución del Estado de aseguramiento, no del de acogida*, la que ha de valorar si procede expedir el S1 en los supuestos de residencia (artículo 24 Reglamento 987/2009); la que tiene que comprobar si procede emitir la TSE en los casos de estancia (artículo 25 Reglamento 987/2009).

Además, rompiendo más con las normas establecidas en los Reglamentos de Seguridad Social, convierte en instituciones competentes [artículo 1.q) Reglamento 883/2004], a los efectos de expedición de los certificados de legislación aplicable, no a la institución de un Estado sino a las instituciones de los entes territoriales que componen un Estado (en el caso que nos ocupa, las comunidades autónomas, y no al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la verdadera «institución competente» a los efectos del Reglamento 883/2004). De esta forma, la Comisión convierte a entes territoriales que componen un Estado (podría tratarse de un land, un cantón, una región, un ayuntamiento, etc.) en soberanos para expedir los certificados de legislación aplicable contraviniendo, no ya el Derecho de la Unión Europea, sino el Derecho Internacional de la Seguridad Social porque, con tal expedición, se reconoce el derecho a exportar una prestación. Una cosa es reconocer un derecho, otra (muy distinta), reconocido, quién haya de prestar u otorgar la prestación de que se trate. A partir de estas consideraciones de la Comisión, ¿van a ser las instituciones de estos entes territoriales las que se puedan relacionar con las de los Estados miembros e, incluso, acudir a la Comisión Administrativa utilizando el procedimiento de diálogo y conciliación diseñado por la Decisión A1²⁹⁹, cuando exista controversia sobre la validez de los certificados de legislación aplicable?.

En segunda lugar, porque basa su argumentación en una norma de conflicto de los Reglamentos de Seguridad Social [el artículo 11.3.e)] y, como se ha dicho, éste tiene la peculiaridad de que son de coordinación de sistemas: no designan qué ley es la aplicable sino qué sistema de Seguridad Social es el aplicable, dejando intacta la competencia de los Estados miembros y su legislación sustantiva/material sobre quién es persona asegurada puesto que «cada ordenamiento nacional sigue siendo el único competente para especificar el camino a cuyo través se accede al correspondiente Sistema de Seguridad Social»³⁰⁰.

En palabras del TJUE, los Estados miembros «conservan su competencia para organizar sus sistemas de seguridad social» [SSTJUE de 1 de abril de 2008, Gouverne-

299. Apartado 10.

300. Apartado 33.

ment de la Communauté française y gouvernement wallon (C-212/06)³⁰¹; de 21 de julio de 2011, Stewart (C-503/09)³⁰²; y de 21 de febrero de 2013, Salgado González (C-282/11)³⁰³. El objetivo de las normas de conflicto del Título II Reglamentos 83/2004 y 987/2009, «no es determinar los requisitos para que exista el derecho o la obligación de afiliarse a un régimen de seguridad social o a una u otra rama de dicho régimen... (sino que) corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar estos requisitos» [SSTJUE de 23 de septiembre de 1982, Koks (C-275/81)³⁰⁴; de 7 de julio de 2005, Van Pommeren-Bourgon diën (C-227/03)³⁰⁵ y de 17 de enero de 2012, Salemink (C-347/10)³⁰⁶]. Tampoco tienen por objeto «determinar los requisitos materiales (de fondo), para que exista el derecho a las prestaciones de seguridad social», «para la concesión de las prestaciones de un régimen de seguridad social», puesto que la competencia está atribuida, igualmente, «a la legislación de cada Estado miembro» [SSTJUE de 16 de julio de 2009, Von Chamier-Glisczinski (C-208/07)³⁰⁷; de 9 de febrero de 2011, Van Delft (C-345/09)³⁰⁸; de 30 de junio de 2011, Da Silva Martins (C-388/09)³⁰⁹; de 7 de junio de 2012, Bakker (C-106/11)³¹⁰; de 21 de febrero de 2013, Dumont de Chassart (C-619/11)³¹¹; de 19 de septiembre de 2013, Brey (C-140/12)³¹²; de 11 de noviembre de 2014, Dano (C-333/13)³¹³; y de 16 de junio de 2016, Comisión/Reino Unido (C-308/14)³¹⁴]; «a falta de una armonización en el ámbito de la Unión, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar, entre otros aspectos, los requisitos que confieren derecho a las prestaciones» [SSTJUE de 21 de julio de 2011, Stewart (C-503/09)³¹⁵ y de 21 de febrero de 2013, Salgado González (C-282/11)³¹⁶]. Ciertamente es que, «en el ejercicio de dicha competencia los Estados miembros deberán respetar el Derecho de la Unión y, en concreto, las disposiciones del Tratado FUE sobre la libertad, que se reconoce a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de los Estados miembros» [SSTJUE de 21 de julio de 2011, Stewart (C-503/09)³¹⁷ y de 21 de febrero de 2013, Salgado González (C-282/11)³¹⁸]; mismo sentido SSTJUE de

301. Apartado 38.

302. Apartado 84.

303. Apartado 99.

304. Apartado 71.

305. Apartado 32.

306. Apartado 39.

307. Apartado 41.

308. Apartado 89.

309. Apartado 65.

310. Apartado 76.

311. Apartado 36.

312. Apartado 77.

313. Apartado 37.

314. Apartado 31.

315. Apartado 40.

316. Apartado 21.

317. Apartado 50.

318. Apartado 32.

4 de diciembre de 2003, Kristiansen (C-92/02)³¹⁹; de 5 de octubre de 2010, Elchinov (C-173/09)³²⁰; y de 4 de febrero de 2015, Melchior (C-647/13)³²¹].

A nuestro entender, ello supone que se tenga que respetar: 1) El Derecho de la Unión, es decir, el Reglamento 883/2004 que supedita su aplicación a que un ciudadano tenga la condición de asegurado, mediante un seguro obligatorio o facultativo, en el marco de un régimen general o especial de Seguridad Social; es entonces cuando, reconocida esta condición por un acto administrativo dictado por una Administración Pública (la de la Seguridad Social del Estado miembro), no puede verse privada dentro de la Unión Europea de la protección dispensada por la Seguridad Social. Y, estos ciudadanos, que no ejercen actividad económica, no son asegurados sociales a los efectos del Reglamento 883/2004 porque, una cosa es que se haya deslaboralizado este concepto y otra (muy distinta) que todos los ciudadanos de la Unión Europea, por el hecho de residir en un Estado miembro de acogida, estén dentro de su campo de aplicación personal. 2) La legislación de los Estados miembros puesto que son ellos los competentes para establecer cuáles son los requisitos sustantivos/materiales para adquirir la condición de asegurado así como para constatar el cumplimiento individualizado de estos requisitos, tanto de los generales, como los especiales o particulares de cada prestación, ya contributiva ya no contributiva, en base a los cuales se emite la resolución administrativa pertinente.

Y, respetando el Derecho de la Unión Europea y la legislación de los Estados miembros, estos ciudadanos de la Unión Europea que no ejercen actividad económica, que no son beneficiarios de prestación alguna de seguridad social, y circulan libremente por la Unión Europea, no están dentro del campo de aplicación personal de los Reglamentos de Seguridad Social puesto que no son trabajadores afiliados ni asegurados sociales, son (solo) ciudadanos de la Unión Europea residentes en un Estado de acogida. Y si son «simplemente» residentes, la norma a aplicar no es el Reglamento 883/2004 sino la Directiva 2004/38. Y, el Reglamento 883/2004 «tiene objetivos diferentes a los perseguidos» por la Directiva 2004/38 [STJUE de 19 de septiembre de 2013, Brey (C-140/12)³²²]. Las disposiciones del Reglamento 883/2004 «pretenden alcanzar el objetivo definido en el artículo 48 TFUE impidiendo los efectos negativos que el ejercicio del derecho a la libre circulación de los *trabajadores* pudiera tener sobre el disfrute, por los trabajadores y los miembros de su familia, de las prestaciones de seguridad social» [STJUE de 3 de abril de 2008, Chuck (C-331/06)³²³]. En cambio, la Directiva 2004/38, «pretende facilitar y reforzar el ejercicio del derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros que el Tratado confiere directamente a los *ciudadanos* de la Unión» [STJUE de 25 de julio de 2008 Metock y otros (C-127/08)³²⁴; de 7 de octubre de 2010, Lassal (C-162/09)³²⁵; y de 5 de mayo de 2011, McCarthy

319. Apartados 59 y 82.

320. Apartado 40.

321. Apartado 28.

322. Apartado 44.

323. Apartado 56.

324. Apartado 61.

325. Apartado 63.

(C-434/09)³²⁶]. Además, la residencia contemplada en la Directiva 2004/38, ha de ser legal (y no de hecho como presupone la Comisión) y, como declara el TJUE, «la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida justifica en principio la posibilidad de comprobar la regularidad de la residencia en el momento del reconocimiento de una prestación social, especialmente en el caso de las personas procedentes de otros Estados miembros y que no ejercen actividades económicas, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado» [SSTJUE de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk (C-184/99)³²⁷; de 15 de marzo de 2005, Bidar (C-209/03)³²⁸, de 19 de septiembre de 2013, Brey (C-140/112; de 11 de noviembre de 2014, Dano (C-333/13); de 16 de junio de 2016, Comisión/Reino Unido (C-308/14)].

En su virtud, sin que se deba caer demagogias ni extremismos, se considera que si de verdad queremos construir un Derecho Social, y no meramente económico, en la Unión Europea, una protección social del ciudadano y no solo del afiliado/asegurado, ineludiblemente tal construcción, ciertamente, pasa porque los ciudadanos de la Unión Europea tengan garantizados los principios de igualdad y libre circulación de personas y trabajadores, que sean reales y efectivos, pero esta construcción pasa también por el cumplimiento y aplicación del Derecho (de la Unión y de los Estados) y por una interpretación correcta de su legislación y sus principios, cosa que, con el debido respeto, no ha hecho la Comisión. Si de verdad quiere garantizar a los ciudadanos de la Unión Europea «medios de subsistencia necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana», la razón de ser de las prestaciones asistenciales, ya sean asistencia social ya prestaciones especiales en metálico no contributivas no incluidas en el artículo Anexo X del Reglamento 883/2004, o la Unión Europea arbitra fondos al respecto (a través, por ejemplo, del Fondo Social Europeo) o se tienen que establecer mecanismos de compensación de gastos entre los Estados de origen y de acogida, porque el verdadero *quid* de la cuestión es quién haya de sufragarlas. Mantener como parece mantener la Comisión, que sean a cargo (exclusivamente) de los Estados de acogida en donde residen estos ciudadanos, es una derivada más que peligrosa que está teniendo un impacto, ya no meramente económico, sino político y social en los Estados miembros. Dejemos tranquila la Seguridad Social que bastante tiene con sobrevivir.

A modo de resumen, las conclusiones que se efectúan de la jurisprudencia analizada son que el concepto de trabajador no es unívoco pero sí uniforme en el ámbito de la Unión Europea, uniformidad que se está logrando por la interpretación que, de las distintas Directivas dictadas sobre Derecho de Trabajo, está elaborando el TJUE de cuyas sentencias se desprende los rasgos definitorios de las relaciones laborales a las que se aplica el Derecho Social Comunitario, es decir, su ámbito subjetivo; que el de los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, reposa sobre el con-

326. Apartado 80.

327. STJUE, de 15 de septiembre de 2015, Alimanovic (C-67/14).

328. Vid Informe de la Comisión, *The 2015 Pension Adequacy Report: current and future income adequacy in old age in the EU*, de 5 octubre de 2015.

cepto de asegurado, condición que ha de ser reconocida por las instituciones públicas competentes de los Estados miembros (las de Seguridad Social), aplicando su legislación nacional, sin que se haga depender del ejercicio de una actividad profesional (se ha deslaboralizado), de tal manera que ya se trate de un trabajador (afiliado) ya de un beneficiario de la prestación de la Seguridad Social, contributiva o no contributiva (asegurado), esa persona está incluido en su campo de aplicación y genera el derecho a las prestaciones que constituyen su campo material u objetivo.

Estos conceptos de trabajador y asegurado social no deben confundirse ni coinciden con el de ciudadano de la Unión Europea, puesto que tal condición no supone la inclusión en el campo de aplicación personal de los Reglamentos de Seguridad Social. A estos ciudadanos (no afiliados/no asegurados), que no ejercen actividad económica y residen en los Estados de acogida, no les es de aplicación el Reglamento 883/2004 sino la Directiva 2004/38.