

DERECHO DE LOS CIUDADANOS EXTRACOMUNITARIOS Y COMUNITARIOS A PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

THE RIGHT OF NON-EU AND EU CITIZENS TO SOCIAL SECURITY BENEFITS AND THE SCOPE OF THE PRINCIPLE OF EQUAL TREATMENT IN RECENT CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE*

Dolores Carrascosa Bermejo**

Universidad Pontificia de Comillas

SUMARIO: –1. Introducción. –2. Derechos de los ciudadanos extracomunitarios en un Estado miembro e igualdad de trato; 2.1. Indexación de pensión de viudedad holandesa exportada a Argelia; 2.1.1 Diferencias con la indexación de prestaciones familiares exportadas a otro Estado miembro; 2.2. Prestaciones familiares y entrada irregular de menores en Francia. –3. Derechos de los ciudadanos comunitarios en el mercado único e igualdad de trato; 3.1. Incapacidad permanente alemana y cotizaciones ficticias por cuidado de hijos; 3.2. Prestaciones durante la excedencia por cuidado de un familiar en el Estado de origen de un migrante; 3.3. Acumulación de prestaciones familiares y prioridad en su reconocimiento entre las instituciones nacionales involucradas; 3.4. Prestaciones familiares luxemburguesas y trabajadores fronterizos (acogimiento de un menor). –4. Algunas conclusiones. –5. Bibliografía citada.

RESUMEN

Este artículo analiza críticamente la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de derecho a prestaciones de Seguridad Social (en concreto, seis sentencias sobre cuestiones prejudiciales interpretativas dictadas en el período 2024/2025). Por un lado, muestra los derechos de los ciudadanos nacionales de terceros Estados en el marco de legislaciones nacionales que no ofrecen la igualdad de trato con sus nacionales. Abordando, tanto su derecho a exportar prestaciones de viudedad a un tercer Estado y su posible indexación o el alcance de la igualdad de trato en materia de Seguridad Social prevista en la Directiva de permiso único. Por otro lado, se analiza el derecho a la igualdad de trato en el marco de la legislación aplicable de los propios ciudadanos comunitarios migrantes o fronterizos. Así, se muestra la posible aplicación simultánea de la siguiente normativa con ámbitos subjetivos de aplicación diversa: los Reglamentos de coordinación y las normas sobre libre circulación que consideran determinadas prestaciones como ventajas sociales. También se muestra la necesidad de que las Administraciones nacionales se comuniquen, pues la unilateralidad no es posible en el marco de los Reglamentos de

* Esta publicación es parte del proyecto I+D+I PID2021-122254OB-100 «La incidencia del Derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales», financiado por el MCIN y FEDER Una manera de hacer Europa. Recibido el 23 de junio de 2025. Aprobado el 14 de julio de 2025.

** Prof. Dra. de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Experta Nacional y Analítica de la Red MoveS II de la Comisión Europea. Investigadora en el Proyecto Posting Stat 2.0 coordinado por la Universidad HIVA-KU Leuven

coordinación cuya virtualidad es limitada. Finalmente, se recomienda la monitorización constante del cumplimiento de la normativa comunitaria de la Comisión Europea que deberá promover recursos de incumplimiento ante prácticas nacionales ilegales reiteradas.

ABSTRACT

This article provides a critical analysis of recent case law from the Court of Justice regarding the right to social security benefits, specifically six preliminary rulings on questions of interpretation issued between 2024 and 2025. It highlights the rights of third-country nationals under national legislation that does not offer them equal treatment with nationals. It addresses their right to export widow's benefits to a third country, as well as the possible indexation or scope of equal treatment in social security matters as set out in the Single Permit Directive. Secondly, it analyses the right to equal treatment within the framework of applicable legislation for migrant and border Community citizens. Thus, it demonstrates how the following regulations with different subjective scopes of application can be applied simultaneously: the coordination regulations and the rules on free movement that consider certain benefits to be social advantages. The article also emphasizes the importance of communication between national administrations, as unilateral action is not feasible within the scope of the coordination Regulations. Finally, it recommends that the European Commission constantly monitors compliance with EU legislation and, of course, brings enforcement proceedings before the ECJ against repeated illegal national practices.

Palabras clave: ciudadanos extracomunitarios; ciudadanos comunitarios; igualdad de trato; indexación de prestaciones; Directiva de permiso único; exportación; prestaciones familiares; entrada irregular de menores; mercado único; libre circulación; normativa de coordinación; incapacidad permanente; períodos ficticios; cuidado de hijos; excedencia por cuidado de un familiar; prestaciones de dependencia; migrante; fronterizo; Reglamentos de coordinación CE/883/2004 y CE/987/2009; Reglamento CE/1492/2011; acumulación de prestaciones.

Key words: non-EU citizens; EU citizens; equal treatment; indexation of benefits; export; family benefits; single permit Directive; irregular entry of minors; single market; free movement; coordination rules; permanent incapacity; fictitious periods; childcare; leave to care for a family member; dependency benefits; migrant; border resident; Coordination Regulations EC/883/2004 and EC/987/2009; Regulation EC/1492/2011; accumulation of benefits.

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo se recoge buena parte de mi ponencia presentada en las X Jornadas de Derecho Social Europeo, en la Universidad de Santiago de Compostela el 31 de enero de 2025 organizadas por organizadas por la AEDTSS, AEDEUR y ASNALA. Asociaciones a las que reitero mi agradecimiento por su invitación. En esa ponencia analizaba algunos aspectos de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dictada en 2024 y principios de 2025. En concreto, en este artículo voy a analizar la doctrina vertida en seis sentencias, resolviendo cuestiones prejudiciales interpretativas en materia de derechos de Seguridad Social planteadas por tribunales de los Estados miembros fundadores de la CEE, salvo Austria, con economías que podríamos calificar desarrolladas (Países Bajos, Francia, Alemania, Austria y Luxemburgo). Respecto de todas las sentencias se realiza una presentación del litigio de origen, antes de mostrar de forma crítica la doctrina sentada por el Tribunal, conectando su análisis con pronunciamientos previos o incluso pleitos pendientes ante el propio Tribunal. Los datos de estas seis sentencias se recogen en esta introducción en un cuadro omnicompreensivo que, al igual que la propia exposición, se articula en dos bloques diferenciados por su temática y normativa analizada.

En el primer bloque analizo la doctrina vertida en dos pronunciamientos del Tribunal de Justicia relativos a reclamaciones por parte de ciudadanos extracomunitarios respecto del

derecho a ciertas prestaciones de Seguridad Social frente a las instituciones de Países Bajos y Francia. Se trata de supuestos en los que no concurre movilidad intracomunitaria, donde solo un sistema nacional de Seguridad Social está involucrado y se interpreta la Directiva sobre el permiso único y el Acuerdo Euromediterráneo CE/Argelia. En estos supuestos no resultan aplicables los vigentes Reglamentos comunitarios de coordinación¹, al amparo del Reglamento CE/1231/2010² que extiende indirectamente el ámbito subjetivo de los tuitivos Reglamentos de coordinación a los ciudadanos extracomunitarios residentes legales en un Estado miembro y en situación de transnacionalidad intracomunitaria que no concurre.³ Las sentencias de este primer bloque, por tanto, interpretan otra normativa de la UE, que no siempre es garante de los derechos de estos ciudadanos extracomunitarios frente a Estados reticentes a tratarles de igual manera que a sus propios nacionales, incluso cuando prestan servicios de forma regular en su territorio. Soy consciente de que la repercusión de estos pronunciamientos en España, considerando la legislación interna vigente, es poco relevante. En efecto, esta establece con claridad la igualdad de trato de los extranjeros en situación administrativa regular con un ciudadano español, ofreciendo cierta cobertura incluso cuando la situación es irregular.⁴ A pesar de ello, creo que es interesante conocer los límites que, en ocasiones, pueda suponer el Derecho de la UE frente a políticas nacionales restrictivas de derechos de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros, que abanderan actualmente algunos Estados de la UE, más allá de lo establecido en la normativa nacional.

En el segundo bloque se analizan los derechos a prestaciones en el marco de la normativa sobre coordinación de la Seguridad Social y la específica sobre libre circulación y ventajas sociales. En un segundo bloque, algo más extenso, se analizan pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre la Seguridad Social de ciudadanos comunitarios en el marco de su derecho a la libre circulación, aunque también podría conectar con supuestos de desplazamientos asociados a la libre prestación de servicios empresarial. Los litigios de origen asociados a la libre circulación de trabajadores muestran que algunos Estados miembros cuestionan la igualdad de trato de estos migrantes comunitarios y otorgan un tratamiento peyorativo en comparación con el que otorgarían a sus propios nacionales a la hora del reconocimiento y determinación del monto de ciertas prestaciones de Seguridad Social. En estos casos, como se verá, el Tribunal de Justicia tratará de proteger sus derechos de forma decidida no solo al amparo de los Reglamentos comunitarios de coordinación de la Seguridad Social ya mencionados, sino también de la propia normativa confluyente sobre el derecho a la libre circulación y a las ventajas sociales asociadas, inaplicable a los ciudadanos extracomunitarios, salvo como derecho derivado de su condición de familiares de los titulares de este. En efecto, aunque las sentencias se refieren a trabajadores migrantes comunitarios conviene considerar que los problemas transnacionales de este bloque también podrían afectar a nacionales de terceros Estados que, aunque carecen del derecho a la libre circulación, tienen una importante

¹ El Reglamento de base CE/883/2004 y el Reglamento de desarrollo CE/987/2009. Una visión general de esta normativa en CARRASCOSA BERMEJO, D. «Capítulo XVII. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social en la Unión Europea (Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009)» /en/ VV.AA. CASAS BAAMONDE, M.ª E. *et alii* (DIR). *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, pp. 737-782. BOE (FIDE, ASNALA y FORELAB). Madrid 2023 ISBN: 978-84-340-2919-4, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DT-2023-284

² Reglamento CE/1231/2010. Previamente ver sobre la implantación del Reglamento CE/859/2003 que permitió, por primera vez, la aplicación de estos instrumentos de coordinación la aplicación de estos instrumentos de coordinación a ciudadanos extracomunitarios (más allá de refugiados, apátridas y familiares o supérstites respecto de sus derechos derivados). CARRASCOSA BERMEJO, D. *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*. Consejo Económico y Social. Col Estudios. 2004, pp. 65 a 71.

³ Estos Reglamentos de coordinación, que sí incluyen directamente en su ámbito subjetivo de aplicación a refugiados y apátridas, entre otras cuestiones, garantizan la igualdad de trato con los nacionales del Estado cuya legislación nacional de Seguridad Social fuera aplicable.

⁴ Ver Ley orgánica de extranjería LO 4/2000 art. 2bis.2 i), 10 y 14.1 y especialmente, respecto de los extranjeros en situación administrativa irregular, art. 36.5

movilidad en el mercado único y pueden estar en estas situaciones de transnacionalidad. Como se ha señalado, este colectivo, cuando sea residente legal en un Estado miembro, está protegido por los Reglamentos de coordinación, actualmente conforme al Reglamento CE/1231/2010 que se puede entender que extiende indirectamente el ámbito subjetivo de los vigentes Reglamentos de coordinación a dichos ciudadanos extracomunitarios. Imponiendo en el marco aplicativo de la legislación de Seguridad Social de un Estado miembro, la igualdad de trato con los nacionales de tal Estado (Reglamento CE/883/2004 art. 4).

De las sentencias del cuadro solo conviene destacar que solo dos de ellas, las sombreadas, fueron precedidas de Conclusiones del Abogado General. Se echan en falta, pues la complejidad de las cuestiones analizadas no es desdeñable.

Cuadro 1. *Sentencias analizadas*

BLOQUE1		
Derechos de los nacionales de terceros Estados en un Estado miembro de la UE		
Fecha de la sentencia del TJUE, Sala, fecha y ECLI	Asunto	Nacionalidad del órgano jurisdiccional remitente y tema
29-2-2024, (Sala 2. ^a), ECLI:EU:C:2024:184.	C-549/22	Países Bajos. Prestaciones de supervivencia. (Acuerdo cooperación EU-Argelia).
19-12-2024, (Sala 5. ^a), ECLI:EU:C:2024:1046	TX C-664/23	Francia. Prestaciones familiares considerando menores que entraron en Francia de forma irregular (Directiva de permiso único)
BLOQUE 2		
Movilidad intracomunitaria y Reglamentos de coordinación		
Fecha de la sentencia del TJUE, Sala, fecha y ECLI	Asunto	Nacionalidad del órgano jurisdiccional remitente y tema
22-2-2024, (Sala 2. ^a), ECLI:EU:C:2024:144	C-283/21	Alemania. Incapacidad permanente y cómputo de períodos ficticios por cuidado de hijos en otro Estado miembro
11-4-2024, (Sala 7. ^a), ECLI:EU:C:2024:292.	C-116/23	Austria. Prestaciones por enfermedad por cuidado de familiares perceptores de prestaciones de dependencia
25-4-2024, (Sala 7. ^a), ECLI:EU:C:2024:355	C-36/23	Alemania. Acumulación de prestaciones familiares.
16-5-2024, (Sala 3. ^a), ECLI:EU:C:2024:404	Hocinx C-27/23	Luxemburgo. Prestaciones familiares a favor de trabajador fronterizo por acogimiento de un menor en Bélgica (Estado de residencia)

(*) Realización propia. Las dos únicas sentencias con Conclusiones del Abogado General están sombreadas

Como queda patente en el cuadro, no se abordan en este artículo, por las limitaciones de su propia extensión, las reflexiones realizadas en mi ponencia de Santiago de Compostela sobre dos sentencias conectadas con el Título II del Reglamento de coordinación de base, sobre determinación de la legislación nacional aplicable. En efecto, en esa ponencia abordé, por un lado, la sentencia del Tribunal de Justicia de 23-1-2025, (Sala 7.^a), asunto EX C-421/23,⁵ fruto de una cuestión prejudicial belga. Sentencia que reivindica el valor de la obligación de dialogo y conciliación entre las instituciones de Seguridad Social involucradas en un presunto caso de desplazamiento (ex Reglamento CE/883/2004 art. 12), incluso en supuestos en los que se acredita que los documentos portátiles A1 aportados por la empresa falsos. Sobre esa sentencia

⁵ ECLI:EU:C:2025:36.

escribí un Brief para la AEDTSS, al que remito,⁶ junto a otros trabajos, pues el desplazamiento de trabajadores una de mis principales líneas de investigación que he analizado desde muy diferentes puntos de vista.⁷ Por otro lado, queda en el tintero, la sentencia de la Sala 7ª del Tribunal de Justicia de 26-9-2024, asunto C-329/23⁸ sobre la legislación aplicable a un médico austriaco que trabaja por cuenta propia, «simultáneamente» en Austria, pero también principalmente en Liechtenstein y además, más tardíamente, en Suiza. En este caso algo «exótico» para España, se clarifica cuál ha de ser la legislación nacional aplicable, en un determinado período, y la virtualidad de la norma de conflicto «multiestado» (Reglamento CE/883/2004 art. 13) en el marco de los Acuerdos internacionales firmados, por la ahora UE, con terceros Estados que también se benefician de la libre circulación. El Tribunal apuesta por la aplicación separada de esta norma de conflicto en el marco del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, firmado con Noruega, Islandia y Liechtenstein y en el Acuerdo sobre libre circulación de personas firmado por la UE con Suiza. La solución resulta desalentadora, principalmente porque no garantiza la unicidad de la legislación aplicable y no muestra el verdadero reparto de la actividad profesional del migrante.

2. DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRACOMUNITARIOS EN UN ESTADO MIEMBRO E IGUALDAD DE TRATO

En este apartado se analizan dos sentencias: la primera permite reflexionar sobre la indexación de una prestación de viudedad reconocida en Países Bajos siendo el causante un trabajador argelino, que es exportada a Argelia, donde reside su cónyuge supérstite. Se dedica un epígrafe específico a distinguir la doctrina vertida en esta sentencia de otros pronunciamientos relativos a la indexación de prestaciones familiares exportadas, en ese caso, en el marco de la UE y fundamentadas en otra normativa comunitaria bien diferente. La segunda sentencia versa sobre el derecho a prestaciones familiares en Francia de nacionales de terceros Estados, en situación administrativa regular y la conformidad con el Derecho de la UE del requisito establecido en la norma nacional que exige que los hijos en los que se fundamenta la petición hubieran entrado de forma regular en ese Estado vía reagrupamiento.

Ambas sentencias nos invitan a reflexionar sobre cómo queremos tratar a los nacionales de terceros Estados que vienen a la UE a trabajar, a cubrir vacantes que los ciudadanos comunitarios a veces no desean cubrir. Se trata de decidir, si queremos una mera emigración circular,⁹ esto es, que vengan, hagan el trabajo y retornen con derechos mínimos, o si queremos darles derechos, promover la igualdad de trato, construyendo un entorno seguro migratorio, o si la opción es tratarlos como ciudadanos de segunda, con menos derechos, tal y como sucedía con los propios españoles antes de ingresar en la entonces Comunidad Económica Europea.

⁶ CARRASCOSA BERMEJO, D. «Desplazamiento de trabajadores en la UE y documentos portátiles A1 falsos: el valor del diálogo y la cooperación frente a la unilateralidad. A propósito de la sentencia del TJUE 23-1-2025, EX C-421/23», *Los Brief de la AEDTSS*, n.º 7/2025. https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2025/02/7_Dolores-Carrascosa-STJUE-A1.pdf

⁷ CARRASCOSA BERMEJO, D. «Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas», *Revista del Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social* n.º 142/2019, p. 37–70. <https://libreriavirtual.trabajo.gob.es/libreriavirtual/descargaGratuita/W0141942>

CARRASCOSA BERMEJO, D. Y CONTRERAS HERNÁNDEZ, O. «Desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde y hacia España. Hechos y cifras, Lovaina: Proyecto POSTING.STAT VS/2020/0499». 2022, p.111, <https://zenodo.org/record/6543222#.Y0xs4XZBw2x> y CARRASCOSA BERMEJO, D., MOLINA MILLÁN, J. (2023) «The binding nature of posting PDA1 issued under EU social security Coordination Regulations and the possible role of national courts», *ERA Forum* 24, 69–103. <https://doi.org/10.1007/s12027-023-00749-6>

⁸ ECLI:EU:C:2024:802

⁹ Me refiero al modelo de los trabajadores temporeros establecido en la Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros.

2.1. Indexación de pensión de viudedad holandesa exportada a Argelia

Sobre esta misma materia, los derechos de seguridad social de los extracomunitarios en el marco de una legislación nacional, esta vez cunado residen en un tercer Estado y pretenden su exportación, trata este segundo pronunciamiento del TJUE (Tribunal de Justicia (Sala 2ª) de 29-2-2024, sobre el asunto C-549/22, planteada por un tribunal de los Países Bajos).¹⁰ Este asunto tuvo Conclusiones del Abogado General con las que se alinea la sentencia del Tribunal.¹¹

El pleito de origen se refiere a la reclamación de una nacional argelina, residente en ese país, cuyo cónyuge trabajó y estuvo asegurado en Países Bajos. Esta señora recibió una pensión de supervivencia desde 1999 hasta 2012 que, aunque derivaba de las cotizaciones del causante, su monto no se asociaba al salario que percibía, si no, de forma uniforme, al salario mínimo holandés. Su percepción se suspendió debido a unos cambios normativos, pero fue reestablecida desde 2018 con efectos retroactivos. No obstante, desde el 1-1-2013, en virtud de una nueva normativa las autoridades holandesas comenzaron a aplicar el denominado «principio del Estado de residencia» para prestaciones vinculadas al salario mínimo holandés, cuya exportación puede estar asociada a una reducción de su importe considerando el coste de vida inferior en el Estado de destino en relación con el de Países Bajos, como sucedía en el caso de Argelia. De esta forma, la viuda percibió a partir de 2013 sus prestaciones indexadas a un 60 %, reduciéndose a un 40 % a partir de 2016 a las que la viuda se opuso. Un tribunal holandés, que entendía del pleito en vía de recurso,¹² planteó una cuestión prejudicial interpretativa sobre la norma en que se fundamentaba la exportación de la pensión. En concreto, el artículo 68 del Acuerdo Euro-mediterráneo de Asociación firmado entre la CE y Argelia que sustituyó al firmado previamente por este mismo tercer Estado con la entonces CEE.¹³ En dicho artículo, tras reconocerse la igualdad de trato en su apartado primero,¹⁴ se establece, en su apartado cuarto que: «Estos trabajadores se beneficiarán de la libre transferencia hacia Argelia, a los tipos aplicados en virtud de la legislación del Estado miembro o los Estados miembros [los Estados deudores], de las pensiones y rentas de vejez, supervivencia y accidente de trabajo o enfermedad profesional, así como de invalidez en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, con excepción de las prestaciones especiales de carácter no contributivo.» En concreto, se trataba de dilucidar, si la viuda estaba cubierta por el Acuerdo, si el art. 68.4 tenía efecto directo (era *self-executing*), pues no se había llegado a materializar el desarrollo normativo previsto en el propio art. 70 del Acuerdo. El fondo de la cuestión era dilucidar si ese artículo 68.4 podría fundamentar la oposición de la demandante a la indexación de la cuantía de la prestación de supervivencia, propugnada por Países Bajos, en virtud del principio del Estado de residencia previsto en su legislación nacional.

La doctrina del Tribunal de Justicia es clara y establece, en apretada síntesis, que ambos Acuerdos firmados por la CE y la CEE con Argelia son continuistas y, de hecho, el más reciente refuerza y profundiza en los objetivos del primero. El Tribunal confirma, en primer lugar, que el Acuerdo incluye en su ámbito de aplicación a los supérstites residentes en Argelia que pretenden la exportación de prestaciones a ese país, pues su exclusión eliminaría el efecto útil de esta norma internacional.¹⁵ También confirma, en segundo lugar, el efecto directo: tanto del apartado

¹⁰ ECLI:EU:C:2024:184.

¹¹ Presentadas por el Abogado General Collins el 12-10-2023, ECLI:EU:C:2023:769

¹² El Centrale Raad van Beroep (Tribunal Central de Apelación de Países Bajos).

¹³ Ver Acuerdo de asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra (DO 2005, L 265).

¹⁴ «(...) los trabajadores de nacionalidad argelina y los miembros de su familia que residan con ellos se beneficiarán en el campo de la seguridad social de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier tipo de discriminación por razones de nacionalidad respecto de los nacionales de los Estados miembros en los que estén empleados».

¹⁵ Ver apartados 37 a 42 de la sentencia que se analiza.

1.º, sobre igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad,¹⁶ como del propio apartado 4.º del artículo 68, sobre transferencia de derechos, tal y como se deriva de previa jurisprudencia.¹⁷ Sobre este cuarto apartado, clarifica, en tercer lugar, que impone una obligación de transferencia de prestaciones (exportación) clara y precisa, que no está subordinada, ni en su ejecución, ni en sus efectos, a la adopción de acto ulterior alguno de desarrollo. No obstante, el Tribunal admite que no es un derecho absoluto pues depende de los «tipos aplicados en virtud de la legislación del Estado miembro o los Estados miembros [deudores]». Sin que pueda interpretarse dicho inciso en el sentido de que permita a los Estados miembros, en este caso Países Bajos, restringir de manera discrecional el derecho a la libre transferencia y vaciarlo de contenido.¹⁸ En suma, el art. 68.4 puede ser invocado de forma inmediata o directa para tratar de impedir la aplicación de una normativa nacional que se estime contraria al mismo.¹⁹ Finalmente, sobre la indexación, el tribunal fundamenta su decisión favorable precisamente en ese inciso relativo a los «tipos aplicados» avalando tal práctica nacional contemplada en la normativa de Países Bajos, siempre a expensas de las comprobaciones que ha de hacer el tribunal nacional remitente y siempre que se cumplan los siguientes requisitos. Por un lado, que la indexación no anule el efecto útil de la prestación de supervivencia controvertida y, por otro lado, que la reducción practicada respete el contenido esencial del derecho a la libre transferencia de tal prestación. Finalmente, la sentencia subraya que esta prestación tiene por objeto garantizar que los supérstites dispongan de una renta básica calculada en función del coste de la vida en Países Bajos, que puede adaptarse al coste de vida en el de destino, siempre utilizando elementos objetivos para tal indexación.

La doctrina vertida por el Tribunal de Justicia, a mi modo de ver, solo es posible respecto de prestaciones de cuantía uniforme asociadas al nivel de vida del Estado de deudor, esto es, con cuantía al margen del salario o cotizaciones del causante, que, en el caso concreto se señala, que eran constantes y uniformes.

2.1.1. Diferencias con la indexación de prestaciones familiares exportadas a otro Estado miembro

La indexación de prestaciones uniformes no solo se ha intentado en el marco de su exportación a terceros Estados, también se realizó por parte de Austria en la propia Unión Europea. Frente a estas prácticas contrarias al propio mercado único, ha sido muy relevante la tutela de la Comisión, tal y como pone de manifiesto la célebre sentencia del TJUE 16-6-2022, Comisión²⁰ contra Austria²¹ C-328/20.²² El Tribunal considera indirectamente discriminatoria por razón de la nacionalidad la política de indexación que Austria estaba realizando de ciertas prestaciones familiares,²³ de cuantía uniforme, cuando las exportaba a otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo o Suiza, al amparo de los Reglamentos de coordinación de la UE. Esta indexación, en función del nivel de vida del Estado de destino donde residían los hijos, no pudo ser justificada por Austria. La diferencia de trato que afectaba, lógicamente más a los migrantes (también nacionales comunitarios), se fundaba en la inexistencia de una medida

¹⁶ Ver en este sentido sentencia del Tribunal de Justicia de 15-1-98, sobre el asunto Babahenini C-113/97 o la de 31-1-1991 Kziber C-18/90 apdo. 19.

¹⁷ Ver apartado 36 de la sentencia, mencionando, previamente, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14-12-06, sobre el asunto Gattoussi, C-97/05, EU:C:2006:780, apartado 27

¹⁸ Ver apartados 31 y 32 de la sentencia analizada.

¹⁹ Ver apartado 36 de la sentencia analizada.

²⁰ Apoyada por la República Checa, la República de Croacia, la República de Polonia, Rumanía, República de Eslovenia, República Eslovaca y el propio Órgano de Vigilancia de la AELC.

²¹ Apoyada, a su vez, por Dinamarca y Noruega.

²² ECLI:EU:C:2022:468.

²³ La normativa austriaca afectaba al Importe fijo de las prestaciones familiares pero también a una deducción fiscal por hijo a cargo.

paralela, de una indexación en el interior de Austria que no adaptaba el monto de tales prestaciones en función del lugar de residencia dentro de su propio territorio. Esta desigualdad de trato no solo contravenía las normas específicas sobre igualdad de trato fijadas en el capítulo de prestaciones familiares del Reglamento de base,²⁴ también suponía una discriminación indirecta no justificada que vulneraba el derecho a la propia libre circulación cuando afectaba a ciudadanos comunitarios. Como subrayó el Tribunal, los trabajadores migrantes participan, con sus cotizaciones e impuestos, del mismo modo que un trabajador nacional en la financiación del sistema de protección social, sin que se tome en consideración el lugar de residencia de sus hijos.

Hay que considerar también que en 2016, mucho antes de que fuera dictada la mencionada sentencia contra Austria, la propia Comisión, con base a un informe de la Red de juristas FreSSco en el que participé, descartó incluir la posibilidad de indexación en su propuesta de reforma general de los Reglamentos lanzada en diciembre de 2016, y que todavía trata de ser aprobada, in extremis, al cierre de este trabajo.²⁵ Sin embargo, conviene recordar, que la indexación estuvo previamente sobre la mesa y fue ofrecida en 2016 por el Consejo Europeo al Reino Unido dentro de un paquete de medidas de reforma normativa, muy cuestionable desde el punto de vista de la libre circulación, para evitar el Brexit.²⁶ Actualmente, llama la atención que la Comisión haya descubierto y haya llevado el 1 de octubre de 2024 ante el Tribunal de Justicia a Alemania, en relación con las prácticas del Land de Baviera, el asunto C-642/24 que se puede considerar casi idéntico y que está pendiente de resolución al cierre de este trabajo. De nuevo, la Considera que el Estado libre de Baviera al deducir/indexar el importe de los subsidios familiares que reconoce, si los menores residen en 15 Estados miembros identificados por su inferior nivel de vida de Alemania, está infringiendo los Reglamentos de coordinación. En concreto, por un lado, la Comisión considera infringidas la disposición general sobre exportación de prestaciones (el art. 7 del Reglamento CE/883/2004) o la específica establecida en el capítulo sobre prestaciones familiares (el art. 67 del Reglamento CE/883/2004). Aunque habrá que esperar a la sentencia, difícilmente habrá Conclusiones considerando la similitud con el caso austriaco que sí que las tuvo, puede presumirse que la solución del Tribunal estará en

²⁴ Ver sobre esa normativa en detalle y con ejemplos explicativos, CARRASCOSA BERMEJO, D. «Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la Ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE987/2009», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Iustel, n.º 32/2012 pp. 271-298. http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=12&numero=32

²⁵ Ver SPIEGEL, B. (ed.), CARRASCOSA BERMEJO, D., HENBERG, A. and STRBAN, G., *Assessment of the impact of amendments to the EU social security coordination rules on export of family benefits*, Analytical Report 2015, FreSSco, European Commission, June 2015, p. 81. Este informe se publica íntegramente como fundamento de la actual propuesta de reforma de la Comisión para la Reforma de los Reglamentos de coordinación COM (2016) 815 final (en tramitación), http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3aa0bc5e-c1e6-11e6-a6db-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF

²⁶ En efecto, véase la Decisión de los jefes de Estado o de Gobierno reunidos en el Consejo Europeo de los días 18 y 19 de febrero de 2016, relativa a un «Nuevo régimen del Reino Unido en la Unión Europea» (DO 2016, C 69 I, p. 1). Si se hubiera aceptado, la Comisión hubiera debido presentar una propuesta de modificación del Reglamento CE/ 883/2004. Sin embargo, debido al resultado del referéndum británico y su abandono de la UE no llegó a concretarse. Ver sobre esta propuesta MIRANDA BOTO, J. M.ª «El derecho social de la Unión Europea en la encrucijada: entre la parálisis legislativa y el impulso judicial», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 127/2017. pp. 19 y ss. y CARRASCOSA BERMEJO, D. «Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Brey C-140/12, Dano C-333/13, Alimanovic C-67/14, García-Nieto C-299/14 y Comisión contra Reino Unido C-308/14)», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 127/2017 especialmente pp. 195-197.

<https://libreriavirtual.trabajo.gob.es/libreriavirtual/descargaGratuita/W0141727> Reflexionando sobre el Brexit y su origen en el rechazo de la migración ver, CARRASCOSA BERMEJO, D. «Key Ideas on Mobility and Social Security after Brexit», *ERA Forum* n.º 22/2021. Springer. Doi: <https://doi.org/10.1007/s12027-021-00685-3> y la bibliografía allí citada.

la misma línea. En efecto, parece evidente que las disposiciones mencionadas prohíben supeditar la concesión, pero también el importe, de las prestaciones familiares a la presencia de miembros de la familia del trabajador que reside en Alemania que es quien concede las prestaciones. Por otro lado, también se considera que esta práctica puede ser constitutiva de una diferencia de trato en función del Estado miembro de residencia de los hijos del trabajador migrante, lo que podría constituir una discriminación indirecta de muy difícil justificación tanto en el marco del principio de igualdad de trato con los nacionales del Estado alemán que imponen tanto los Reglamentos de coordinación (art. 4 del Reglamento CE/883/2004), con independencia de la nacionalidad del migrante: como la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad que impone la normativa sobre libre circulación en relación con los ciudadanos comunitarios que al ejercer tal derecho fundamental tienen acceso a estas prestaciones que, simultáneamente, también son consideradas ventajas sociales (art. 7.2 del Reglamento CE/1492/2011). Se trataría, en ambos casos de una discriminación indirecta en contra de trabajadores migrantes que no parece estar justificada por ningún objetivo legítimo.

2.2. Prestaciones familiares y entrada irregular de menores en Francia

La sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.^a) dictada el 19-12-2024, sobre el asunto TX C-664/23²⁷ responde una cuestión prejudicial francesa planteada en el marco de un litigio relativo a la impugnación por un ciudadano armenio de la denegación de prestaciones familiares, cuando ya se encontraba en situación administrativa regular y poseía autorización para trabajar en Francia. La denegación de esta prestación, que se concede al trabajador en función del número de hijos a su cargo, afectaba solo a dos de sus tres hijos y, en el caso concreto, estaba fundamentada en la ausencia de documentos que acreditaran la entrada regular en Francia de estos o que esta se había realizado conforme a un procedimiento de reagrupación familiar. De hecho, estos dos hijos, junto al propio trabajador y su cónyuge, habían entrado irregularmente en Francia en 2008, seis años antes provenientes de Países Bajos. De manera, que solo fueron concedidas las prestaciones familiares solicitadas respecto del tercero de sus hijos, ya había nacido en Francia.

En una primera sentencia, dictada en 2018, por un órgano jurisdiccional de Nanterre, se revocó la resolución administrativa denegatoria. En vía de recurso, en 2022, un tribunal de Versalles casaría esa sentencia avalando la posición de la Administración francesa. Esta última sentencia fue, a su vez, anulada por su Tribunal Supremo (la Cour de Cassation), por falta de motivación. Devueltos los autos al tribunal de Versalles, este, antes de dictar nueva sentencia, decide plantear la cuestión prejudicial que nos ocupa frente al Tribunal de Justicia. Básicamente, se pregunta sobre si es conforme al Derecho de la Unión que las prestaciones familiares francesas se supediten respecto a los niños extranjeros a la acreditación de que hubieran entrado regularmente en Francia, cuando sus progenitores ya estuvieran autorizados a residir, aceptándose también la reagrupación familiar.

La normativa de la UE a considerar, en ese momento, se contenía el artículo 12.1.e), bajo la rúbrica «Derecho a la igualdad de trato», de la entonces vigente Directiva 2011/98/UE sobre el denominado permiso único y que, como su propio título indica, establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.²⁸ Esa disposición concreta establecía, básicamente, que aquellos extranjeros con autorización para trabajar, tenían derecho a la igualdad de trato con los nacionales franceses,²⁹

²⁷ ECLI:EU:C:2024:1046.

²⁸ Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

²⁹ «1. Los trabajadores de terceros países a los que se refiere el artículo 3, apartado 1, letras b) y c), gozarán de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en el Estado miembro en que residen en lo que se refiere a: [...] e) ramas de la seguridad social, según lo definido en el Reglamento n.º 883/2004]».

respecto a sus derechos de Seguridad Social asociados a las contingencias o ramas de la Seguridad Social incluidas en el propio ámbito objetivo del Reglamento CE/883/2004 de coordinación de la Seguridad Social, donde se mencionan las controvertidas prestaciones familiares.³⁰ Es cierto que esa Directiva permitía a los Estados miembros realizar algunas excepciones o restricciones expresas a esa igualdad de trato, cuando se trataba de autorizaciones inferiores a 6 meses y o el visado fuera como estudiante, siempre que se cumplieran ciertas condiciones.³¹ Sin embargo, no consta que Francia se hubiera acogido a tales excepciones expresamente,³² debiéndose hacer constar que las previstas eran completamente ajenas a la situación administrativa o entrada en el país de los familiares, por lo que la igualdad de trato debía de primar.

Como se recoge en el Considerando 26 de la exposición de motivos de esa Directiva 2011/98/UE y reitera el propio TJUE, los Estados miembros son competentes y pueden organizar sus sistemas de Seguridad Social nacionales, no obstante, tales normativas han de ser conformes con el Derecho de la UE. De manera, que estando autorizado a trabajar en Francia como sucedía en el caso³³, la exigencia de entrada regular al territorio francés de los hijos del ciudadano extranjero solicitante de prestaciones familiares suponía un requisito adicional respecto del exigido a los nacionales franceses en Francia. En suma, su exigencia suponía tratar a estos ciudadanos extracomunitarios de forma menos favorable que a los nacionales franceses, lo que está prohibido por la mencionada disposición de la Directiva del permiso único.³⁴ El tribunal remitente tenía dudas sobre si ese derecho a la igualdad de trato se reservaba a los menores reagrupados legalmente, conforme a la Directiva 2003/86/CE, tal y como se desprendía de los Considerandos 20 y 24 de la Directiva 2011/98/UE. Sin embargo, el propio Tribunal de Justicia recuerda que los Preámbulos de las normas no son vinculantes y hay que estar al articulado donde no se recoge tal interpretación restrictiva.³⁵

La norma analizada, la Directiva 2011/98/UE, ha sido sustituida por la vigente Directiva (UE) 2024/1233³⁶. Normativa que no solo está en línea con la anterior, sino que se puede considerar que avanza en la protección de los derechos de los ciudadanos con permiso para trabajar. En efecto, en su seno ya no se permite siquiera a los Estados realizar excepciones a la igualdad de trato impuesta, tal y como se ha mostrado que se podía hacer en el marco de su predecesora.

³⁰ Ver art. 3.1.j del Reglamento CE/883/2004.

³¹ En efecto, el apartado segundo de ese mismo artículo 12 de la Directiva 2011/98/UE ya preveía que:

«Los Estados miembros podrán restringir la igualdad de trato: [...]

b) limitando los derechos conferidos en virtud del apartado 1, letra e), a los trabajadores de terceros países, pero sin restringir dichos derechos para los trabajadores de terceros países que tienen un empleo o que lo hayan tenido durante un período mínimo de seis meses y que estén registrados como desempleados.

Además, los Estados miembros podrán decidir que el apartado 1, letra e), en lo que se refiere a las prestaciones familiares no se aplique a los nacionales de terceros países que hayan sido autorizados a trabajar en el territorio de un Estado miembro por un período no superior a seis meses, ni a los nacionales de terceros países que hayan sido admitidos para cursar estudios, ni a los nacionales de terceros países [...] autorizados a trabajar en virtud de un visado».

³² Tal y como reconoce expresamente el propio Gobierno francés (ver apartado 49 de la sentencia que se comenta) y que, en todo caso, debió hacerse de forma expresa. Ver sobre tal exigencia el apartado 26 de la sentencia del TJUE de 25-11-20, asunto INPS C-302/19, apartado o previamente la TJUE d e24-4-12, asunto C-571/10, Kamberaj, apartados 86 y 87.

³³ El trabajador era titular de un permiso temporal francés que le permitía trabajar tal y como se establece en el artículo 2, letra c), de la Directiva 2011/98 al definir su ámbito subjetivo.

³⁴ Ver claramente apartado 36 de la sentencia que se analiza.

³⁵ Ver apartado 40 de la sentencia que se analiza.

³⁶ Directiva (UE) 2024/1233 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

Además, asume reciente jurisprudencia previa del propio Tribunal de Justicia sobre el asunto INPS, traída a colación por el propio tribunal remitente.³⁷

Esta sentencia es clara, el requisito nacional controvertido es contrario a la Directiva mencionada, al Derecho de la UE, y, por lo tanto, no puede ser causa de denegación respecto de extranjeros con autorización para residir y trabajar en un Estado miembro. En todo caso, su propia imposición resulta controvertida si se considera la finalidad tuitiva de las propias prestaciones familiares, como sostén y apoyo a las familias, resultando difícil de justificar por qué no se protege el interés de los menores y se permite su exclusión de esta red de protección, por un incumplimiento previo, asociado a la entrada en el país, que les convierte en ciudadanos de segunda y arrojándoles a una especie de limbo que, por supuesto, no elimina su posible estado de necesidad.

3. DERECHOS DE LOS CIUDADANOS COMUNITARIOS EN EL MERCADO ÚNICO E IGUALDAD DE TRATO

En el análisis de este segundo bloque se va a analizar jurisprudencia atinente al acceso o disfrute de prestaciones nacionales de Seguridad Social a favor de nacionales comunitarios, supuestos en los que el Tribunal de Justicia opta por priorizar la aplicación de la normativa sobre libre circulación frente a la específica y compleja normativa de coordinación.

Por orden cronológico se van a abordar algunas sentencias sobre cuestiones relativas al acceso a prestaciones nacionales. Destacan los problemas asociados a las prestaciones familiares, que son especialmente problemáticas, pero también en relación con el acceso a una incapacidad permanente o ciertos subsidios previstos para compensar la pérdida de ingresos durante una excedencia para cuidado de un familiar.

3.1. Incapacidad permanente alemana y cotizaciones ficticias por cuidado de hijos

Esta sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 2.^a) de 22-2-2024, asunto C-283/21³⁸ es la única de este apartado 2.1 con conclusiones del Abogado General³⁹ que, fueron seguidas, en lo fundamental, por el propio Tribunal. El pleito de origen ante el órgano jurisdiccional alemán remitente,⁴⁰ fue planteado por una ciudadana alemana que desde que tenía cuatro años y la mayor parte de su vida residió en Países Bajos, en una zona limítrofe con Alemania (de 1962 a 2010) y que con 52 años vuelve a Alemania, trabaja 6 años por cuenta ajena a partir de 2012 y en 2018 solicita una incapacidad permanente absoluta sobre la que litiga. La trabajadora considera que Alemania debería haber computar como periodos ficticios de educación los 13 años sin trabajar que dedicó a la educación de sus hijos en Países Bajos, siendo esta la principal cuestión prejudicial planteada.

Alemania admite y asimila la crianza en el extranjero por parte de sus asegurados, pero su legislación exige cotizaciones alemanas durante la misma o inmediatamente antes. La carrera laboral de la ciudadana alemana es peculiar, nunca trabajó en Países Bajos. En Alemania solo es reconocido un período de prácticas de un año, sin remuneración en una guardería, ni cotizaciones, anudada a su formación alemana como puericultora. Además, durante dos años trabajó por cuenta propia sin cotizar y luego durante 13 años desempeñó un trabajo de escasa

³⁷ Ver respondiendo a una cuestión prejudicial italiana la sentencia del TJUE de 25-11-20, asunto INPS C-302/19, relativa a unas prestaciones familiares a favor de extracomunitarios residentes de larga duración. ECLI: EU:C:2020:957.

³⁸ ECLI:EU:C:2024:144.

³⁹ ECLI:EU:C:2023:736.

⁴⁰ Tribunal Regional de lo Social de Renania del Norte-Westfalia, el Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen.

entidad, «un mini-job»⁴¹, de nuevo sin seguro obligatorio y, como ya se ha señalado, solo trabaja seis años por cuenta ajena en Alemania en la parte final de su vida laboral.

En el caso concreto, el Tribunal constata, como ya hiciera previamente el Abogado General,⁴² que la norma de coordinación no soluciona el problema. La interesada no cumple los requisitos establecidos en el art. 44.2 del Reglamento de desarrollo, el Reglamento CE/987/2009. Es cierto que los Países Bajos no le otorgan esos períodos ficticios, pero, como ya se ha señalado, la Seguridad Social alemana no le fue aplicable antes del nacimiento de los menores y no ha seguido siendo aplicable durante los períodos de cuidado.

Conviene subrayar que, sorprendentemente, ni el órgano remitente, ni el Tribunal de Justicia valoran aplicar la asimilación de condiciones establecida en los nuevos Reglamentos con carácter general (Reglamento CE/883/2004 art. 5).

El Tribunal, una vez descartada la virtualidad de los Reglamentos, abandona su complejidad y se centra en la normativa más general sobre libre circulación. Ni siquiera se refiere a la normativa específica destinada a los trabajadores, si no que, dadas las circunstancias del caso, centra el debate en el artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre la libre circulación de los ciudadanos comunitarios. En efecto, considera que, conforme a cierta jurisprudencia previa, esta normativa puede proteger el derecho solicitado y en ella se podría fundamentar la obligación de la Administración alemana de considerar ciertos períodos de trabajo, conforme a su normativa nacional, como períodos asimilados a los de aseguramiento tal y como se definen en el Reglamento de base (Reglamento CE/883/2004 art. 1.t).⁴³ El Tribunal aclara que para ello es preciso que la interesada demuestre que existe un vínculo suficiente entre los períodos dedicados a la educación que reclama y los períodos acreditados en Alemania como consecuencia del desempeño de una actividad profesional, aunque no se hubiera cotizado. En este nuevo contexto, podría considerarse como períodos cotizados en Alemania, no solo el período de prácticas de un año, sino también los períodos de desempeño del mini-job, cumpliéndose el requisito que, a su vez, avala el reconocimiento de los períodos ficticios de cuidado de sus hijos que reclama. Es el tribunal nacional remitente el encargado de valorar la concurrencia de ese vínculo, sin que, como reitera el Tribunal, la falta de cotización en Alemania, ni antes ni inmediatamente después, de los citados períodos ficticios de educación que reclama, pueda ser razón suficiente para desestimar la existencia de dicho vínculo. En el

⁴¹ Sobre los problemas asociados a la igualdad de trato y a la libre circulación asociados a este tipo de trabajo de baja calidad ver STRBAN, G. (ed.); CARRASCOSA BERMEJO, D.; SCHOUKENS, P.; VUKOREPA, I., *FreSsco analytical report 2018. Social Security coordination and non-standard forms of employment and self-employment: Interrelation, challenges, and prospects*. Brussels, European Commission. 2020. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d5ae78c2-c578-11ea-b3a4-01aa75ed71a1/language-en>

⁴² Ver apartado 31 de sus Conclusiones. ECLI:EU:C:2023:736.

⁴³ Considera extrapolable la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal de Justicia de 19-7-12, asunto Reichel-Albert (C-522/10, EU:C:2012:475), cuando el Reglamento n.º 987/2009 es aplicable *ratione temporis*, pero no cumple los requisitos del art. 44.2 para el reconocimiento de períodos ficticios conforme la sentencia del TJUE 7-7-2022, asunto Pensionsversicherungsanstalt (Períodos de educación de los hijos en el extranjero), C-576/20, EU:C:2022:525, apartado 62. Aunque no se mencionan por el tribunal, sobre esta cuestión de los períodos ficticios también se podrían mencionar previamente las siguientes sentencias TJUE 23-11-00 C-135/99 y la dictada el 7-2-02 sobre el asunto C-28/00.

Así, el Tribunal de Justicia declaró que, en una situación en la que la persona interesada no cumplía este requisito, sino que había trabajado y cotizado exclusivamente en el Estado miembro deudor de su pensión de vejez, tanto antes como después de su traslado a otros Estados miembros, en los que se había dedicado a la educación de sus hijos, existía un vínculo suficiente entre los períodos de educación de los hijos cubiertos por dicha persona en el extranjero y los períodos de seguro cubiertos como consecuencia del ejercicio de una actividad profesional en el Estado miembro deudor de su pensión de vejez. Por lo tanto, según el Tribunal de Justicia, dicho Estado miembro está obligado a computar esos períodos de educación de los hijos en virtud del artículo 21 TFUE [véase, en este sentido, la sentencia de 7 de julio de 2022, Pensionsversicherungsanstalt (Períodos de educación de los hijos en el extranjero), C-576/20, EU:C:2022:525, apartados 65 y 66].

marco del art. 21 del TFEU, la lógica que utiliza el Tribunal de Justicia es muy simple: si fueran asimilables y Alemania no los computara podría estar perjudicando a su propia nacional retornada por el mero ejercicio de su derecho a la libre circulación. Se podría afirmar que la libre circulación obliga a asimilar a aseguramiento esos trabajos sin cotizaciones efectivas, por imperativo de normas nacionales establecidas en beneficio de la actividad económica, de los empresarios y la propia empleabilidad, impactando en el sistema alemán que debe asumir prestaciones más cuantiosas con base en cotización ficticias pensadas para favorecer la conciliación de sus trabajadores con independencia de la existencia de cotizaciones efectivas.

Como se verá, en los siguientes apartados el «salto» de los Reglamentos de coordinación a la normativa más general sobre libre circulación, incluso de ciudadanos, para fundamentar ciertos derechos de Seguridad Social se va a convertir en una constante. Este recurso a los Tratados, cuando el supuesto de hecho no encuentra acomodo en los Reglamentos, como norma específica, puede tener resultados tuitivos, pero, a mi modo de ver, también puede resultar una solución bastante forzada.

3.2. Prestaciones durante la excedencia por cuidado de un familiar en el Estado de origen de un migrante

En la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 7.^a) dictada el 11-4-2024 sobre el asunto C-116/23⁴⁴, sin Conclusiones del Abogado General, planteada por un tribunal austriaco, descubrimos una sugerente prestación de Seguridad Social austriaca que permite obtener ciertos ingresos mientras un trabajador suspende su relación laboral por cuidado de un familiar que, a su vez, ha de recibir una prestación de dependencia de nivel 3 asociada a graves dolencias, pero que están reservadas a los residentes en Austria.

El litigio principal versa sobre un migrante italiano que trabaja desde 2013 en Austria a quien su empresario le concede una breve excedencia para cuidar a su padre residente en Italia (1-5-2022 a 13-6-2022) y que no llega a disfrutar completamente, pues su padre fallece el 29-5-2022. Las prestaciones de Seguridad Social asociadas son denegadas por la Administración austriaca considerando que su padre no percibe una prestación austriaca de dependencia de determinado nivel, tal y como exige la normativa nacional, aunque si recibe una prestación semejante italiana. En el marco de la reclamación judicial planteada por el migrante, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo austriaco plantea cuestión prejudicial.

El Tribunal de Justicia, en primer lugar, clarifica que la prestación controvertida es de Seguridad Social, un derecho subjetivo reconocido de forma automática cuando se cumplen ciertos criterios objetivos. Además, es una prestación por enfermedad, asociada a la salud, que se reconoce a favor del trabajador en forma de una cantidad alzada periódica en metálico, ajena al coste real de los cuidados. En suma, está comprendida en el ámbito de aplicación de los Reglamentos y coordinada conforme a las normas establecidas en el capítulo 1 de su Título III.⁴⁵ Debe considerarse, por otro lado, que las prestaciones de dependencia las que debe poseer la persona necesitada de cuidados, aunque no se mencionan expresamente en el artículo 3 del Reglamento que define su ámbito objetivo, vienen siendo consideradas por el Tribunal de Justicia asimiladas a las prestaciones de enfermedad de manera consistente desde hace décadas.⁴⁶ De aprobarse la reforma de los Reglamentos propuesta en 2016 por la Comisión

⁴⁴ ECLI:EU:C:2024:292.

⁴⁵ Apartados 34 al 43 de la sentencia.

⁴⁶ Ver asimilando a las pensiones de enfermedad, «los gastos ocasionados por el estado de dependencia de la persona atendida que se refieran, de forma concomitante o no, a los cuidados prestados a esa persona y a la mejora de su vida cotidiana, como, en particular, los gastos que le garantizan la asistencia de terceros, ya que tales gastos tienen por objeto mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas dependientes» sentencias del TJUE 5-3-98, Molenaar, C-160/96, EU:C:1998:84, apartados 23 y 24, y de 25-7-18, sobre el asunto A (Asistencia a una persona con discapacidad), C-679/16, EU:C:2018:601, apartados 43 y 44 y jurisprudencia citada. Ver nota al pie 37 de la sentencia que se está comentando.

serían objeto de una regulación ad-hoc autónoma lo que parece sensato dadas sus peculiaridades intrínsecas.

Llama la atención que este esfuerzo de encuadramiento de las prestaciones controvertidas a favor del trabajador en el marco de los Reglamentos realizado por el Tribunal es considerado irrelevante por la Comisión Europea que considera, como luego se confirmará por el propio Tribunal, que la prestación controvertida es, simultáneamente, una ventaja social reconocida a los trabajadores ex art. 7 del Reglamento CE/492/2011, al amparo de su derecho a la libre circulación ex TFEU art. 45, siendo ambas disposiciones de aplicación directa y seguramente de una aplicación más sencilla.

El Tribunal también clarifica que la denegación de la prestación supone una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, fundada en una causa neutra (la falta de reconocimiento a la persona cuidada, el padre, de una prestación de dependencia de nivel 3) pero que claramente impacta en mayor grado en los migrantes que son los que tienen, normalmente, a sus familiares en otro Estado miembro.⁴⁷ Llama la atención aquí que la afirmación se acepta como indiscutible, sin necesidad de aportar determinadas estadísticas que demuestren tal impacto negativo, lo que no sucede con otras causas de discriminación en relación con la propia Seguridad Social.⁴⁸

Como se ha reiterado, los Estados son competentes para definir sus sistemas de Seguridad Social y los requisitos de acceso a las prestaciones, pero estos no pueden ser discriminatorios y, por tanto, contrarios al Derecho de la UE aplicable.⁴⁹ En este sentido el Tribunal confirma que no es aplicable el TFEU art. 18 sobre no discriminación al existir normativa más específica aplicable referida a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, tanto si se la considera una prestación de Seguridad Social coordinada (art. 4 del Reglamento CE/883/2004), como una ventaja social de los migrantes comunitarios (art. 7 del Reglamento CE/492/2011). Debiendo ambas normas ser interpretadas de conformidad con el art. 45 TFEU.

El Tribunal considera que corresponde al órgano remitente la valoración de la posible justificación del requerimiento controvertido (que el destinatario de los cuidados reciba una prestación de dependencia austriaca de nivel 3) a través de un objetivo legítimo y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzarlo.⁵⁰ La Comisión apunta una posible justificación legítima el «objetivo de limitar el disfrute de prestaciones financiadas con fondos públicos a los casos de dependencia de nivel 3 o superior.»⁵¹ El órgano jurisdiccional remitente debe, por tanto, valorar la existencia, a mi modo de ver improbable, de un eventual riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social austriaco,⁵² y si tal exigencia pretende paliarlo de forma congruente y sistemática⁵³.

⁴⁷ Apartados 55 a 57 de la sentencia.

⁴⁸ Ver de forma paradigmática la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 14-4-2015 sobre el asunto Cachaldora C-527/13 sobre la dificultosa acreditación estadística asociada a una discriminación indirecta por razón de sexo de los trabajadores a tiempo parcial en relación con la cobertura de lagunas de cotización al amparo de la Directiva 79/7, especialmente apartados 29 a 34, negándose la existencia del impacto adverso denunciado.

⁴⁹ Se trata de una afirmación reiterada, ver, recientemente sentencia del TJUE 12-3-20, Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail d'Alsace-Moselle, C-769/18, EU:C:2020:203, apartado 42 y jurisprudencia citada.

⁵⁰ Ver apartados 55 a 57 de la sentencia.

⁵¹ Apartado 62 de la sentencia.

⁵² Ver sobre tal riesgo la sentencia del TJUE 28-4-98, asunto Kohll, C-158/96, EU:C:1998:171, apartado 41, y la de 15-9-22, asunto Rechtsanwaltskammer Wien, C-58/21, EU:C:2022:691, apartado 74 y jurisprudencia citada.

⁵³ Ver, en este sentido, la sentencia del TJUE 8-12-22, asunto Caisse nationale d'assurance pension, C-731/21, EU:C:2022:969, apartado 37 y jurisprudencia citada.

En todo caso, con independencia de su justificación el Tribunal apunta una cuestión muy relevante respecto del requisito controvertido, pues este también puede cumplirse cuando la asignación de dependencia se concede con arreglo a la legislación de otro Estado miembro a través de la asimilación de prestaciones, ingresos y hechos (artículo 5 del Reglamento CE/883/2004, interpretado a la luz del considerando 9 de esta norma).⁵⁴ A mi modo de ver, la asimilación de una prestación foránea es relativamente sencilla, como se han asimilado otras condiciones foráneas a las propias.⁵⁵ Sin embargo, asimilar prestaciones foráneas para ver si alcanzan un cierto nivel requerido por la norma nacional añade complejidad, pues como es sabido no existe, con carácter general,⁵⁶ una equivalencia de prestaciones nacionales que facilite esta tarea. En este caso sería la administración austriaca la que debería considerar, con la información que le facilite el solicitante, y, si fuera necesario, comunicándose con la institución italiana competente, clarificar si la prestación italiana concedida al padre del migrante alcanza el nivel para ser asimilada por su naturaleza, finalidad y características a la prestación austriaca requerida. Este tipo de situaciones nos hace reflexionar que quizás lo óptimo sería avanzar en cierta armonización para que la coordinación funcione correctamente,⁵⁷ pues en este caso es preciso corroborar que las características definitorias de la prestación nacional exigida concurren en la prestación foránea.

Con cierta relación con la problemática expuesta existe en el marco del Derecho fiscal español una exigencia de que las pensiones de incapacidad permanente exentas de tributar el IPRPF alcancen un determinado nivel. En efecto, solo la incapacidad permanente absoluta y la ahora llamada gran incapacidad están exentas del abono del IRPF y los tribunales españoles de lo contencioso administrativo se han debido pronunciar sobre la posible exención de pensiones foráneas que reciben beneficiarios residentes en España, normalmente trabajadores migrantes retornados. La Sala III del Tribunal Supremo solo acepta homologar a dichas gradaciones de pensiones españolas las prestaciones foráneas consideradas equivalentes por el equipo de valoraciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social. En estos casos, al tratarse de un tema fiscal, se descarta la aplicación del artículo 5 del Reglamento CE/883/2004 sobre asimilación de condiciones como solicitan algunos de los pensionistas y se rechaza el planteamiento de cuestión prejudicial en relación con los Reglamentos de coordinación que valoran inaplicables al referirse la controversia a una cuestión fiscal, ajena al ámbito objetivo de aplicación de esta normativa comunitaria.⁵⁸ En mi opinión, al margen que se debería facilitar un procedimiento simplificado para esa homologación por el INSS de las pensiones foráneas que reciben los residentes en España, no se debería descartar una cuestión prejudicial en relación con el derecho a la libre circulación de trabajadores y el obstáculo que supone a la misma la denegación del acceso a lo que no deja de ser una ventaja fiscal.⁵⁹

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia 12-3-2020, asunto Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail d'Alsace-Moselle, C-769/18, EU:C:2020:203, apartado 42 y jurisprudencia citada.

⁵⁵ Ver sobre la aplicación de la asimilación de condiciones TJUE 21-1-16, asunto Knauer C-453/14; 18-12-14, Larcher C-523/13 o en relación con la legislación española TJUE 5-12-19, asunto Bocero Torrico C-398/18 y C-428/18.

⁵⁶ Ver solamente en el Rgto CE/883/2004 Anexo VII una tabla de equivalencias en relación con las prestaciones de incapacidad permanente nacionales de cuatro de los Estados fundadores de la CEE: Francia, Italia, Bélgica y Luxemburgo.

⁵⁷ Ver sobre las limitaciones de la coordinación, proponiendo el uso complementario de la armonización para mejorar el funcionamiento de la propia coordinación, rechazando una aproximación alternativa o antagónica de ambas técnicas normativas en CARRASCOSA BERMEJO, D. *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez...* op. cit., p. 33 y 34.

⁵⁸ Ver en ese sentido, las dictadas en la misma fecha, TS cont-adm 13-2-2020, Rec 6718/2017, n.º 194/2020, ECLI:ES:TS:2020:475 y TS cont-adm 13-2-2020, Rec 6693/2017 n.º 193/2020 ECLI:ES:TS:2020:476.

⁵⁹ Sobre la no discriminación por razón de la nacionalidad en relación con las mismas ver Reglamento CE/1492/2011 art. 7.

3.3. Acumulación de prestaciones familiares y prioridad en su reconocimiento entre las instituciones nacionales involucradas

La sentencia de la Sala 7.^a del Tribunal de Justicia de 25-4-2024 sobre el asunto C-36/23⁶⁰ aborda un tema complejo, la acumulación de prestaciones familiares que puede dar lugar a la sobreprotección injustificada de los menores involucrados, aclarando el procedimiento a seguir por las instituciones involucradas.

En concreto, el litigio de origen se refiere a un migrante polaco que ejerce su actividad por cuenta ajena en Alemania y que percibe de ese Estado, desde 2016 una asignación familiar a cuenta de su hijo que reside con su esposa en Polonia. En esa solicitud el solicitante consignó que su esposa no realizaba actividad profesional alguna en Polonia.

En 2019 la Caja alemana realiza una inspección en colaboración con la institución polaca que reporta que se considera que la esposa del beneficiario realiza una actividad profesional agrícola desde 2006 (asociada a la propiedad de una granja) y que, aunque la familia no percibe prestaciones familiares polacas, las podría solicitar desde julio de 2019 al ser su reconocimiento independiente de los ingresos familiares. Con esa información, la caja alemana procede directamente, en octubre de 2020, a anular el abono de sus prestaciones familiares hasta el importe de la prestación polaca, considerando que estas deberían ser de percepción prioritaria, por residir el niño con la madre trabajadora en Polonia. La institución alemana pasa a abonar tan solo un complemento diferencial que garantiza que el menor recibe, junto con la prestación polaca, el equivalente al monto de la prestación nacional más elevada, en este caso, la alemana.⁶¹ Además, la institución alemana solicita al beneficiario polaco la devolución de las prestaciones pagadas en exceso en el período comprendido entre julio de 2019 y octubre de 2020 (1.674,60). El trabajador se opone a las decisiones alemanas comunicadas, alegando que no recibe prestaciones polacas y que su mujer no realiza actividad profesional alguna en Polonia, pues que su alta como autónoma deriva la mera posesión de una granja heredada.

En el marco de dicho pleito el tribunal alemán plantea tres cuestiones prejudiciales de las que solo haré referencia a la primera que es la contestada por el Tribunal de Justicia. Cuestión que básicamente alude a si la norma sobre prioridad entre legislaciones nacionales aplicable en caso de acumulación de prestaciones familiares (Reglamento CE/883/2004 art. 68) se puede interpretar en el sentido de que permite que la institución alemana, cuando considere que su legislación no tiene carácter prioritario, de conformidad con los criterios previstos en esa normativa, puede reclamar al beneficiario de sus prestaciones familiares la devolución parcial de las mismas, considerando que la legislación aplicable es la del otro Estado miembro (Polonia), aun cuando en ese otro Estado miembro no se hubiera concedido ni desembolsado ninguna prestación familiar.

En materia de prestaciones familiares existen dos normas clave en los Reglamentos de coordinación de las prestaciones familiares que poseen finalidades distintas.⁶² Por un lado, el artículo 67 del Reglamento CE883/2004 que tiene por objeto facilitar a los trabajadores migrantes el cobro de las prestaciones familiares en el Estado miembro de trabajo cuando su familia no se ha trasladado con ellos. Mientras que, por otro lado, el artículo 68 de ese mismo Reglamento de base establece normas contra la duplicación injustificada de prestaciones, estableciendo un orden de prioridad para las prestaciones nacionales. De esta forma, se clarifica cual es el Estado miembro prioritario que ha de abonar la prestación familiar y cuál es el Estado

⁶⁰ ECLI:EU:C:2024:355.

⁶¹ Ver Rgto. 883/2004 art. 68.1.b.i), sobre las complejas normas de coordinación sobre prestaciones familiares ver CARRASCOSA BERMEJO, D. «Coordinación de las prestaciones familiares...», *op. cit.*, pp. 271-298. http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=12&numero=32.

⁶² Apartados 39, 40 y 42 de la sentencia analizada.

miembro no prioritario que en todo caso debería abonar un complemento diferencial si su prestación tuviera un monto superior. Esta sentencia resulta realmente clarificadora de los procedimientos a seguir por las instituciones involucradas para la aplicación ordenada de esta última disposición muy compleja y que podrían resumirse en los siguientes puntos:

El Estado miembro no prioritario, en el caso que nos ocupa Alemania, debe remitir las solicitudes de prestaciones familiares sin demora a la institución competente del Estado miembro que considera prioritario (ver Reglamento CE/883/2004 art. 68.3.a). No obstante, en también en ese caso estaría obligada a proporcionar el complemento diferencial, como prestación provisional (ex Reglamento CE/987/2009 art. 60).⁶³

Por su parte el Estado miembro prioritario, en este caso Polonia, debería responder en un plazo de dos meses, pero, si no lo hiciera, Alemania (como Estado no prioritario) debería seguir pagando la prestación familiar íntegra nacional, aunque pudiera reclamar a Polonia el reembolso del exceso abonado, si se confirma el reconocimiento de prestaciones en ese Estado (ver Reglamento CE/987/2009 art. 60).⁶⁴

El Estado prioritario, Polonia, debe examinar la solicitud presentada en el Estado no prioritario (Alemania) considerando la fecha de presentación inicial del solicitante en Alemania y conceder su prestación, obviamente, solo si se cumplen las condiciones establecidas en su legislación nacional.⁶⁵ Por supuesto, Polonia podría recurrir, por ejemplo, a las técnicas de coordinación para su reconocimiento, tales como la totalización o las asimilaciones condiciones necesarias. En todo caso, la mera solicitud no significa su reconocimiento, pues, obviamente, no es lo mismo solicitar una prestación que tener derecho a percibirla.⁶⁶

Solo el Estado donde se lleva a cabo una actividad profesional controvertida, en el caso concreto Polonia, respecto de la esposa, puede pronunciarse sobre sus efectos en el ámbito de la coordinación de las prestaciones familiares. El Estado miembro no prioritario, Alemania, tampoco podría valorar si se cumplen los requisitos de una normativa foránea de Seguridad Social como la polaca. De hecho, de acuerdo con doctrina previa,⁶⁷ solo podría constatar con la institución foránea si se han concedido o no las prestaciones familiares.⁶⁸ En efecto, a mi modo de ver, no siendo posible la recepción del Derecho de la Seguridad Social extranjero en el Foro, por ser Derecho público, se puede afirmar que ni la Administración de otro Estado miembro, ni sus propios tribunales, podrían ponderar la corrección de la concesión o denegación de prestaciones de Seguridad Social foráneas. Motivo por el que ante cualquier problema o disconformidad sobre el reconocimiento y cálculo de una prestación siempre hay que recurrir ante la Administración nacional que la abona o la deniega y en su caso pleitear a los tribunales de ese Estado. En suma, la legislación aplicable, la Administración y el tribunal competente en materia de Seguridad Social comparten la misma nacionalidad.⁶⁹

En suma, el Tribunal de Justicia constata que Alemania no había seguido el procedimiento explicitado (el del art. 60.3 del Reglamento CE/987/2009). Su comunicación con Polonia fue tardía, en 2019, y como esta no se había pronunciado sobre el reconocimiento de sus propias prestaciones, Alemania, no podía, a pesar de considerar a Polonia el Estado prioritario, ni dejar de pagar sus prestaciones, ni solicitar al beneficiario el reembolso parcial de las prestaciones percibidas por esa supuesta duplicidad o acumulación con las prestaciones polacas que

⁶³ Apartado 45 de la sentencia analizada.

⁶⁴ Apartados del 46 al 49 de la sentencia analizada.

⁶⁵ Apartados 53 y 54 de la sentencia analizada.

⁶⁶ TJUE 22-10-2015, asunto Trapkowski C-378/14, ECLI:EU:C:2015:720.

⁶⁷ TJUE 3-2-1983, asunto Robards, 149/82, EU:C:1983:26, apartado 11.

⁶⁸ Apartados 56 y 57 de la sentencia analizada.

⁶⁹ Sobre estas cuestiones ver CARRASCOSA BERMEJO, D. *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez...*, op. cit., p. 110.

presumía percibidas. De hecho, al tener que continuar abonando las prestaciones alemanas completas, también mantiene la institución alemana su derecho a reclamar su reembolso a la institución polaca cuando esta clarifique si adeuda prestaciones y su monto, para poder Alemania resarcirse de las prestaciones pagadas en exceso.⁷⁰ En todo caso, el Tribunal señala que las instituciones alemanas podrían sancionar al trabajador polaco, conforme a su normativa, si se demostrase que realizó una declaración falsa, al informar sobre la situación de Seguridad Social de su esposa en Polonia. Esta sanción alemana debería ajustarse a los principios de equivalencia (ser similares a las sanciones que se impondrían en Alemania en situaciones similares) y eficacia, no debiendo imposibilitar o dificultar en exceso el ejercicio de los derechos asociados a los Reglamentos de coordinación (artículo 76.5 del Reglamento 883/2004).⁷¹

Como se ha puesto de manifiesto, al describir el procedimiento coordinado asociado al reconocimiento de estas prestaciones en casos de acumulación de derechos, este obliga a las instituciones de los Estados miembros involucrados a cooperar de buena fe y transparencia para garantizar que el procedimiento conjunto, que afecta a los miembros de la familia que residen en diferentes Estados miembros, funcione correctamente. En el marco de este procedimiento, como sucede con carácter general en el marco de los Reglamentos de coordinación, la actuación unilateral de un Estado miembro no tiene cabida.

3.4. Prestaciones familiares luxemburguesas y trabajadores fronterizos (acogimiento de un menor)

La última de las sentencias a analizar es la dictada por la Sala 3.^a del Tribunal de Justicia el 16-5-2024, sobre el asunto C-27/23, denominado Hocinx de forma aleatoria.⁷² Esta sentencia, precedida de Conclusiones del Abogado General,⁷³ proviene de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de casación de Luxemburgo. El pleito de origen versa sobre el derecho a prestaciones familiares de un trabajador fronterizo belga que trabaja en Luxemburgo, donde está asegurado a la Seguridad Social de ese Estado y reside en Bélgica. Aunque en un primer término se le concedieron prestaciones con base en el acogimiento de un menor en su residencia en Bélgica, en virtud de una sentencia de un tribunal belga. Con posterioridad, transcurridos unos años, en 2017, y con efectos retroactivos, la institución de seguridad social luxemburguesa, con el bonito nombre *la Caisse pour l'avenir des enfants*, retiraría las prestaciones arguyendo que no existía entre el trabajador y el menor una relación paterno-filial (legítima, natural o adoptiva), y considerando, por tanto, que el menor no era miembro de su familia, como exigía la normativa luxemburguesa de Seguridad Social. El propio órgano jurisdiccional remitente detecta que, conforme a dicha legislación, podría existir un trato desigual entre:

- los menores acogidos que residen en Luxemburgo, que tendrían un derecho directo a las prestaciones familiares que se abonaría directamente a la persona física o jurídica que tiene atribuida la custodia del menor y en cuyo hogar dicho menor tiene su domicilio legal y reside de manera efectiva y continuada;

- y los menores que no residen en Luxemburgo, como sucede en el caso concreto, que solo tienen un derecho derivado como miembros de la familia, definición en la que no encajan, precisamente, los menores acogidos.

El tribunal remitente se pregunta si ese trato desigual en función de la residencia el propio trabajador es conforme con el Derecho de la UE o constituye una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad. Este tribunal remitente considera que al tratarse de un trabajador co-

⁷⁰ Apartados 58 a 60 de la sentencia analizada.

⁷¹ Apartados 66 y 67 de la sentencia analizada.

⁷² ECLI:EU:C:2024:404.

⁷³ ECLI:EU:C:2024:87.

munitario la desigualdad podría apreciarse en el marco de la normativa sobre libre circulación si tales prestaciones se consideraran una ventaja social (TFEU art. 45 y Reglamento CE/492/2011 art. 7.2) y por disposiciones de los específicos Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. En concreto, con base a la disposición del Reglamento de base que obliga a la legislación competente a abonar prestaciones «incluso para los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro», creando la ficción de que residen en el Estado competente (Reglamento CE/883/2004 art. 67). Mencionando también una disposición del Reglamento de desarrollo que impone la consideración «de la situación de toda la familia como si todas las personas interesadas estuvieran sujetas a la legislación del Estado miembro de que se trate y residieran en él (...)» (Reglamento CE/987/2009 art. 60).

Además, pregunta si la respuesta a su principal pregunta mencionada previamente dependería de si el trabajador fronterizo contribuye al mantenimiento del menor acogido. Esta segunda cuestión se vincula a una sentencia previa del Tribunal de Justicia de 2020 en un caso semejante, en la que se estableció que, a los efectos de acceder a las prestaciones familiares luxemburguesas, un trabajador fronterizo tenía un vínculo de parentesco suficiente con el hijo de su cónyuge o pareja registrada, cuando se hacía cargo de su manutención (tomando en cuenta la definición de los familiares, con derecho derivado a la libre circulación ex Directiva 2004/38/CE art. 2.2.c)⁷⁴.

El Tribunal de Justicia, en primer lugar, toma un camino diferente al seguido en la mencionada sentencia de 2020, y, en lugar de enfocar en el menor y su relación con el trabajador, fija su atención en el propio trabajador fronterizo y en la diferencia de trato que sufre por no residir en Luxemburgo.⁷⁵ Con esta perspectiva, debe reseñarse que el Tribunal se distancia de las elaboradas Conclusiones del Abogado General que siguen un alambicado camino para determinar que el hijo y el trabajador fronterizo tienen una relación paterno filial y debe considerarse cumplido el requisito fijado en la norma luxemburguesa.

En segundo lugar, en esa senda simplificadora, y su enfoque en el trabajador, el Tribunal de Justicia descarta la aplicación de los artículos de los Reglamentos de coordinación previamente mencionados por el propio órgano jurisdiccional remitente.⁷⁶ La fundamentación facilitada es realmente controvertida que no comparto, pues llega a afirmar que tales disposiciones no se refieren a la situación de los propios trabajadores, «sino a la situación de los miembros de la familia de los trabajadores que residen en otro Estado miembro».⁷⁷ En efecto, a mi modo de ver se trata de una interpretación excesivamente restrictiva de tales disposiciones de los Reglamentos de coordinación pues, la lectura detallada de ambos artículos nos permite afirmar que, conforme a su interpretación literal, serían aplicables no solo a los trabajadores fronterizos que solicitan prestaciones para los miembros de su familia que viven con ellos en otro Estado miembro; si no también a todos los supuestos, con independencia del lugar de residencia del trabajador, en el que los familiares de estos trabajadores residen fuera del Estado competente, como es el caso.⁷⁸

⁷⁴ Sentencia del TJUE de 2-4-20, Caisse pour l'avenir des enfants (sobre el hijo del cónyuge de un trabajador transfronterizo) asunto C-802/18, EU:C:2020:269.

⁷⁵ Ver apartado 24 de la sentencia que se comenta.

⁷⁶ Se está haciendo referencia al artículo 67 del Reglamento CE/883/2004 y del artículo 60 del Reglamento CE/987/2009.

⁷⁷ Ver apartado 25 de la sentencia que se comenta.

⁷⁸ En este sentido, ver FILLON, J.-C., «B. Droit aux prestations familiales d'un travailleur frontalier et discrimination indirecte. CJUE 16 mai 2024 aff. 27/23, FV c/ Caisse pour l'avenir des enfants» en VV. AA. «Doctrines. L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale», *Révue de Jurisprudence Sociale* n.º 10/24, Lefebvre. P. 22. Posteriormente, PARTHENOPOULOS, N., «Case C-27/23 Hocinx: Business as usual in equal treatment of frontier workers with an alarming twist», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2025/31(5), 619-632. <https://doi.org/10.1177/1023263X241305313>

No obstante, el Tribunal admite que las prestaciones familiares son simultáneamente:⁷⁹

- Por un lado, prestaciones de Seguridad Social objeto de los Reglamentos de coordinación y respecto de ellas prima el principio de igualdad de trato previsto en el art. 4 del Reglamento CE/883/2004 interpretado conforme el Considerando 8º de su Exposición de motivos de manera que un trabajador empleado en un Estado donde está sometido a su legislación de Seguridad Social debe disfrutar en su seno de las mismas prestaciones que los nacionales de ese Estado miembro, preservándose la igualdad de trato, como así ha confirmado reiteradamente la propia doctrina del Tribunal de Justicia.⁸⁰

- Ventajas sociales asociadas a la libre circulación de trabajadores en cuyo marco toda discriminación por razón de nacionalidad, directa o indirecta, está prohibida (TFEU art. 45 y Reglamento CE/1492/2011 art. 7.2), preservándose la igualdad con los nacionales del Estado competente para su abono, como ha confirmado también la doctrina del Tribunal de Justicia interpretativa de tales disposiciones.⁸¹

Decantándose por la aplicación de este segundo bloque normativo asociado a la mera libre circulación el Tribunal confirma la existencia de un trato diferente entre un trabajador que acoge un niño siendo residente en Luxemburgo y el que al ser fronterizo reside en otro Estado. La residencia puede ser un criterio neutro que impacta mayoritariamente en los extranjeros, por lo que puede ser discriminatorio indirectamente por razón de la nacionalidad si no existe una justificación basada en un objetivo legítimo y proporcionado.⁸² Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente no ha mencionado ningún objetivo legítimo que pueda justificar tal discriminación indirecta por lo que considera que la normativa luxemburguesa es contraria a la normativa sobre libre circulación.

Además, el Tribunal, previamente, recuerda su doctrina sobre los trabajadores fronterizos y afirma que estos contribuyen a la financiación de las políticas sociales, a través del abono de sus impuestos y cotizaciones a la seguridad social, en los Estados miembros de empleo. Motivo principal por el que deben tener acceso a las prestaciones familiares y a las ventajas sociales y fiscales en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales.⁸³ Además, considera que es irrelevante que la decisión de acogida del menor, que justifica la concesión de prestaciones familiares, haya sido dictada por un tribunal belga, pues por imperativo del Derecho de la UE las autoridades luxemburguesas están obligadas a reconocer una decisión de acogida dictada en otro Estado miembro y a otorgarle el mismo valor jurídico que a una decisión nacional equivalente (art. 1.2.d) y 30. 1 del Reglamento (UE) 2019/1111). A mi modo de ver, y aunque no existiera tal normativa *ad hoc*, dicha asimilación también podría haber derivado de la asimilación de hechos o acontecimientos foráneos en el marco de la legislación aplicable que se contempla en el Reglamento de base (art. 5.b) el Reglamento CE/883/2004).⁸⁴

⁷⁹ Ver apartados 26 a 29 de la sentencia que se comenta.

⁸⁰ En concreto se cita la ya mencionada sentencia sobre la indexación de prestaciones familiares austriacas que, aunque no se refiere necesariamente a trabajadores fronterizos, protege también a ese colectivo. Sentencia del TJUE de 16-6-2022, asunto Comisión/Austria, C-328/20, EU:C:2022:468, apartado 108 y jurisprudencia citada.

⁸¹ Véanse, en este sentido, las sentencias de 6-10-20, asunto Jobcenter Krefeld, C-181/19, EU:C:2020:794, apartados 44 y 78, y de 21-12-23, asunto Chief Appeals Officer y otros, C-488/21, EU:C:2023:1013, apartado 49.

⁸² Ver sentencias del Tribunal de Justicia de 14-6-12, asunto Comisión/Países Bajos, C-542/09, EU:C:2012:346, apartados 55 y 73, y de 2-4-2020, asunto Caisse pour l'avenir des enfants (Hijo del cónyuge de un trabajador transfronterizo), C-802/18, EU:C:2020:269, apartados 56 y 58. Todas estas sentencias son mencionadas en el apartado 38 de la sentencia que se comenta.

⁸³ Ver sentencias del Tribunal de 14-6-12, asunto Comisión/Países Bajos, C-542/09, EU:C:2012:346, apartado 66; la de 16-6-22, asunto Comisión/Austria (de nuevo la sentencia sobre la indexación de las prestaciones familiares), C-328/20, EU:C:2022:468, apartado 109, y la de 21-12-23, asunto Chief Appeals Officer y otros, C-488/21, EU:C:2023:1013, apartado 71. Todas estas sentencias son mencionadas en el apartado 31 de la sentencia que se comenta.

⁸⁴ Ver apartado 37 de la sentencia que se comenta.

Por último, sobre la cuestión adicional planteada por el tribunal remitente, tan solo señala que la circunstancia de que el trabajador no residente, en el caso concreto el trabajador fronterizo que nos ocupa, se haga cargo de la manutención del menor acogido solo puede tenerse en cuenta en el marco de la concesión de una prestación familiar a ese trabajador por un menor acogido en su hogar si la legislación nacional aplicable, en este caso la luxemburguesa, establece tal requisito para la concesión de dicha prestación a un trabajador residente que tenga atribuida la custodia de un menor acogido en su hogar.⁸⁵ Requisito que no parece concurrir en el caso concreto, pero que podría ser de utilidad en otros supuestos.

Aunque la confirmación de la existencia de una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad parece una conclusión correcta, el fallo final recogido al final de la sentencia vuelve a manifestar la huida injustificada del Tribunal de la normativa específica de coordinación, acogiendo como fundamentación normativa exclusiva la aplicación de la normativa sobre libre circulación y el derecho de los trabajadores a las ventajas sociales. Como ya se ha señalado, no se entiende esta carencia y no se llega a entender las razones por las que ni siquiera se menciona en dicho fallo la normativa sobre no discriminación por razón de la nacionalidad contenida en el art. 4 del Reglamento CE/883/2004 que no fue descartada y sí sopesada en apartados anteriores. A mi modo de ver, no es baladí considerar esta segunda norma, entre otras razones posibles razones, en la protección que esta norma puede brindar en otros supuestos en los que los afectados sean ciudadanos extracomunitarios fronterizos, carentes del derecho a la libre circulación. En efecto, ese artículo podría proteger a nacionales de terceros Estados que deberían ser tratados como los nacionales luxemburgueses, al estar incluidos en el ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación como residentes en legales en un Estado miembro y trabajar en otro y, por tanto, estar en una situación de transnacionalidad, tal y como prevé el Reglamento CE/ 1231/2010.

Finalmente, considerando la cantidad ingente de trabajadores fronterizos y este nuevo pronunciamiento sobre la controvertida normativa luxemburguesa sobre prestaciones familiares, creo que parece necesaria una monitorización exhaustiva de su aplicación por parte de la Comisión. En efecto, la Comisión deberá incoar un procedimiento de incumplimiento si detecta nuevas aplicaciones contrarias de esa, u otras normas nacionales,⁸⁶ sin respetar la igualdad de trato impuesta por distintas normas del Derecho de la UE.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

Como viene siendo habitual, las sentencias comentadas en este trabajo confirman que los nacionales comunitarios siguen teniendo una tutela más completa de sus derechos de Seguridad Social que los ciudadanos extracomunitarios. Así sucede, cuando no existe en la norma nacional aplicable un principio de igualdad de trato como el previsto en la normativa española respecto de todo residente legal, al margen de nacionalidades; o cuando no se impone tal igualdad en materia de Seguridad Social en Directivas destinadas a los nacionales de terceros Estados, como la relativa al permiso único. Se trata de supuestos en los que no se acredita una movilidad intracomunitaria, pues, aunque no poseen un derecho originario a la libre circulación, tal movilidad podría avalar la aplicación de los Reglamentos de coordinación y la igualdad de trato que tales instrumentos imponen. En efecto, nos referimos a casos en las que la movilidad solo afecta a un Estado miembro que ha de exportar prestaciones o totalizar períodos para su reconocimiento, técnicas que pueden no estar contempladas en las normas comunitarias aplicables. O que, de existir, como el Acuerdo CE/Argelia pueden permitir

⁸⁵ Ver apartado 41 in fine de la sentencia que se comenta.

⁸⁶ Así parece que se está haciendo. Ver, por ejemplo, sobre el recurso de incumplimiento promovido por la Comisión contra Italia (asunto C-630/24 pendiente al cierre de este trabajo) por los requisitos restrictivos establecidos en su norma nacional que supedita el reconocimiento de prestaciones familiares a un mínimo período de dos años de residencia del trabajador en Italia o la propia residencia en ese Estado de los niños beneficiarios.

resultados poco tuitivos como la indexación de prestaciones de cuantía constante, considerando el Estado de residencia del beneficiario de la exportación o sus familiares. Frente a esas situaciones, debe recordarse que, en principio, la indexación no cabe en el marco aplicativo de los Reglamentos de coordinación, al menos mientras no se aplique tal indexación de forma sistemática por la normativa nacional a sus propios nacionales considerando el nivel de vida en su propio territorio y/o se indexen las propias cotizaciones.

Las sentencias del segundo bloque permiten reflexionar sobre la pervivencia de dificultades clásicas a la movilidad de trabajadores comunitarios en el mercado único, como son las asociadas con el propio acceso a los derechos de Seguridad Social, como ha recordado recientemente el propio informe Draghi.⁸⁷ Es cierto que los añejos Reglamentos de mera coordinación⁸⁸ tienen limitaciones intrínsecas que obligan a un diálogo constante entre las Administraciones involucradas, y que, tal vez, como se ha señalado previamente, deberían complementarse con un mínimo de armonización entre los propios sistemas coordinados. Sin embargo, muchos de los problemas detectados en las sentencias analizadas no provienen de tales carencias intrínsecas de la normativa aplicable, sino de su propio incumplimiento flagrante por los Estados miembros. Todavía se comenten discriminaciones indirectas por razón de la nacionalidad asociadas a la residencia en otro Estado miembro prohibidas desde hace décadas por la doctrina del Tribunal que no es asumida y respetada por los Estados miembros y sus instituciones de Seguridad Social. Los casos que, vía prejudicial, llegan a este Tribunal son solo la punta del iceberg, de manera que solo la monitorización constante de la Comisión, promoviendo los recursos de incumplimiento necesarios frente a los Estados que persistan en tales prácticas abusivas, permitirán preservar el funcionamiento adecuado del mercado único y el respeto al Derecho de la UE.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARRASCOSA BERMEJO, D. *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*. Consejo Económico y Social. Col Estudios. 2004. p. 350.

—. «Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la Ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, n.º 32/2012 pp. 271-298. http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=12&numero=32

—. «Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Brey C-140/12, Dano C-333/13, Alimanovic C-67/14, García-Nieto C-299/14 y Comisión contra Reino Unido C-308/14)», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 127/2017 especialmente p. 195-197. <https://libreriavirtual.trabajo.gob.es/libreriavirtual/descargaGratuita/W0141727>

—. «Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas», *Revista del Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social*, n.º 142/2019, pp. 37-70. <https://libreriavirtual.trabajo.gob.es/libreriavirtual/descargaGratuita/W0141942>

—. «Key Ideas on Mobility and Social Security after Brexit», *ERA Forum*, n.º 22/2021. Springer. Doi: <https://doi.org/10.1007/s12027-021-00685-3>

⁸⁷ DRAGHI, M. «The future of European competitiveness. Part B I In-depth analysis and recommendations», Comisión Europea. 2024. p. 328 https://commission.europa.eu/document/download/ec1409c1-d4b4-4882-8bdd-3519f86bbb92_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness_%20In-depth%20analysis%20and%20recommendations_0.pdf

⁸⁸ Los n.º 3 y 4 de 1958 los primeros Reglamentos de coordinación son, en realidad, los primeros reglamentos de contenido normativo que se dictaron en el marco de la entonces Comunidad Económica Europea. Su rápida aprobación responde a la transformación en Reglamentos de un Convenio multilateral internacional que se iba firmar sobre la materia. Los anteriores n.º 1 y 2 carecían de contenido material y se referían a cuestiones formales.

- _____. «Capítulo XVII. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social en la Unión Europea (Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009)», en VV. AA., CASAS BAAMONDE, M.^a E. et al. (DIR.). *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, pp. 737-782. BOE (FIDE, ASNALA y FORELAB). Madrid 2023 ISBN: 978-84-340-2919-4 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DT-2023-284
- _____. «Desplazamiento de trabajadores en la UE y documentos portátiles A1 falsos: el valor del diálogo y la cooperación frente a la unilateralidad. A propósito de la sentencia del TJUE 23-1-2025, EX C-421/23» *Brief de la AEDTSS*, n.º 7/2025. https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2025/02/7_Dolores-Carrascosa-STJUE-A1.pdf
- CARRASCOSA BERMEJO, D. y CONTRERAS HERNÁNDEZ, O. *Desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde y hacia España. Hechos y cifras*, Lovaina: Proyecto POSTING.STAT VS/2020/0499. 2022. P.111. <https://zenodo.org/record/6543222#.Y0xs4XZBw2x>
- CARRASCOSA BERMEJO, D. y MOLINA MILLÁN, J. (2023) «The binding nature of posting PDA1 issued under EU social security Coordination Regulations and the possible role of national courts», *ERA Forum*, 2023, n.º 24, 69-103, <https://doi.org/10.1007/s12027-023-00749-6>
- DRAGHI, M. «The future of European competitiveness. Part B I In-depth analysis and recommendations», Comisión Europea, 2024, p. 328 [https://commission.europa.eu/document/download/ec1409c1-d4b4-4882-8bdd-3519f86bbb92_en?filename=The %20future %20of %20European %20competitiveness_%20In-depth %20analysis %20and %20recommendations_0.pdf](https://commission.europa.eu/document/download/ec1409c1-d4b4-4882-8bdd-3519f86bbb92_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness%20In-depth%20analysis%20and%20recommendations_0.pdf)
- FILLON, J.-C., «B. Droit aux prestations familiales d'un travailleur frontalier et discrimination indirecte. CJUE 16 mai 2024 aff. 27/23, FV c/ Caisse pour l'avenir des enfants», en VV. AA. «Doctrine. L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale», *Revue de Jurisprudence Sociale*, n.º 10/24. Lefebvre, pp. 20-23.
- MIRANDA BOTO, J. M.^a. «El derecho social de la Unión Europea en la encrucijada: entre la parálisis legislativa y el impulso judicial», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 127/2017, pp. 19-44. <https://libreriavirtual.trabajo.gob.es/libreriavirtual/descargaGratuita/W0141727>
- PARTHENOPOULOS, N. «Case C-27/23 Hocinx: Business as usual in equal treatment of frontier workers with an alarming twist», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 31(5)/2025, 619-632. <https://doi.org/10.1177/1023263X241305313>
- SPIEGEL, B. (ed.), CARRASCOSA BERMEJO, D., HENBERG, A. and STRBAN, G., *Assessment of the impact of amendments to the EU social security coordination rules on export of family benefits*, Analytical Report 2015, FreSsco, European Commission, June 2015, p. 81. Este informe se publica íntegramente como fundamento de la actual propuesta de reforma de la Comisión para la Reforma de los Reglamentos de coordinación COM (2016) 815 final (en tramitación), http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3aa0bc5e-c1e6-11e6-a6db-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF
- STRBAN, G (ed.); CARRASCOSA BERMEJO, D.; SCHOUKENS, P.; VUKOREPA, I., *FreSsco analytical report 2018. Social Security coordination and non-standard forms of employment and self-employment: Interrelation, challenges, and prospects*. Brussels, European Commission. 2020. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d5ae78c2-c578-11ea-b3a4-01aa75ed71a1/language-en>