

análogo antes de la declaración de nulidad, o si, a la inversa, incluso respecto de personas que hubieran adoptado en tiempo útil iniciativas encaminadas a la

salvaguardia de sus derechos, constituye un remedio adecuado una declaración de nulidad que tenga efectos solamente para el futuro.

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. G. FEDERICO MANCINI  
presentadas el 21 de mayo de 1985 \*

*Señor Presidente,  
Señores Jueces,*

1. En el marco de un asunto entre el señor Pietro Pinna y la Caisse d'allocations familiales de la Savoie, la Cour de cassation francesa solicita al Tribunal que interprete el artículo 73, apartado 2, del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplazan dentro de la Comunidad (DO 1971, L 149, p. 1; EE 05/01, p. 98). Esta norma establece que el «trabajador sometido a la legislación francesa tendrá derecho, para los miembros de su familia que residan en el territorio de cualquier Estado miembro distinto de Francia, a los subsidios familiares previstos por la legislación del Estado en cuyo territorio residan las personas de que se trate; el trabajador habrá de reunir las condiciones referentes al empleo exigidas por la legislación francesa, para adquirir derecho a las prestaciones». En particular, el Tribunal que formula la cuestión desea saber si esta disposición sigue siendo válida y eficaz y cómo debe enten-

derse el concepto de residencia a que se refiere.

2. El señor Pietro Pinna, ciudadano italiano, trabaja y reside con su familia en Francia y goza allí de las prestaciones familiares locales. En otoño de 1977 su mujer y sus dos hijos se trasladaron a Italia. El hijo mayor regresó a Francia el 31 de diciembre del mismo año, mientras que la hija y la mujer regresaron el 31 de marzo siguiente. A causa de esta estancia en Italia, la Caisse d'allocations familiales de la Savoie se negó a pagar al Sr. Pinna las prestaciones debidas por su hijo desde el 1 de octubre al 31 de diciembre de 1977 y por su hija desde el 1 de octubre de 1977 al 31 de marzo de 1978. A su parecer, en efecto, el citado artículo 73, apartado 2, establece que los subsidios familiares sean pagados por la entidad de previsión italiana (Istituto nazionale della previdenza sociale) en el lugar de residencia de sus hijos en Italia (l'Aquila).

El Sr. Pinna, después de haber impugnado sin resultado dicha decisión ante la commission des recours gracieux, recurrió a la commission de première instance du contentieux de la sécurité sociale de Chambéry; pero, el 6 de enero de 1981, también esta

\* Traducción del italiano.

instancia desestimó el recurso del trabajador italiano, observando que su situación estaba expresamente contemplada por el artículo 73, apartado 2, y que la Caisse se había limitado a aplicar dicha disposición. La resolución de la commission fue confirmada por la cour d'appel de Chambéry mediante sentencia de 15 de mayo de 1981. El Sr. Pinna recurrió entonces en casación mediante las alegaciones siguientes:

- a) De conformidad con la vigente legislación francesa, sus dos hijos deben considerarse residentes en Francia. Según el artículo L 511 del code de la sécurité sociale, efectivamente, cualquier persona, francesa o extranjera, que resida en Francia y tenga a su cargo uno o más hijos residentes en el mismo país, recibe por ellos las prestaciones familiares contempladas en el artículo L 510. Además, de conformidad con los artículos 2 y 6 del Decreto de 10 de diciembre de 1946, nº 46-2880 (modificados, respectivamente, por el Decreto de 17 de marzo de 1978 nº 78-378 y por el Decreto de 29 de junio de 1965 nº 65-524), se considera residente en Francia al hijo que, conservando vínculos de familia en el territorio metropolitano de residencia, realice fuera de él una o varias estancias cuya duración no supere en conjunto un máximo de tres meses por año civil.
  - b) El artículo 73, apartado 2, del Reglamento (CEE) nº 1408/71 contiene una excepción absolutamente extraordinaria al principio establecido por el artículo 73, apartado 1. En efecto, según esta norma «el trabajador sometido a la legislación de cualquier Estado miembro, [...] tendrá derecho, para los miembros de su familia residentes en el territorio de otro Estado miembro, a las prestaciones familiares previstas por la legislación del primer Estado, como si las personas de que se trate residiesen en el territorio del mismo». El carácter anómalo de la disposición controvertida se confirma por el artículo 98 (ahora 99) del Reglamento (CEE) nº 1408/71 según el cual, antes del 1 de enero de 1973 y a propuesta de la Comisión, el Consejo procederá a estudiar de nuevo, en su conjunto, el problema del pago de las prestaciones familiares a los miembros de la familia que no residan en el territorio del Estado competente, con el fin de llegar a una solución uniforme para todos los Estados. Ahora bien, como el Consejo no lo ha realizado en la fecha prevista, el artículo 73, apartado 2, ha de considerarse caducado; por ello, el principio enunciado en el apartado 1 del mismo artículo es válido para *todos* los trabajadores sujetos a las leyes de un Estado miembro de la Comunidad; incluidos aquellos a los que se aplica el ordenamiento.
  - c) El artículo 73, apartado 2, establece, en perjuicio de los trabajadores no franceses pero sujetos a la ley francesa, una doble discriminación: por una parte, respecto a los trabajadores franceses y, por otra, respecto a los trabajadores sujetos al ordenamiento de otro Estado miembro. Ello viola por ende el principio de igualdad sancionado por los artículos 7, 48 y 51 del Tratado de la CEE.
  - d) El artículo 73 no es aplicable a la concreta situación de los parientes del Sr. Pinna, desde el momento en que sus dos hijos tienen su residencia en Francia y no se han comprobado hechos que desmientan esta evidencia.
- La Cour de cassation estima que, para resolver esta controversia, sería indispensable que el Tribunal se pronunciara sobre la validez y sobre la interpretación de una norma del Reglamento (CEE) nº 1408/71. A tal fin, por Resolución nº 218 de 11 de enero de 1984, suspendió el proceso y, en virtud del artículo 177 del Tratado CEE, solicitó al Tribunal que determinara: a) si el artículo 73, apartado 2, del Reglamento 1408/71 es válido y sigue en vigor, y b) qué significado

debe atribuirse al término «residencia» que contiene dicha disposición.

3. Para comprender bien el alcance de ambas cuestiones, es necesario examinar más a fondo el régimen al que se refieren. El Reglamento (CEE) nº 3 del Consejo, de 25 de septiembre de 1958, sobre la seguridad social de los trabajadores migrantes (DO 1958, 30, p. 561) disponía en su artículo 40 que «un trabajador por cuenta ajena o asimilado empleado en el territorio de un Estado miembro y con [...] hijos que residen o son educados en el territorio de otro Estado miembro tiene derecho respecto a dichos hijos a los subsidios familiares conforme a las disposiciones de la legislación del primer Estado hasta el límite del importe de los subsidios que conceda la legislación del segundo Estado» (traducción no oficial). Sin embargo, trece años más tarde, el Reglamento 1408/71 reformó dicha norma suprimiendo la limitación de los subsidios a la medida prevista en el país en que residieran los familiares y ampliando el derecho del trabajador a todo el abanico de prestaciones familiares. En efecto, y como ya he dicho, su artículo 73, apartado 1, establece que «un trabajador sometido a la legislación de cualquier Estado miembro con la excepción de Francia, tendrá derecho, para los miembros de su familia que residan en el territorio de otro Estado miembro, a las prestaciones familiares previstas por la legislación del primer Estado, como si las personas de que se trate residiesen en el territorio del mismo».

Es, pues, un régimen muy mejorado, pero no por ello completo porque el Consejo no alcanzó unanimidad para disponer su extensión a todo el ámbito de la Comunidad. Tal es la causa de la reserva a favor de Francia

que aparece en el texto y, a la vez, del siguiente apartado 2 en que se prevé que, a los familiares del trabajador empleado en territorio francés, pero residentes en otro Estado, se les abonen *únicamente* los subsidios y *sólo en la medida prevista por el país de residencia*. Conforme al artículo 75, apartado 2, los subsidios son pagados por la institución de previsión del lugar en que residen los familiares y después dicha institución recibe el reembolso completo pagado por la institución ante la cual ha hecho valer el trabajador su derecho a la prestación. Por tanto, según el sistema del Reglamento, Francia es siempre la deudora, pero paga los subsidios en la cuantía del país de residencia y, a diferencia de los demás Estados, no exporta el conjunto de las prestaciones.

Los propios Estados miembros, por lo demás, consideran que esta dualidad había de ser superada y en el artículo 98 (ahora 99) de la disposición que examinamos establecieron que, en dos años, el Consejo la modificaría a propuesta de la Comisión. En efecto, la Comisión cumplió con su cometido: presentó una primera propuesta el 10 de abril de 1975 (DO C 96, p. 4) y luego otra, que recogía las modificaciones sugeridas por el Comité Económico y Social (24 de septiembre de 1975, DO C 286, p. 19) y por el Parlamento Europeo (14 de octubre de 1975, DO C 257, p. 10) y que fue trasladada al Consejo el 15 de enero de 1976. En ella se recomienda reducir la atribución de prestaciones familiares a un sistema único y adoptar con ese fin la ley del Estado de empleo como criterio general de coordinación. En estos términos, la propuesta apareció en el orden del día de diversas sesiones del Consejo y fue al fin examinada en el marco de los Consejos informales de septiembre y noviembre de 1983. Una vez más, sin embargo, no fue posible alcanzar al respecto la unanimidad exigida por el artículo 51 del Tratado.

4. Siguiendo el orden en que está formulada la cuestión prejudicial, me planteo en primer lugar la cuestión relativa a la validez del artículo 73, apartado 2 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, en relación con el principio de igualdad sancionado por los artículos 7, 48 y 51 del Tratado. A favor de una respuesta positiva (la norma es válida) se han pronunciado el Consejo, la Comisión y la Caisse d'allocations familiales de la Savoie. Por el contrario, los Gobiernos italiano y griego y el demandante en el asunto principal han sostenido que la disposición establece una discriminación contraria al Tratado en perjuicio de los trabajadores comunitarios residentes en Francia y debe por ello ser declarada inválida.

Como ya he dicho al examinar las alegaciones del recurso de casación interpuesto por el Sr. Pinna, tal discriminación sería doble: frente a los trabajadores sometidos a las leyes de un Estado distinto de Francia y respecto a los trabajadores de nacionalidad francesa empleados en su país. Naturalmente, los intervinientes que han tomado parte por la validez de la disposición rechazan esta tesis, pero cada uno de ellos con argumentos distintos, en razón de los dos aspectos bajo los cuales, según sus contradictores, se concreta la desigualdad de trato. Examinemos pues tales argumentos, empezando por la discriminación que existiría entre el trabajador comunitario ocupado en Francia y su homólogo que trabajara en uno de los otros Estados miembros.

Según la Comisión, el Gobierno francés y la Caisse, dicha discriminación no cae dentro

de la prohibición establecida por el artículo 7. Depende en realidad de las diferencias que subsisten entre los sistemas nacionales de seguridad social y esas diferencias son *inevitables* desde el momento que, como ha afirmado siempre el Tribunal, el artículo 51 del Tratado y el Reglamento (CEE) nº 1408/71 se limitan a coordinar las legislaciones de los diez Estados y no tratan en manera alguna de armonizarlas (cf., entre otras, las sentencias de 6 de marzo de 1979, asunto 100/78, Rossi, Rec. 1979, p. 831, y 12 de junio de 1980, asunto 733/79, Lutzer, Rec. 1980, p. 1915). La Comisión y la Caisse añaden que no desaparecerían dichas diferencias si se sustituyera la norma discutida por un régimen fundado en la *lex loci laboris*. También el trabajador a quien se aplica el artículo 73, apartado 1, sufre de hecho una reducción de sus prestaciones cuando se traslada de un Estado donde su importe es elevado a otro que las paga en cuantía menor.

El Consejo va más allá. Las discriminaciones analizadas, afirma, no son tanto inevitables cuanto *inexistentes*, porque no pueden compararse las situaciones en que se encuentran el trabajador no francés empleado en Francia y el trabajador empleado en otro país. El ciudadano comunitario que ha decidido trabajar en un Estado distinto del suyo está obligado a aceptar las consecuencias que derivan de su libertad de circulación. Es él quien tiene que informarse de las ventajas e inconvenientes que le traerá la elección a la que se enfrenta, sobre todo en los campos fiscal, de seguridad social y de enseñanza; si no lo hace —o si, una vez informado, opta por un país cuyo régimen le es menos favorable— no podrá luego declararse víctima de una discriminación y sostener incluso que el régimen que se le aplica obstaculiza la libre circulación de los trabajadores.

Pero —remachan todavía el Consejo y, con él, el Gobierno francés y la Caisse— admitamos incluso que la elección de la ley del Estado de residencia para determinar el tipo y el importe de los beneficios correspondientes a los familiares no residentes del trabajador comunitario empleado en Francia lleve a desigualdades de trato reales y evitables con otros regímenes. No por ello serían ilegítimas. En efecto, esa elección entra en el poder discrecional del Consejo de aplicar el artículo 51 del Tratado con «modalidades objetivamente justificadas»: poder que le fue reconocido al legislador comunitario por la sentencia de 13 de julio de 1976, asunto 19/76, Triches, Rec. 1976, p. 1243, al declarar legítimo el artículo 42 del Reglamento (CEE) n° 3/58 que aplica la ley del Estado de residencia al pago de los subsidios familiares que corresponden a los titulares de pensiones o de rentas en virtud de varias leyes nacionales.

cional o migrante, pero con hijos residentes en territorio francés. El Gobierno de París, la Caisse y la Comisión insisten en la tesis de que esto es inevitable; también en este supuesto, efectivamente, las eventuales desigualdades de trato que puede haber entre los distintos derechohabientes dependen de las diferencias que todavía existen entre las leyes nacionales. Así, si el primer trabajador recibe una prestación de cuantía menor que la que percibiría en Francia, deberá achacar tal desventaja no a la regla discutida, sino precisamente a la medida distinta en que la ley francesa y la del Estado de residencia determinan los subsidios. En todo caso dichas desigualdades no son contrarias al artículo 51 del Tratado. Se violaría este último cuando la desigualdad de las prestaciones se vinculase a la circulación de los trabajadores; pero aquí depende de la movilidad de los miembros de su familia y ella no está tutelada por el Derecho comunitario.

Por fin, a juicio de la Caisse, es infundada la tesis sostenida por el Sr. Pinna, según la cual el artículo 73, apartado 2, está en contradicción con el artículo 51. Lejos de imponer la exportación de las prestaciones de seguridad social, de hecho, lo que hace la disposición discutida es asegurar su pago sin tener en cuenta la residencia de los derechohabientes.

Una vez más el Consejo es más rígido. A su parecer la discriminación no existe. Más bien el Reglamento favorece al migrante, porque le concede en todo caso los subsidios del país de residencia, mientras la legislación francesa se los quita al ciudadano francés cuyos hijos residen en el extranjero más de tres meses en un año civil. Por lo que toca a los trabajadores extranjeros empleados en Francia con hijos residentes en otros Estados y aquellos cuyos hijos residan en territorio francés, puede repetirse que sus situaciones no pueden compararse por las diferentes exigencias de alojamiento, educación y subsistencia a las que deben hacer frente. De todas formas, incluso si ello no fuera así, la discriminación que de ahí deriva no estaría en contradicción con el Tratado y en particular con su artículo 48, apartado 2. Lo que dicha norma exige es que el régimen establecido por el legislador

Pasemos a la segunda discriminación que lamenta el Sr. Pinna: la que establecería el artículo 73, apartado 2, entre el trabajador no francés empleado en Francia y cuyos hijos residan en el extranjero y el trabajador na-

comunitario no discrimine por causa de la nacionalidad y no es el caso en el régimen discutido, que ciertamente no se funda en la nacionalidad del trabajador sino en la residencia de sus familiares.

5. Antes de examinar los argumentos así resumidos, es oportuno subrayar que los principios conforme a los cuales debe ser entendido el artículo 73, apartado 2, son los que regulan la libre circulación de los trabajadores y la seguridad social. En el quinto considerando del Reglamento (CEE) nº 1408/71 se dice, efectivamente, que uno de los objetivos fundamentales de la regulación es «contribuir a mejorar su nivel de vida y las condiciones de su empleo garantizando [...] a los trabajadores nacionales de los Estados miembros *la igualdad de trato bajo las distintas legislaciones nacionales y, [...] tanto a los trabajadores como a sus derechohabientes, el disfrute de las prestaciones de la seguridad social, cualquiera que sea el lugar donde trabajen o residan*».

En consecuencia, bajo la rúbrica «igualdad de trato», el artículo 3, apartado 1, establece que las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento «estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento». Como afirma la sentencia de 28 de junio de 1978, asunto 1/78, Kenny, Rec. 1978, p. 1489, se ha intentado de este modo, paralelamente al artículo 48 del Tratado y desarrollando su artículo 7, asegurar «la igualdad en materia de seguridad social sin distinción de nacionalidad, aboliendo *cualquier* discriminación a tal efecto resultante de las leyes de los Estados miembros».

En este párrafo me parece particularmente significativo el empleo del adjetivo «cualquier». El principio de igualdad, por tener naturaleza general y condicionar el funcionamiento del sistema comunitario, se entiende aquí en un sentido amplio, ya que prohíbe incluso las desigualdades disimuladas, es decir, las que resultan de la aplicación de criterios distintos del de nacionalidad (sentencias de 16 de febrero de 1978, asunto 61/77, Comisión contra Irlanda, Rec. 1978, p. 417; 12 de febrero de 1974, asunto 152/73, Sotgiu, Rec. 1974, p. 153; 3 de febrero de 1982, asuntos acumulados 62-63/81, Seco, Rec. 1982, p. 223).

La determinación de la ley aplicable al régimen de previsión del trabajador y la del Estado cuyos organismos quedan obligados a hacer efectivas las prestaciones están ligadas estrechamente con el principio de igualdad en materia de seguridad social. Al respecto, la regla general es la del artículo 13 del Reglamento: las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento sólo estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro y éste se determinará por regla general sobre la base del *locus laboris*. Se observará que dicho criterio tiene una puntual aplicación en el ya citado artículo 73, apartado 1, y corresponde en todo caso al que se sigue respecto a la ley que regula la relación de trabajo y, en el plano de la previsión social, se justifica por el carácter territorial del régimen que le es aplicable. De hecho es lógico que la gestión de las cotizaciones del seguro y de las prestaciones se confíe a los organismos de previsión del Estado en que el trabajador está empleado.

Pero, como he dicho, nuestro Reglamento ha de interpretarse también a la luz de los principios vigentes en materia de seguridad social (artículo 51) y más generalmente «del espíritu y de los objetivos del Tratado» (sentencia de 29 de septiembre de 1976, asunto 17/76, Brack, Rec. 1976, p. 1429, considerando 19). Ahora bien, en este punto el Tri-

bunal de Justicia ha establecido varias veces que «la finalidad de los artículos 48-51 [...] quedaría frustrada cuando para poder disfrutar de la libertad de circulación [el trabajador] debiera conformarse con perder [...] derechos ya adquiridos en uno de los países miembros, sin recibir a cambio prestaciones por lo menos equivalentes» (sentencias de 15 de julio de 1964, asunto 100/63, Van der Veen, Rec. 1964, p. 1091; 9 de junio de 1964, asunto 92/63, Nonnenmacher, Rec. 1964, p. 553; 10 de diciembre de 1969, asunto 34/69, Caisse d'assurance vieillesse des travailleurs salariés de Paris, Rec. 1969, p. 597; 21 de octubre de 1975, asunto 24/75, Petroni, Rec. 1975, p. 1149; 3 de febrero de 1977, asunto 62/76, Strehl, Rec. 1977, p. 211).

No creo que el Tribunal hubiera podido expresarse con más claridad. Sin embargo, el concepto ha sido afinado y precisado posteriormente, en primer lugar por la sentencia de 13 de julio de 1976, asunto 19/76, Triches, citada («las providencias adoptadas [...] para la aplicación del artículo 51 — ha dicho — no deben privar a los trabajadores migrantes de los derechos adquiridos en virtud de la sola ley del Estado miembro [en que] han desplegado su actividad»), y después por una serie de resoluciones relativas a las disposiciones contra la acumulación de afiliación en las que el Reglamento (CEE) nº 1408/71 recurre al criterio del Estado de residencia para el pago de prestaciones familiares cubiertas simultáneamente por la ley de dicho Estado y por la de aquél en que se está empleado (sentencias de 6 de marzo de 1979, asunto 100/78, Rossi, cit.; 12 de junio de 1980, asunto 733/79, Laterza, cit.; 9 de julio de 1980, asunto 807/79, Gravina, Rec. 1980, p. 2205; 19 de febrero de 1981, asunto 104/80, Beeck, Rec. 1981, p. 503; 24 de noviembre de 1983, asunto 320/82, D'Amario, Rec. 1983, p. 3811).

Esta jurisprudencia confirma que el legislador comunitario no puede privar a los trabajadores de un derecho adquirido con base únicamente en el ordenamiento del Estado en el que estaban empleados. De ahí deriva que, cuando las prestaciones familiares son garantizadas por varios ordenamientos, la norma reglamentaria que prevé el pago de las prestaciones del país de residencia no produce el efecto de suprimir el derecho al beneficio más ventajoso o ganado en el país de empleo; por ello su titular deberá recibir, si no la prestación entera, al menos la suma que la hace superior a la que obtendría en el país de residencia. Dicho de otra manera, para evitar acumulaciones injustificadas, el Reglamento puede suspender las prestaciones en uno de los dos países, pero no en la parte que excede del importe al que tiene derecho el trabajador en el otro Estado.

6. A partir de los principios indicados y de la interpretación que les ha dado el Tribunal, me parece que pueden considerarse no fundadas las tesis que sostienen la validez de la disposición controvertida. He aquí los motivos que me inducen a esta convicción:

A — Empiezo, como ya he hecho en el nº 4, por la desigualdad de trato entre el trabajador empleado en Francia y el que trabaja en uno de los otros Estados.

A los argumentos propuestos a este respecto por las distintas partes intervinientes hay que reconocerles el mérito de haber puesto de relieve, con todo su alcance, el conflicto inherente a la elección entre país de empleo y país de residencia como criterios para el pago de las prestaciones de seguridad social y especialmente de los beneficios por cargas familiares. Como es sabido, el Consejo se ha

planteado largo tiempo esta disyuntiva, primero al promulgar el Reglamento (CEE) n° 3/58 y luego al reformarlo con el Reglamento (CEE) n° 1408/71 y por fin como consecuencia de la propuesta unificadora que le propuso la Comisión en 1976 (*supra* n° 3). Sería interesante reproducir tales debates, pero no es oportuno aquí. Baste por ello recordar que el legislador de 1971 adoptó como regla general el criterio de país de empleo y sólo recurrió al otro criterio en los casos en que, por la naturaleza de la prestación o por el modo de determinarla, esto último podría resultar más práctico. Se trata, en efecto, a) de las prestaciones en especie del seguro de enfermedad de países distintos del país deudor, que son equivalentes en toda el área comunitaria y no son por ello materialmente «exportables»; b) de las prestaciones familiares pagadas a los titulares de pensiones o de rentas por varios Estados, debido a las dificultades que se encontrarían para dividir *pro rata* incluso los suplementos de familia; c) algunas prestaciones en favor de trabajadores fronterizos.

Dicho esto, rechazo enérgicamente que la discriminación por la que hemos empezado sea inexistente, como afirma el Consejo. De esta tesis —y en particular de las razones aducidas en su apoyo— diré que está en claro o, mejor, en brutal contraste con el principio en cuya virtud el trabajador migrante debe ser tratado según reglas comunitarias uniformes en cualquier lugar en que decida establecerse. Otras críticas, más agudas, serían quizá oportunas; pero entiendo que no son propias de la función del Abogado General.

De mayor entidad es la opinión según la cual la desigualdad que examinamos se debe

únicamente a las diferencias que se registran entre las legislaciones de los diez Estados. De mayor entidad, pero también rechazable. Tales diferencias, efectivamente, *pueden* producir discriminaciones, pero la disposición que examinamos las produce *inevitablemente*. Examinemos su modo de actuar. Hace depender el pago de los subsidios de un concurso de leyes: la ley francesa regula la titularidad del derecho, mientras que la naturaleza y la cuantía del beneficio se definen mediante una remisión a la ley del Estado de residencia. Así, pues, la remisión sirve para determinar la prestación y, como ha sucedido en el supuesto de hecho que da lugar al presente caso, su efecto consiste en reducir la consistencia del derecho adquirido con base en la ley francesa. Así, pues, esta es la cuestión: no es la eventual diferencia entre las dos leyes la que asegura la desigualdad, sino la manera en que las coordina el artículo 73, apartado 2. Es esta coordinación la que suprime la prestación concedida por la sola ley del Estado de empleo para crear otra artificialmente regida por la ley del Estado de residencia de los miembros de la familia.

Ahora bien, ¿es admisible semejante supresión? Yo creo que no lo es y de ello me convencen las sentencias Rossi, Laterza, Gravina, Beeck y D'Amario. Verdad es que en estos casos se trataba de prestaciones concurrentes, derivadas de diversas leyes nacionales, mientras que en el de autos la prestación es única, por más que regulada por un concurso de leyes. Como es obvio, por otra parte, una diferencia de este género no puede llegar a impedir que el principio establecido por este Tribunal (el trabajador no se debe ver perjudicado a causa del lugar en que residan sus familiares) se aplique igualmente a la situación *de qua*. Por lo demás —observan el Gobierno griego, el Gobierno italiano y el recurrente en el asunto

principal— si no se aplicase nos encontramos ante una evidente violación del artículo 51 del Tratado que —se lo recordaré a la Comisión y a la Caisse— menciona también los *derechohabientes* de los trabajadores migrantes e impone el pago (la exportación, por consiguiente) de las prestaciones *cualquiera que sea el Estado miembro* en que residan sus beneficiarios.

Y no se diga que también puede ser discriminatorio el criterio del Estado de empleo cuando el migrante se traslada de un país en que las prestaciones son más elevadas a otro que las conceda en cuantía menor. Cabe formular dos objeciones a este argumento. En el caso del artículo 73, apartado 1, que se funda precisamente en el *locus laboris*, la situación es distinta, porque la reducción del beneficio depende del desplazamiento del trabajador y no, como en el apartado 2, de la residencia de los miembros de su familia. Por otra parte no es correcto calcular las ventajas y las desventajas comparando en ambos casos las «prestaciones»; debe hacerse el cálculo considerando que el trabajador empleado en Francia a quien se aplica el apartado 2 recibe sólo los «subsidios familiares», mientras en los otros nueve Estados miembros el apartado 1 impone el pago de todas las «prestaciones familiares».

B — Llegamos a la discriminación entre el trabajador comunitario empleado en Francia y su colega de nacionalidad francesa. Es innecesario responder a los argumentos de la Comisión, de la Caisse y del Gobierno francés que no se diferencian de los criticados hasta ahora. Por el contrario, deben hacerse dos observaciones a la tesis del Consejo.

En primer lugar, no siempre es exacto que la norma discutida favorezca al trabajador comunitario. El Derecho francés, en efecto, admite que la estancia en el extranjero se prolongue más de tres meses si lo requieren la salud o los estudios del miembro de la familia (véase el artículo 6 del Decreto de 10 de diciembre de 1946, modificado por el Decreto de 17 de abril de 1972, el Decreto de 14 de mayo de 1968 y, respecto a la jurisprudencia, Cassation [chambre sociale] de 27 de enero de 1972 y 22 de marzo de 1973, en *Droit social*, 1972, p. 530, y 1973, p. 537). Es falso, pues, que no hay discriminación. La hay, pero está disimulada porque, como observa el Gobierno italiano, el parámetro «residencia» actúa de modo distinto según la nacionalidad del trabajador. En otros términos, el núcleo familiar de quien trabaja en su país de origen está unido por lo general mientras que la familia del migrante está normalmente desmembrada. La residencia de algunos familiares en países distintos del aquél en que se trabaja es en suma un efecto normal del desplazamiento del trabajador dentro del territorio de la Comunidad.

C — Veamos por fin la discriminación entre los trabajadores no franceses empleados en Francia, según que sus hijos vivan con ellos o residan en el extranjero. Hemos visto que, según el Consejo, no es incompatible esa discriminación con el artículo 48, apartado 2, del Tratado. A mi parecer, lo es. En efecto, al prohibir cualquier discriminación en materia de *empleo*, dicha norma trata de referirse al conjunto de condiciones que constituyen el *status* del trabajador por cuenta ajena y en consecuencia también a su situación ante la seguridad social. Ahora bien, si esto es verdad, no se comprende por qué, a igualdad de cotizaciones satisfechas a los organismos de seguridad social y/o de impuestos pagados a la Hacienda del mismo

país, algunos trabajadores comunitarios deban, en razón de la residencia de los miembros de su familia, ser tratados de modo menos favorable; o ser incluso equiparados, como ha puesto de relieve el Sr. Pinna, a los ciudadanos extracomunitarios para los que no esté previsto un régimen más favorable mediante un acuerdo bilateral.

7. No es por ello posible abrigar dudas respecto a la orientación del artículo 73, apartado 2, en el sentido de perjudicar a los trabajadores comunitarios residentes en Francia, los miembros de cuya familia residen en otro país. Ahora nos toca precisar si la elección realizada por el legislador cabe dentro de las «modalidades objetivamente justificadas» con que, según la sentencia Triches, puede aplicar el Tratado. Diré de entrada que la respuesta debe ser negativa a mi juicio.

¿Qué justificaciones se invocan en este caso? La única a la que se refiere explícitamente el legislador figura en el considerando 12 del Reglamento: la previsión de normas comunes a todos los Estados —leemos allí— no procede cuando se trate de «las prestaciones que ofrecen un carácter preponderante de incitación demográfica». Me parece que el argumento es plausible hasta cierto punto pero, como observa la misma Comisión, la sentencia de 12 de julio de 1979 le ha segado la hierba bajo los pies al resolver que el Reglamento (CEE) nº 1408/71 «no distingue entre los regímenes de seguridad social [...] según que persigan o no fines de política demográfica» (asunto 237/78, CRAM contra Toia, Rec. 1979, p. 2645, considerando 15).

Vienen luego —pero son todas menos aceptables— las justificaciones propuestas por

los intervinientes en las fases escrita y oral. Es directamente insostenible, por ejemplo, a la luz de las sentencias Rossi y Laterza, la que se apoya en la naturaleza y en el carácter territorial de las prestaciones. Y no resulta mucho más sólido el argumento según el cual el régimen dualista en cuestión defiende los intereses financieros del Estado de empleo; por una parte, en efecto, ese régimen no libra a dicho Estado de la carga del beneficio, puesto que debe reembolsarlo al país de residencia; por otra parte, las finanzas de la República Francesa no parecen amenazadas hasta el punto de exigir un régimen de excepción o por lo menos su mantenimiento. Tal vez la cuantía de las prestaciones francesas haya sido particularmente elevada en 1971, pero no lo es hoy en día, como prueba el cuadro presentado por la Comisión.

Y aún hay más. Se ha dicho que el mecanismo del artículo 73, apartado 2, favorece la movilidad de los trabajadores porque, al quedar fijada la prestación por el Estado de residencia, ello les ofrece mayor libertad de elección. Dudo, y conmigo duda la Comisión, que tal ventaja baste para justificar una diferencia de trato que es en sí incompatible con el Derecho comunitario, pero dudo sobre todo de que sea sólo el criterio del país de residencia el que incentive la movilidad. Con el mismo fundamento —si no con más— podría sostenerse que el criterio del país de empleo estimule al trabajador a desplazarse para buscar, cualquiera que sea el lugar en que residan los miembros de su familia, las prestaciones que le fuesen más favorables.

Tampoco puede acogerse el último argumento: el criterio del país de residencia —es afirma— es más justo porque permite ade-

cuar el nivel de las prestaciones al costo de la manutención de los miembros de la familia en los diferentes Estados, asegurando así la igualdad de los miembros de la familia que residen en el mismo Estado. En realidad, como bien ha dicho el Gobierno italiano, ninguno de los diez países acomoda directa y específicamente las prestaciones al costo que impone el mantenimiento de la familia. Hay evidentemente una correspondencia tendencial entre aquéllas y éste, pero ello no es sino un efecto secundario de los principios de solidaridad en que se inspira toda la disciplina de las relaciones de trabajo y de seguridad social. Las prestaciones familiares, en particular, son un elemento complementario del sueldo base; la efectiva condición económico-social del trabajador depende pues del concurso de las dos «partidas».

Ahora bien, supongamos que determinado Estado compense el bajo nivel de los salarios o (como ha sucedido en Italia) la adopción de medidas limitativas de la escala móvil mediante un fuerte aumento de las prestaciones familiares; en una situación de ese género el criterio del país de residencia actuaría de cualquier manera excepto la justa. Por el contrario, daría lugar a efectos injustos e irracionales privando de la medida compensatoria al trabajador los miembros de cuya familia residan en su país en el que a salarios más bajos corresponden beneficios menos elevados. E igual sucedería en los países que conceden grandes prestaciones familiares pero no tienen previstas deducciones fiscales por cargas de familia. Aplicando el criterio del país de residencia, el trabajador correría el riesgo de pagar íntegros los impuestos y al mismo tiempo de obtener prestaciones más reducidas.

En definitiva, el artículo 73, apartado 2, del Reglamento (CEE) n° 1408/71, es: a) dis-

criminatorio respecto a los trabajadores comunitarios sujetos al ordenamiento francés los miembros de cuya familia residan en otros Estados miembros; b) contrario por lo mismo a las reglas del Tratado; c) desprovisto de cualquier justificación objetiva. Debe por ello ser declarado nulo. Yo os recomiendo adoptar esta decisión, atenuando naturalmente sus efectos mediante los correctivos que, en defensa de la seguridad jurídica, este Tribunal ha dispuesto en una serie de sentencias, la más reciente de 27 de febrero de 1985 (asunto 112/83, Société des produits de maïs SA).

8. Quedan por examinar los otros dos problemas —el efecto actual de la disposición en cuestión y el significado del concepto de residencia que emplea— sobre los que os interroga el Tribunal que presenta la solicitud. En realidad han sido superados por la conclusión a la que acabo de llegar, pero el Abogado General está obligado a desarrollar un examen completo y yo no trato de sustraerme a este deber.

Sobre el primer punto el Sr. Pinna ha afirmado que la norma ha caducado por transcurso del plazo establecido por el artículo 98 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y así da lugar a la efectividad de la *lex loci laboris* (artículo 73, apartado 1) en toda el área comunitaria. Las sentencias de 8 de abril de 1976, asunto 43/75, Defrenne, Rec. 1976, p. 455, y 29 de marzo de 1979, asunto 231/78, Comisión contra Reino Unido, Rec. 1979, p. 1447 confirman esta interpretación. Análogo, pero más elaborado, es el argumento propuesto por el Gobierno italiano. El artículo 98 —ha sostenido su representante— no pretende que se adopte pura y simplemente un nuevo régimen, sino que exige que el «reexamen» de la disciplina

vigente, que había de iniciarse antes del 1 de enero de 1973, «supere» el dualismo en que está fundada. En su lógica, pues, el 1 de enero de 1973 tiene el valor de un término final referido no a la duración del reexamen, sino a la eficacia de la norma que se ha de reexaminar. El Gobierno griego por su parte llega al mismo resultado observando que dicha norma tiene no sólo carácter obligatorio, sino también y sobre todo *transitorio*.

Contra la tesis de la caducidad se pronuncian por el contrario el Consejo, la Comisión, el Gobierno francés y la Caisse. A su parecer, la cláusula de reexamen en cuestión no es una novedad. Aparece en otros actos comunitarios e, igual que en éstos, no supone ningún límite temporal a la eficacia de la norma a que se refiere. La norma por tanto sigue siendo aplicable hasta que sea modificada o derogada, y ello (observa el Consejo) también porque su ineficacia daría lugar a una laguna jurídica, al no haber establecido el artículo 98 si el reexamen debe llegar a la aplicación generalizada de la *lex loci laboris* o del criterio del Estado de residencia. Por otra parte no son de aplicación las sentencias invocadas por el Sr. Pinna. En efecto, la sentencia Defrenne se refiere a una obligación de resultado para cuyo cumplimiento el artículo 119 del Tratado impone un plazo imperativo, y en la sentencia dada en el asunto 231/78 se trataba de precisar el contenido de una disposición transitoria del Acta de adhesión del Reino Unido a la Comunidad.

Añádase —concluye la Comisión— que, si el legislador hubiese querido fijarle un término a esta disposición, habría empleado la fórmula a la que recurrió, para el mismo problema, en el Acta de adhesión de Grecia.

En efecto, el artículo 48 de esta fuente establece que «hasta el 31 de diciembre de 1983 las disposiciones de los apartados 1 y 3 del artículo 73 [...] no serán aplicables a los trabajadores griegos ocupados en un Estado miembro que no sea Grecia, los miembros de cuya familia residan en Grecia. Las disposiciones del artículo 73, apartado 2, [...] serán aplicables por analogía a dichos trabajadores».

Opino que no se puede reconocer al artículo 98, ahora 99, fuerza suficiente para derogar automáticamente el apartado 2 del artículo 73 con fecha 1 de enero de 1973. En tal sentido se orienta la letra de la disposición, que las tesis de los Gobiernos italiano y griego, por más que sean ingeniosas, ignoran o distorsionan; y no puede infravalorarse el hecho de que, a los ojos del legislador (en concreto, de diez Estados), el artículo 73, apartado 2, continuaba vigente en las muchas ocasiones en que el Consejo ha tratado sobre él y durante la redacción del Tratado con Grecia. Desde esta perspectiva, hay que reconocerlo, el último argumento de la Comisión tiene un peso en nada desdénable.

Pero atención: todo esto no equivale a decir que el artículo 98 (99) tenga un valor meramente optativo o que tenga un contenido neutro. No es verdad, en efecto, que sea asimilable a tantas cláusulas de reexamen de las que hay rastro en la legislación comunitaria: estas tratan sólo de asegurar una evolución «fisiológica» del sistema, previendo para él adaptaciones o perfeccionamientos técnicos mientras que aquél está formulado de modo que hace pensar que sus autores eran conscientes de que habían establecido un sistema cojo que debían arreglar lo antes posible. En segundo lugar, abriga serias dudas de que en 1971 la solución a la que hubiera conducido el reexamen fuera todavía

indecisa, como afirma el Consejo. Y lo dudo porque me parece inconcebible que el legislador pudiera pensar en extender a toda la Comunidad un criterio, como es el del Estado de residencia, mediante el cual el contenido de derechos adquiridos con base en los ordenamientos nacionales quedaría reducido de manera más o menos radical. En todo caso, admitiendo que fuera entonces indecisa, la reforma que preconiza el artículo 98 ya no lo es el 13 de julio de 1976, es decir, desde la fecha de la primera sentencia (Triches) en la que el Tribunal aclaró que esta reducción es incompatible con el Derecho comunitario.

9. Para terminar, unas palabras sobre el concepto de residencia. El Gobierno francés y la Caisse se han pronunciado en el sentido de que su determinación debe hacerse con arreglo a la ley del Estado competente. A juicio de todos los demás intervinientes (excepto el Consejo, que no se ha pronunciado sobre este punto) dicho concepto —empleado entre otros por el artículo 51 del Tratado al que el Reglamento (CEE) nº 1408/71 trata de dar cumplimiento— tiene carácter comunitario.

Yo soy de la última opinión. El Reglamento, de hecho, no se limita a remitirse a la noción de residencia sino que, en el artículo 1, letra h), la define afirmando que significa la «estancia habitual» [mientras que, véase la letra i), el término «estancia» significa la estancia «temporal»]. Añadiré que tal defini-

ción corresponde a la que el Tribunal ha dado del mismo término en una serie de sentencias relativas a la seguridad social de los trabajadores migrantes. Residencia —afirma el Tribunal— es el «centro habitual o permanente de los intereses de un sujeto»; reside en determinado lugar quien tiene con él vínculos profesionales o afectivos y la duración de la estancia que allí realiza sólo importa en la medida en que permite poner a la luz dichos vínculos (cf. sentencias de 12 de julio de 1973, asunto 13/73, Angenieux contra Hakenberg, Rec. 1973, p. 935, y de 17 de febrero de 1977, asunto 76/76, Di Paolo contra Office national de l'emploi, Rec. 1977, p. 315).

La residencia, en otros términos, no se funda simplemente en un dato material como es la fijación; más importante es la voluntad de querer dar a ésta un carácter estable. De ahí deriva que pueda residirse en un lugar aunque se pasen en él pocos meses y, a la inversa, que una estancia duradera pueda no convertirse en residencia, como sucede cuando el interesado la prolonga por razones de estudio, de trabajo, de salud o de diversión, pero sin ánimo de atribuirle estabilidad. Una vez dicho esto, corresponderá al juez nacional determinar, en relación con el caso planteado, si la estancia que los miembros de la familia del trabajador migrante han realizado en otro país presenta aspectos capaces de permitir presumir la intención de fijar allí el centro de sus intereses y con ello de cambiar de residencia.

10. Por todas las consideraciones examinadas hasta aquí concluyo sugiriendo al Tribunal que responda como sigue a las cuestiones formuladas por la Cour de cassation de la República Francesa mediante resolución nº 218 de 11 de enero de 1984, en el asunto pendiente entre el Sr. Pietro Pinna y la Caisse d'allocations familiales de la Savoie:

El artículo 73, apartado 2, del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo es incompatible con los artículos 48 a 51 del Tratado CEE porque viola el principio de igualdad de trato en materia de trabajo y de seguridad social.

Teniendo en cuenta esta respuesta, propongo que el Tribunal no se pronuncie sobre las restantes cuestiones.